

EL ACTIVISMO JUDICIAL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN IBEROAMÉRICA

The judicial activism of the constitutional judge in Latin-America and Spain

CARLOS MARIO MOLINA BETANCUR¹
Universidad de Medellín
cmolina@udem.edu.co

SERGIO ORLANDO SILVA ARROYAVE
Universidad de Medellín
sosilva@udem.edu.co

Cómo citar/Citation

Molina Betancur, C. M. y Silva Arroyave, S. O. (2020).
El activismo judicial del juez constitucional en Iberoamérica.
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 24(1), 117-145.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.04>

Resumen

El concepto de activismo judicial es una creación norteamericana con bastante influencia en Iberoamérica. A través de los años se han dado muchas definiciones de lo que es el activismo judicial, confundiéndose con el término de gobierno de los jueces. Debido a sus diferentes significaciones ha sido muy criticado por la doctrina, aunque algunas interpretaciones de la Corte Suprema norteamericana han permitido desde lo judicial identificar mejor los casos en los cuales los jueces son llamados a ser activistas. Sin embargo, estas interpretaciones sobre lo que es el activismo judicial deben ser adaptadas para ser correctamente utilizadas en el contexto iberoamericano, por las particularidades propias de desigualdad social, de problemas en la distribución de la riqueza y del mal funcionamiento de los mecanismos democráticos, tan variables en nuestra cultura.

¹ Autor destinatario de todas las comunicaciones con la revista.

Palabras clave

Activismo judicial; gobierno de los jueces; interpretación judicial; limitaciones a la libertad de interpretación; Corte Suprema norteamericana.

Abstract

The concept of judicial activism is an American creation with a lot of influence in Ibero-America. Through the years, many definitions have been given to judicial activism, which merges with the expression «government by judges». The concept has been criticized lately by the doctrine due to its different meanings, despite some interpretations of the Supreme Court of the United States allowing, from the judicial perspective, to better identify the cases in which the judges are called to be activists. However, these interpretations of judicial activism must be adapted to be correctly used in the Ibero-American context, because of the particularities of social inequality, problems in the distribution of wealth and the malfunctioning of democratic mechanisms, which varies widely in our culture.

Keywords

Judicial activism; government by judges; judicial interpretation; limitations on freedom of interpretation; North American Supreme Court.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONCEPTUALIZACIÓN INICIAL DEL ACTIVISMO JUDICIAL: 1. Razones del nacimiento de la noción de activismo judicial. 1.1. *El gobierno de los jueces*. 1.2. *El activismo judicial*. 2. Los primeros intentos de teorización del activismo judicial. III. LA DETERMINACIÓN DE LA DEFINICIÓN DE ACTIVISMO JUDICIAL: 1. Los intentos de una definición doctrinal. 2. La consolidación jurisdiccional de una definición de activismo judicial. IV. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El término de activismo judicial, creado inicialmente por la doctrina estadounidense a mediados del siglo XX², es utilizado desde hace algunas décadas en España y en Latinoamérica para describir el nuevo papel que, debido al debilitamiento de los poderes legislativo y ejecutivo, desempeñan en la actualidad las jurisdicciones constitucionales en cada uno de estos Estados.

En efecto, el término de activismo judicial ha sido utilizado en España para señalar el papel protagónico que tienen actualmente las jurisdicciones constitucionales en la definición del sentido de las leyes y en la protección de los derechos fundamentales (Marín Castán, 2016), como también (Mangas Campos, 2015) para describir la práctica de algunos tribunales que «utilizan la interpretación para ajustar la ley a sus decisiones, y no al revés». Además, dicho término es frecuentemente utilizado para referirse a la práctica de algunos tribunales que, «además de solucionar el caso traído a juzgamiento, envía[n] señales innovadoras a los demás poderes, a los jueces inferiores y a la sociedad en general, tendientes a generar un cambio en la legislación, o en la jurisprudencia, o en las costumbres (respectivamente)» (Gálvez Bautista, 2009); así como para afirmar que «un juez activista es el que decide una cuestión jurídica

² El presente artículo forma parte de la investigación inscrita en la Vicerrectoría de investigaciones de la Universidad de Medellín, sobre los conflictos interpretativos entre las altas cortes en Colombia (código 1003). Todas las citas de fuentes en otros idiomas fueron traducidas por los autores.

de acuerdo con sus opiniones de lo que es justo, aunque ello suponga transgredir los límites fijados por el Derecho»³ (Atienza, 2019).

Dentro de la doctrina española se ha propuesto, además, la noción de activismo judicial progresista para referirse a la «serie de actuaciones desplegadas desde la judicatura, en los distintos momentos procesales de un caso, en los que la autoridad judicial trata con especial consideración las pretensiones de la parte integradas por víctimas de exclusión social, que se traducen en violaciones a los derechos humanos, sean estos civiles y políticos o derechos sociales, puesto que puede traducirse en un reconocimiento de derechos que tradicionalmente la judicatura ha desconocido» (Timm Hidalgo, 2011: 103). Esta noción se ha diferenciado del activismo judicial dialógico, que tiene como rasgo central y particular «la idea de que un diálogo se extiende más allá de la sustanciación del juicio, proyectándose a la etapa de ejecución» (*ibid.*: 123).

En los Estados latinoamericanos la noción de activismo judicial ha sido igualmente entendida de múltiples maneras. En Argentina, por ejemplo, la noción de activismo judicial se emplea para instar a los jueces a que se abstengan de decidir sobre «materias propias de las restantes ramas del gobierno» (Racimo, 2015: 136), pero también para resaltar la diligencia, la eficacia y la rapidez en la toma de «decisiones que amparan derechos constitucionales en forma inmediata y operativa» (*ibid.*: 138) y, además, para señalar la preferencia de los jueces por la aplicación de valores contenidos «en la Constitución Nacional por sobre el texto mismo de la ley» (*ibid.*: 141).

Dentro de la doctrina de la Argentina se han propuesto de otra parte la noción de activismo razonable o justo que puede presentarse cuando se amplían «las garantías procesales para la protección de los derechos, sea mediante nuevas garantías o mediante la interpretación amplia de las existentes» (Maraniello, 2012: 129). Esta noción se diferencia del activismo irrazonable o injusto que se presenta, entre otros, cuando las jurisdicciones convalidan «normas de emergencia restrictivas de los derechos fundamentales» (*ibid.*: 130).

En Chile, el activismo judicial se entiende como las «sentencias que no parecen someterse lo suficiente a la Constitución y las normas jurídicas dictadas por las autoridades electas democráticamente y, en algunos casos, contrariando derechamente su voluntad»⁴ (García y Verdugo, 2013: 24), lo que en Brasil es entendido como «el protagonismo del judiciario en la definición del

³ Véanse también dentro de la doctrina española las utilizaciones de la noción de activismo judicial en Celador Angón (2008), Fernández-Viagas Bartolomé (1998), Hinojosa Martínez (2003), Melero de la Torre (2014), Molina Navarrete (2013), Méndez González (2017) y Vercher Noguera (2017).

⁴ Véase también, dentro de la doctrina de Chile, Aguilar (2015).

sentido del derecho y en la implementación de los derechos sociales»⁵ (Lima Quintas, 2014: 331).

Finalmente, en Colombia el activismo judicial hace referencia al conjunto de teorías de la interpretación judicial que obligan a los jueces a tener en cuenta otros elementos diferentes a los textos normativos escritos, en diferentes dominios: 1) en materia de justicia, cuando se enfrentan las cortes, lo que se denomina el choque de trenes (Molina, 2010a); 2) en materia económica, cuando la Corte Constitucional se ha enfrentado a las interpretaciones de la Banca Central (Molina, 2010b); 3) en materia de reformas constitucionales, cuando la Corte Constitucional se ha enfrentado al gobierno del Estado comunitario (Molina, 2010c); así como el enfrentamiento que ha tenido la Corte Constitucional con algunos Estados de excepción (Molina, 2007); o en materia de protección de derechos sociales (Saffón y García Villegas, 2011, y Díaz, 2015); 4) en algunos enfrentamientos entre diferentes jurisdicciones para la interpretación de valores constitucionales, de la costumbre o la voluntad social, al momento de interpretar la Constitución de 1991 (Uprimny y Rodríguez, 2006: 152-155)⁶. Lo anterior con mucha oposición por parte de los gobiernos de turno, de las autoridades independientes y de las otras jurisdicciones, por considerar que la Corte Constitucional en estos casos de claro activismo lo que está haciendo es legislando (Morelli, 1997).

Sin embargo, este gran número de comprensiones diferentes de la noción de activismo judicial no es una muestra de la riqueza doctrinal en Iberoamérica, para darle un nuevo sentido a una noción trasplantada del derecho estadounidense. Todo lo contrario, esta multiplicidad de comprensiones es sinónimo de la dificultad que tiene la doctrina de estos Estados para comprender y utilizar adecuadamente una noción, para que esta no pierda su sentido y su utilidad teórica. Esto, porque, si numerosos fenómenos diferentes son llamados de la misma forma, se vuelve muy dificultoso saber de cuál de ellos se habla en un caso en concreto, si no se precisa a cuál de ellos se está haciendo referencia. Si esto ocurre, la utilidad teórica del concepto se diluye, puesto que su capacidad explicativa es muy reducida.

Esta particular situación no se ha presentado únicamente en los países iberoamericanos, puesto que, en los Estados Unidos de América, país en donde nació el concepto, durante más de cuatro décadas el activismo judicial fue utilizado de forma indiscriminada y poco teórica, al punto de desvanecer casi

⁵ Véase también, dentro de la doctrina de Brasil, Muller Bitencourt y Gorczewski (2016).

⁶ Véanse también, dentro de la doctrina de Colombia, Azuero Quijano y Albarracín Caballero (2009), Molina (2010d, 2011) y Betancur Hincapié (2014).

por completo el sentido de la noción y su utilidad científica. De hecho, la confusa comprensión de la noción de activismo judicial pudo haberse originado en los países iberoamericanos precisamente por las falencias teóricas con las cuales nació la noción en los Estados Unidos y por el hecho de que esta se volvió popular y comenzó a ser largamente utilizada antes que se hubiera definido claramente su significación. Así, «el problema con el concepto de activismo judicial es que [...] trae desde su lugar de origen —concretamente los Estados Unidos de América— un contenido relativamente vago que dificulta su comprensión cuando es usado por los doctrinarios sin que se haya explicado sus reales alcances» (Racimo, 2015: 104).

No obstante su aceptación en Iberoamérica, la definición de activismo judicial no ha podido ser determinada con claridad, por ello la importancia de mirar este concepto detenidamente, siguiendo una metodología de investigación analítico-descriptiva, analizando en un primer tiempo los avances que el sistema judicial estadounidense ha realizado en este sentido, lo que nos permitirá definir mejor el concepto de activismo judicial. Esto servirá para darle el valor teórico necesario al concepto, y así poder usarlo como una noción útil para la mejor comprensión del papel que desempeñan actualmente las jurisdicciones en la definición del sentido de los textos normativos y en la protección de los derechos fundamentales. En un segundo tiempo, estos esfuerzos teóricos deberán servir para identificar una noción precisa de activismo judicial, que permita explicar de una manera más exacta el rol de las jurisdicciones en los Estados iberoamericanos. Por último, la finalidad del presente análisis hermenéutico es descifrar, teniendo en cuenta los aportes hechos en la doctrina norteamericana, si las comprensiones de activismo judicial adoptadas en los Estados iberoamericanos son teóricamente sólidas, y si son útiles o necesarias para entender precisamente el papel que desempeñan actualmente las jurisdicciones constitucionales dentro de estos Estados.

Para llevar a cabo esta noble tarea se expondrá en un primer momento la conceptualización inicial de la noción de activismo judicial (II), para luego centrarse en un segundo momento en su determinación contemporánea (III).

II. LA CONCEPTUALIZACIÓN INICIAL DEL ACTIVISMO JUDICIAL

La aparición de la noción de activismo judicial tiene una relación directa con importantes momentos de la historia constitucional norteamericana. Sin embargo, su conceptualización inicial no depende solamente de la historia, sino también de los esfuerzos hechos por la doctrina. De esta manera, es necesario analizar las razones que llevaron al nacimiento de la noción (A), para analizar luego los primeros intentos de teorización hechos por la doctrina (B).

1. RAZONES DEL NACIMIENTO DE LA NOCIÓN DE ACTIVISMO JUDICIAL

Antes de la adopción de la noción de activismo judicial en 1947, en los Estados Unidos de Norteamérica, la noción de «gobierno de los jueces» era utilizada para referirse a ciertas decisiones de la Corte Suprema norteamericana que hacían un uso excesivo de sus atribuciones y que invadían las competencias de los demás órganos del poder público. De esta manera, se hace necesario indagar sobre el verdadero origen de estas dos nociones: el gobierno de los jueces (1) y el activismo judicial (2), para comprender mejor cuál es el contexto político y social que envuelve su conceptualización inicial.

1.1. El gobierno de los jueces

La noción de gobierno de los jueces nace inicialmente bajo la forma de «gobierno del poder judicial» (*Government by judiciary*) en 1911 en Estados Unidos de Norteamérica, bajo la pluma del político y abogado Louis B. Boudin en un artículo escrito «bajo la influencia de la campaña de protesta del expresidente Roosevelt contra los obstáculos aportados por el control judicial al desarrollo de la legislación social y obrera [en Estados Unidos]»⁷ (Lambert, 2010: 13).

Sin embargo, esta expresión es cambiada por la de «gobierno por los jueces» (*Government by judges*) por el juez Walter Clark, presidente de la Corte Suprema de Carolina del Norte, en 1914 cuando utiliza esta expresión en un discurso hecho en la «*Cooper Union*» (Clark, 1914) para «remarcar la preponderancia del poder judicial sobre los otros dos brazos del gobierno estrictamente considerado que son el poder ejecutivo y el poder legislativo» (Brondel *et al.*, 2008: 13). Esta expresión parece estar inscrita «implícitamente dentro de la línea de la otra fórmula célebre de «Gobierno por el Congreso» [(*Congressional government*)] ingenjada por Woodrow Wilson en 1884 para expresar la supremacía del Congreso» (Lambert, 2010: 13).

Estas expresiones, «gobierno del poder judicial» y «gobierno por los jueces», que comenzaban a evidenciar la preponderancia de los jueces sobre los demás órganos del poder público, fueron en un primer momento utilizadas en escritos que reaccionaban, de manera aislada y no sistemática, a una situación muy particular y relevante producida en los Estados Unidos, en las primeras cuatro décadas del siglo XX y que se afianza entre los años 1933 y 1936 durante

⁷ Este artículo es «la obra de un jurista que no critica el principio mismo de este control, sino únicamente su extensión, que ha pasado del examen de la competencia legislativa al de la oportunidad de las leyes» (Lambert, 2010: 14).

la época de la implantación de la doctrina del *New Deal* por el presidente Franklin Delano Roosevelt.

En efecto, antes y durante una buena parte del periodo del *New Deal*, la Corte Suprema procedió a anular un gran número de leyes federales y de los Estados federados «de inspiración progresista y social que reglamentaban las condiciones de trabajo» (Zoller, 2001: 29). Esto se produjo porque, según la opinión de la mayoría de los miembros de la Corte, estas leyes eran contrarias a la autonomía de la voluntad y a la libertad contractual protegidas por la XIV enmienda constitucional de los Estados Unidos, que promueven las tesis económicas liberales (*ibid.*). De esta manera, el gobierno de los jueces se presentó en los Estados Unidos durante un periodo de tiempo en el cual la mayoría de los jueces de la Corte Suprema «tomaron decisiones sobre la constitucionalidad de una ley en función de sus propios prejuicios» (Zoller, 2010: 153).

No obstante, esta idea solo fue modificada a partir de 1937, cuando es adoptada por la mayoría de los miembros de la Corte Suprema la concepción expuesta por el juez Holmes en el salvamento de voto de la decisión *Lochner v. New York* de 1905. En este salvamento, el juez Holmes afirmó que para los jueces constitucionales «el hecho de no estar de acuerdo con una ley no es motivo suficiente para declararla inconstitucional» (Zoller, 2010: 153). Para el prestigioso juez Holmes, «una Constitución no pretende incorporar una teoría económica particular, [...] puesto que] ella es hecha por personas con puntos de vista fundamentalmente diferentes» (1905, 198 US 76). De esta manera, «no corresponde a los jueces, sino al legislador, adoptar una de estas tesis y rechazar las otras» (Zoller, 2010: 154).

Esta concepción fue ratificada con mayor fuerza en la sentencia de la Corte Suprema del 12 de abril de 1937, *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corp* (1937, 301 US 1), cuando «la Corte renuncia a realizar una calificación jurídica de los hechos [definidos en la ley] y decide presumir la constitucionalidad de las leyes. Aunque esta presunción de constitucionalidad solo ha sido adoptada en materia económica y financiera» (Zoller, 2010: 157).

En este sentido, la expresión de gobierno de los jueces, si bien permitió en un primer momento enmarcar el debate sobre los comportamientos de los jueces, que extendían sus competencias tradicionales, fue creada dentro de un marco histórico específico para referirse a unas actuaciones judiciales puntuales que, en principio, desaparecieron a partir de 1937, con la modificación de la intensidad de control que la Corte Suprema ejercía sobre las leyes al momento de controlar su constitucionalidad. Sin embargo, aunque el gobierno de los jueces llegó a su fin en los Estados Unidos en esa época, la noción alcanzó a ser introducida a Francia en 1921, por el jurista experto en derecho estadounidense Edouard Lambert, quien, en su obra *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*, demuestra cómo en

este país «los jueces bajo la cubierta de la doctrina de la “*sustantive due process*” [introducida en la XIV enmienda de la Constitución], gobiernan en el lugar de los elegidos» (Zoller, 2010: 152).

Este libro causó mucho furor en Francia en su época y determinó completamente el debate en este país sobre los límites que en todo caso deben respetar los jueces al momento de interpretar las leyes. Al punto que hoy en día, en Francia, el debate sobre las competencias interpretativas de los jueces se lleva a cabo más de la mano de la noción de gobierno de los jueces que de la mano de la noción de activismo judicial, aunque son varios los autores que identifican las dos nociones como equivalentes⁸. No obstante, la noción de gobierno de los jueces tiene una connotación peyorativa en Francia (Brondel *et al.*, 2008: 21), puesto que a menudo se utiliza para afirmar «que el gobierno de los jueces es algo terrible, pero que, afortunadamente, no existe en casa».

Es entonces, a través de la doctrina francesa, cuando la noción de gobierno de los jueces fue introducida posteriormente en algunos Estados latinoamericanos⁹, en los cuales, al igual que en Francia, se utiliza esta noción para enmarcar el debate en torno a las amplias competencias interpretativas de las jurisdicciones¹⁰. Sin embargo, con la evolución constitucional, y los controles que tienen los jueces en materia política, es el activismo judicial la noción más ampliamente utilizada en los Estados iberoamericanos para referirse a las amplias competencias interpretativas que desarrollan actualmente las jurisdicciones constitucionales.

1.2. El activismo judicial

La noción de activismo judicial fue ingenjada en 1947 por el historiador norteamericano Arthur Schlesinger Jr., en un artículo de catorce páginas publicado en la revista *Fortune*. Si bien la doctrina norteamericana hubiese deseado que la noción de activismo judicial naciese «en la disidencia de un respetable juez o en un artículo de una importante revista de derecho» (Kmiec, 2004: 1445), realmente la noción fue inicialmente adoptada «en una revista popular, en un artículo destinado a un público general, escrito por alguien

⁸ Así, por ejemplo, Laurent Cohen-Tanugi afirma que el activismo judicial consiste en la «tendencia de los jueces a innovar en la toma de decisiones judiciales, generando lo que se llama en Francia el gobierno de los jueces» (1985: 51-52).

⁹ En España la noción de gobierno de los jueces existe, pero se usa sobre todo para hablar de la organización del poder judicial. Véanse, por ejemplo, Palacios (1991), Lucas (1995), López (1999) y Sánchez (2001).

¹⁰ Véase, por ejemplo, en Chile, García y Verdugo (2013), y en Colombia, López Daza (2005).

que no era abogado» (*ibid.*: 1446). Pero el propósito de este artículo no fue la «elaboración completa de una teoría sobre la función judicial, sino [más bien] describir un momento en la historia» (Green, 2009: 1202). En efecto, las intenciones del autor fueron las de describir las circunstancias políticas que rodearon las actuaciones de la Corte Suprema diez años después del «switch in time», es decir del final de la época conocida como del gobierno de los jueces.

Para adelantar su exposición, el autor realizó una clasificación donde describe la personalidad de los miembros que integraban la Corte Suprema en 1947, mostrando que había un grupo compuesto por los jueces activistas (*activists judges*), otro por el grupo de jueces moderados (*self-restraint*) y otro por los jueces que se encontraban en el medio. Todo esto para poder finalmente afirmar que las cuestiones de fondo que dividen a los jueces y que se manifestaban en las diferentes posiciones expresadas en los fallos estaban estrechamente vinculados a las fisuras interpersonales que existían entre ellos (Green, 2009: 1202).

Sin embargo, debido a que la visión del artículo en cuestión está centrada sobre la personalidad de los jueces y los conflictos extrajudiciales que podían presentarse entre sus convicciones, el autor no ofrece ninguna definición de las nociones de activismo judicial o de moderación, ni explica claramente las condiciones que deben cumplir los jueces en el ejercicio de sus funciones para ser clasificados dentro de alguna de estas categorías (Green, 2009: 1203).

Además, en el análisis jurisprudencial adelantado por Schlesinger, que le permitía sustentar las clasificaciones hechas de los jueces dentro de los grupos mencionados, el autor no tiene en cuenta la totalidad de las decisiones que podían influir en su clasificación (*ibid.*), toda vez que deja fuera importantes decisiones como *Korematsu v. United States* de 1944 (323 US, 214).

Las debilidades teóricas que rodean el nacimiento de la noción de activismo judicial condicionan considerablemente las dificultades teóricas futuras de la misma. De esta manera, debido al hecho de que la noción de activismo judicial nace siendo aplicada sin ser en ningún momento definida, con el tiempo la doctrina de los Estados Unidos ha tenido que hacer grandes esfuerzos para poder identificar una definición de activismo judicial que goce de un consenso generalizado y que sea válida desde un punto de vista teórico.

2. LOS PRIMEROS INTENTOS DE TEORIZACIÓN DEL ACTIVISMO JUDICIAL

En los Estados Unidos de Norteamérica la noción de activismo judicial en los primeros años siguientes a su creación no poseía una connotación necesariamente negativa, toda vez que, en primer lugar, el estudio adelantado por Schlesinger fue simplemente descriptivo, no tomó partido sobre la pertinencia o la necesidad de la noción y no definió en ningún momento si el activismo

judicial es bueno o malo. Además, inicialmente la noción fue entendida como un comportamiento que permitía el mejoramiento de las condiciones sociales de las personas y no como un abuso de autoridad de los jueces (Kmiec, 2004: 1451)¹¹. Sin embargo, fue después de 1950 cuando el término adquirió una connotación generalmente negativa, incluso si su significado específico era difícil de precisar (*ibid.*: 1452).

Seguramente la evolución hacia la concepción peyorativa de la noción de activismo judicial fue sin duda inspirada por los artículos publicados por el abogado y profesor de la Universidad de Toronto Edward McWhinney en los años cincuenta. Puesto que en estos artículos, de una calidad académica superior al artículo de Schlesinger, McWhinney (1955: 843) afirma que «el control jurisdiccional de constitucionalidad (*judicial review*) no siempre es una forma eficiente para la toma de decisiones políticas». Para el autor, el activismo judicial planteaba múltiples complicaciones, porque «los jueces “son buenos conocedores de la ley, pero” manifiestamente no son los mas equipados “para traducir” los valores de la comunidad en políticas constitucionales» (Kmiec, 2004: 1453). De esta manera, McWhinney lleva la reflexión sobre el activismo judicial «un paso más allá, construyendo un argumento razonado contra un enfoque activista para juzgar» (*ibid.*: 1454).

La importante contribución de McWhinney, que permitió tener una idea más precisa del activismo judicial, empezó a ser utilizada por los jueces norteamericanos a partir del final de los años cincuenta, con la finalidad de criticar ciertas decisiones, sin ser definida precisamente en la mayoría de los casos¹². De esta manera, a pesar de los esfuerzos hechos por la doctrina, la noción de activismo judicial continuó siendo ambigua durante la segunda parte del siglo XX en los Estados Unidos, al punto que se llegó a afirmar que la acusación de «activismo judicial por sí sola significa poco o nada porque el término ha adquirido muchos significados distintos e incluso contradictorios» (Kmiec, 2004: 1477).

Fue de esta forma que la noción de activismo judicial se convirtió en un concepto polivalente que permitió justificar todo tipo de críticas a las decisiones de los jueces. Críticas que eran más o menos frecuentes, según el nivel de

¹¹ Situación similar se presentó en Francia, cuando, comentando la decisión del 16 de julio de 1971 sobre la libertad de asociación, la doctrina francesa utilizó la noción de gobierno de los jueces para felicitar al Consejo constitucional por detener las tentativas antiliberales de los proyectos de ley del Parlamento (Favoreu, 2013: 339).

¹² La primera utilización de la noción de activismo judicial hecha por una jurisdicción norteamericana fue en 1959, en la decisión de la Corte de apelación del quinto distrito judicial, *Theriot v. Mercer* (1959, 262 F.2d, 754).

aceptación que se tenía de las decisiones judiciales. Este concepto degeneró a tal punto que, en los Estados Unidos, la noción de activismo judicial fue usada indistintamente por las diferentes corrientes de pensamiento para criticar las actuaciones influenciadas por las corrientes que le eran contrarias.

Esta compleja situación fue precisamente descrita en el salvamento de voto de la sentencia *Turpin v. Mailet* de 1978, de la Corte de apelación del quinto distrito judicial de los Estados Unidos, cuando se afirmó que:

Basta con echar un vistazo a los numerosos salvamentos de voto de las sentencias de la Corte suprema para reconocer que, en ocasiones, el activismo judicial se ha [empleado] con mucha libertad. A veces ha sido favorable a los llamados conservadores; en otras ocasiones ha favorecido a los llamados liberales. Durante las primeras décadas del siglo xx, quienes hoy son los más acérrimos partidarios del activismo judicial fueron los que más criticaron la «usurpación» de los poderes del Congreso por parte de la Corte Suprema para anular la legislación social y de bienestar. Cuando el foco de la judicatura pasó de los derechos de propiedad a los derechos personales, surgió un nuevo y diferente grupo de críticos. El problema, como lo ven estos críticos, no es de liberalismo versus conservatismo, sino de gobierno democrático representativo versus autocracia judicial (1978, 579 F.2d, 152).

Esta situación generó un contexto complejo y contradictorio en el cual la Corte Suprema, de acuerdo con el gobierno de turno y la situación, podía ser considerada como activista, moderada o conservadora. Esto se produjo porque la multiplicidad de críticas usando la misma expresión, hechas por corrientes de pensamiento contrarias entre ellas mismas, permitían considerar a la Corte como liberal, como conservadora, como democrática o como autocrática al mismo tiempo. Situación que puso en evidencia una de las condiciones esenciales del análisis de la noción de activismo judicial que demanda un estudio individual, temporal y específico de las decisiones de los tribunales constitucionales (Green, 2009: 1255).

Ahora bien, si esta falta de definición precisa han llevado la doctrina a proponer el abandono de la noción o el remplazo de la misma, los esfuerzos académicos adelantados en Estados Unidos siempre han afirmado la necesidad de continuar las reflexiones en torno al activismo judicial (Reinert, 2004: 35)¹³. Esto, porque la noción está fuertemente incrustada en la tradición judicial norteamericana y hace parte del patrimonio cultural de la nación, toda

¹³ En Francia se presentó una situación similar a la norteamericana respecto a la utilización indiscriminada de la noción de gobierno de los jueces. Es por ello que la doctrina en el año 2008 realizó un importante seminario internacional con la finalidad de precisar su comprensión (véase Brondel *et al.*, 2008).

vez que es concebida como «el principal medio del pueblo de evaluar el comportamiento de los jueces» (Green, 2009: 1221). Es por esto que la doctrina estadounidense ha adelantado en los últimos años grandes esfuerzos de teorización que le han permitido identificar definiciones objetivas de activismo judicial que favorezcan su utilización dentro de los debates académicos y científicos. Aunque varias de las definiciones dadas hasta la fecha no han logrado precisar el complicado contorno que rodea la noción de activismo judicial, sí se puede decir que han logrado alguna determinación, aunque su aceptación no sea generalizada por parte de la doctrina.

III. LA DETERMINACIÓN DE LA DEFINICIÓN DE ACTIVISMO JUDICIAL

La falta de conceptualización inicial de la noción de activismo judicial y la evolución hacia una definición negativa han conducido a que, tanto en los Estados Unidos como en Iberoamérica, la noción sea empleada de múltiples maneras con la finalidad de exponer un gran número de críticas a las decisiones de la Corte Suprema y de los tribunales constitucionales. De esta forma, es necesario analizar los principales intentos de definición hechos por la doctrina (A), con la finalidad de identificar si entre ellos surge una definición jurisdiccional mucho más precisa y objetiva (B).

1. LOS INTENTOS DE UNA DEFINICIÓN DOCTRINAL

En los Estados Unidos, en los casi cincuenta años de utilización indiscriminada de la noción de activismo judicial, se produjeron múltiples comprensiones que también han sido afirmadas por la doctrina iberoamericana. En primer lugar, tenemos un concepto de activismo sanción, que considera como activista todas «las decisiones que tienen como finalidad la anulación de las leyes» (Green, 2009: 1218), al punto que son consideradas como más activistas los tribunales que más decisiones anulan¹⁴. Esta concepción «es popular entre los empiristas cuantitativos, en gran parte, porque dicha actividad es fácil de contabilizar (*to count*)» (*ibid.*: 1218). Esta concepción es bastante criticada en los Estados Unidos porque «la sola invalidación de la ley revela poco acerca de la conveniencia (*propriety*) de las decisiones individuales» (Kmiec, 2004:

¹⁴ De esta manera, por ejemplo, Greg Jones (2002: 143) ha afirmado que, en general, «el activismo judicial es cualquier ocasión en que un tribunal interviene y anula una parte de la legislación debidamente promulgada».

1464). De esta forma, se afirma que solo basta con imaginarse, por ejemplo, «que el Congreso de alguna manera aprueba una ley que impone una religión nacional. Si la Corte invalida esta ley claramente inconstitucional, nadie sugeriría que haya actuado como activista» (*ibid.*). Así, el activismo judicial no puede ser sinónimo simplemente del control judicial de constitucionalidad. Adicionalmente, esta definición desconoce la idea de que el activismo judicial puede presentarse también por omisión. Esta situación, conocida en la doctrina norteamericana bajo el nombre de «activismo judicial moderado» (*activist judicial restraint*), según la expresión propuesta por Michael Stokes Paulsen, se presenta cuando el juez constitucional, al momento de hacer el examen de constitucionalidad, «no anula una ley que podría considerarse como inconstitucional o cuando no modifica un precedente que es jurídicamente ilegítimo» (Cross y Lindquist, 2007: 1760).

Debido a estas críticas, la definición ha sido delimitada por algunos autores, para así solo indicar que el activismo judicial consiste simplemente en «la práctica de los jueces de rechazar políticas escogidas por otras autoridades gubernamentales que la Constitución no prohíbe claramente» (Graglia, 1996: 296). Esta concepción un poco más limitada de activismo judicial fue expuesta por el juez David Souter, en su salvamento de voto de la sentencia *United States v. Lopez*, en el cual se afirmó que anular las políticas escogidas por el Congreso, bajo la cláusula de comercio, históricamente ha sido incorrecto por dos razones. «Nada en esta cláusula conduce al activismo judicial, y nada hace a las autoridades judiciales una autoridad superior al Congreso para la escogencia definitiva de las políticas a adoptar» (1995, 514 US 611). En Iberoamérica esta concepción, que reconoce a los jueces un papel protagónico en la definición del sentido de la Constitución, es afirmada por María Luisa Marín Castán (2016: 122) y Fabio Limas Quintas (2014: 331).

Sin embargo, esta concepción también ha recibido fuertes críticas, de un lado, porque ella «se basa en una concepción muy discutible del papel» de las jurisdicciones constitucionales (Kmiec, 2004: 1465). Puesto que muchos académicos aceptan, tal como se declaró en la sentencia *Marbury v. Madison* de 1803, que son las jurisdicciones constitucionales quienes «pueden y deben declarar lo que es derecho, incluso en los casos difíciles o políticamente delicados» (*ibid.*: 1466). De otro lado, se afirma que esta definición no es objetiva ni precisa porque «depende de la opinión del orador sobre si la Constitución prohíbe expresamente la adopción de alguna política en cualquier área del derecho» (*ibid.*: 1466).

En segundo lugar, se propone un concepto de activismo judicial como falta. Así, algunos jueces miembros de las Cortes federales de apelación o de la Corte Suprema de los Estados Unidos afirman que se incurriría en activismo judicial cuando se desconoce el precedente vertical o el

precedente horizontal¹⁵. De esta manera, por ejemplo, el juez John Steven, de la Corte Suprema, afirmó en su salvamento de voto de la sentencia *Rodriguez de Quijas v. Shearson* (1989, 490 US 477) que «el tribunal de circuito «había incurrido en un tipo indefendible de activismo judicial» cuando «se había negado a seguir» un «precedente vinculante» (*controlling precedent*) de la Corte suprema» (Kmiec, 2004: 1466). Esto significa que el desconocimiento del precedente vertical configuraría una forma de activismo judicial. De igual forma, el mismo juez Steven, en su salvamento de voto de la sentencia *Kimel v. Florida Board of Regents* (2000, 528 US 62, 98-99), afirmó que la mayoría de los miembros de la Corte estaban incurriendo en activismo judicial cuando, desconociendo en reiteradas ocasiones su propio precedente, «se alejaban del papel que debe desempeñar la Corte suprema en todas sus decisiones»¹⁶. Lo cual significaría igualmente que el desconocimiento del precedente horizontal configura una forma de activismo judicial. En Colombia se afirma también que existe activismo judicial cuando la Corte constitucional no aplica en sus decisiones la interpretación constante de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado (Molina, 2010a).

Sin embargo, algunos académicos argumentan que a veces es correcto ignorar los precedentes horizontales. Uno de ellos (Lawson, 1994: 27-28) ha argumentado que la obligación de aplicar las decisiones anteriores (*stare decisis*) en sí misma puede ser considerada como inconstitucional si obliga a la Corte a adherirse a una lectura errónea de la Constitución. Otros opinan que «si la Constitución dice X y una decisión judicial previa dice Y, un tribunal no tiene simplemente el poder, sino la obligación, de preferir la Constitución» (Kmiec, 2004: 1467). En el mismo sentido, la misma jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha afirmado incluso que existen casos particulares en los cuales «el precedente horizontal puede descartarse» (*ibid.*: 1468). Así, por ejemplo, en las sentencias *Planned Parenthood v. Casey* (1992, 505 US 833) y *Lawrence v. Texas* (2003, 539 US 558) la Corte «afirmó que el «*stare decisis*» no es un mandato inexorable [e incluso] sugirió una lista de circunstancias en las cuales el rechazo de precedentes constitucionales podía ser apropiado» (Kmiec, 2004: 1468).

¹⁵ Esta noción puede ser enmarcada dentro de una concepción más amplia que afirma que el activismo judicial consiste en la creación de «decisiones portadoras de errores judiciales graves» (Green, 2009: 1217). Estos errores judiciales se presentan cuando «los jueces malinterpretan las leyes, no tienen en cuenta los precedentes o hacen una inexacta calificación de los hechos» (*ibid.*: 1221).

¹⁶ Véase en el mismo sentido el salvamento de voto del juez William Brennan en la sentencia de la Corte suprema *Engle v. Issac* (1982, 456 U.S. 107).

De esta manera, se observa cómo este segundo intento de definición de activismo judicial es rechazado, porque «se basan en suposiciones complejas sobre la norma que se anula y las disposiciones constitucionales subyacentes que pueden justificar separarse del precedente» (*ibid.*: 1469). Esta definición no permite tampoco identificar objetivamente en qué consiste ser activista, porque no da ningún elemento para identificar las razones que pueden tener los jueces para alejarse del precedente.

En tercer lugar, se entiende el activismo judicial como una colegislación por los jueces. En este sentido (*ibid.*: 1471), «los jueces son etiquetados como activistas judiciales cuando “legislan desde los estrados” (*bench*)»¹⁷. Así parece expresarlo el juez Stevens, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, cuando, en su salvamento de voto de la sentencia *Florida v. Wells* (1990, 495 US 13), afirmó que «hace parte apropiadamente de la función judicial crear derecho (*make law*) como un subproducto necesario de la resolución de controversias reales. Pero llegar al punto de crear nuevo derecho de una manera tan descarada e innecesaria en un caso como en el presente es un activismo judicial desvergonzado».

En Iberoamérica se encuentran algunas variantes de la presente definición, puesto que se puede afirmar que se legisla desde los estrados cuando se decide sobre «materias propias de las restantes ramas del gobierno» (Racimo, 2015: 136), cuando se envían «señales innovadoras a los demás poderes, [...] tendientes a generar un cambio en la legislación» (Gálvez Bautista, 2009); cuando se amplían «las garantías procesales para la protección de los derechos» (Maraniello, 2012: 129) o cuando los jueces tienen en cuenta otros elementos diferentes a los textos normativos escritos en sus decisiones (Molina, 2007, 2010c; Saffón y García Villegas, 2011, y Díaz, 2015). Sin embargo, esta definición, en todas sus variantes, es criticable porque en muchos casos es difícil establecer la línea que separa las legítimas interpretaciones de la Constitución y la creación normativa. Además, desde la concepción europea de Hans Kelsen, siendo la función de los altos tribunales constitucionales la de determinar de manera definitiva lo que es la Constitución, no tienen valor jurídico las concepciones de la doctrina que afirman que una decisión no se basa sobre una interpretación legítima de la Constitución, sino sobre una norma creada por la Corte Suprema. Esto, porque «el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto el órgano competente, al crear una

¹⁷ Esta expresión fue utilizada por el expresidente George W. Bush en una declaración hecha en el año 2002 (Kmiec, 2004: 1471).

norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley» (Kelsen, 2009: 133).

A pesar de este reproche, la presente definición fue retenida por varios de los críticos de las decisiones de la Corte Warren en los Estados Unidos. De esta manera, por ejemplo, el juez Hugo Black afirmó en el salvamento de voto de la sentencia *United States v. Wade* (1967, 388 US 249-250) que, si seguía a la mayoría, «sentiría que estamos decidiendo qué es la Constitución, no por lo que dice, sino por lo que creemos que hubiera sido prudente que los padres fundadores hubieran puesto en ella. Esto, para mí, es la peor forma de activismo judicial». Además, esta definición tendría otra dificultad, porque, aunque se acepte que una decisión sea activista, esto no quiere decir que ella deba ser rechazada, puesto que puede ser luego aceptada por la doctrina y los jueces. De esta manera, se debe aceptar que una decisión en particular «puede tener consecuencias favorables o establecer precedentes deseables a pesar de ser un ejercicio inadecuado de la función judicial» (Kmiec, 2004: 1473). Por lo tanto, el uso peyorativo de la noción de activismo judicial, como suelen hacerlo los críticos de la Corte Warren, «confunde los problemas. El uso de “activista” como sustituto de “malo” [...] no logra dilucidar las formas específicas en que una opinión judicial es incorrecta, perjudicial o errónea» (*ibid.*).

En cuarto lugar, el activismo judicial se entiende como una incorrecta interpretación. De esta forma, se considera como activismo judicial el mal uso o el no uso de criterios (*canons*) de interpretación (*ibid.*). Así, por ejemplo, en los Estados Unidos, para el juez Clarence Thomas, una decisión es activista si esta no puede ser aceptable según las ideas existentes «en el momento en que se ratificó la disposición constitucional» que la justifica (*ibid.*: 1474). Para el juez Antonin Scalia, por su parte, es activista una decisión que se basa sobre «prácticas inconstitucionales que no fueron aprobadas por los fundadores, pero que continúan siendo vistas como constitucionales por al menos una parte sustancial del pueblo estadounidense presente» (Taylor Jr., 2000: 1816). De manera similar, en Iberoamérica, Fernando Racimo considera que el activismo judicial consiste en la preferencia de los jueces por la aplicación de valores contenidos «en la Constitución Nacional por sobre el texto mismo de la ley» (2015: 141).

La definición anterior, en sus múltiples variables, es criticada porque ella solo permite identificar que «un juez usa criterios diferentes (en especie o en número) para tomar una decisión, en comparación con lo que otro juez hubiera usado» (Kmiec, 2004: 1475). De esta manera, esta definición no permite identificar precisamente en qué consiste el activismo judicial, porque dependerá, en definitiva, de la idea que el observador tenga sobre la función judicial. Así, si se cambia el observador se cambiaría la noción de activismo judicial.

En quinto lugar, se comprende el activismo judicial como política judicial. De esta forma, se afirma que el activismo judicial no consiste simplemente en anular las decisiones de las otras ramas del poder o de no reivindicar las reglas de previsibilidad o de uniformidad, sino en «no hacerlo para conseguir un objetivo no oficial. En otras palabras, una decisión es activista solo cuando (a) el juez tiene un motivo oculto para tomar una decisión; y (b) la decisión parte de una correcta “línea de base”. La decisión “activista” depende de qué tan lejos se desvíe de esta línea de base»¹⁸ (Kmiec, 2004: 1476). Esta definición es criticada porque si se concibe así, el activismo judicial no es siempre fácil de detectar, porque «rara vez hay pruebas irrefutables de un motivo ulterior, y puede ser extremadamente difícil establecer un punto de referencia no controvertido para evaluar qué tan lejos de la decisión “correcta” se ha desviado el juez supuestamente activista» (*ibid.*). Además, tal como se observó anteriormente, aunque en un principio la mayoría de la doctrina esté de acuerdo en afirmar que una decisión de la Corte Suprema es incorrecta, con el tiempo la concepción mayoritaria puede cambiar y empezar a considerar esa misma decisión como correcta. De esta manera, si se acepta esta concepción de activismo judicial, se tiene que aceptar que una misma decisión puede llevar a catalogar como activista a una Corte o a un Tribunal en una época, aunque en un momento posterior no lo sea más.

En sexto lugar, se define el activismo judicial como decisión impopular. Así, se consideran como activismo judicial las actuaciones de los tribunales que tienen como consecuencias «efectos indeseables» (Green, 2009: 1218) para algunas de las partes o para la población en general¹⁹. La presente definición es criticada porque no aporta nada a la comprensión de la noción de activismo judicial, puesto que es evidente que las decisiones judiciales que tienen como finalidad la resolución de conflictos entre varias partes siempre van a favorecer los intereses de una de ellas, desconociendo las pretensiones de la otra. Además, en cuanto a la afectación de los intereses de la población en general, es evidente que en las sociedades actuales en donde existe una enorme variedad de intereses representados y no representados, se van a presentar fallos con los cuales una parte de la población estará en desacuerdo, teniendo en cuenta si la decisión es consonante con sus concepciones ideológicas, políticas, económicas o sociales. De esta manera, se observa que el activismo judicial

¹⁸ Este motivo oculto puede ser la práctica de algunos tribunales que «utilizan la interpretación para ajustar la ley a sus decisiones, y no al revés» (Mangas Campos, 2015).

¹⁹ Estos efectos indeseables pueden presentarse, por ejemplo, cuando las jurisdicciones convalidan «normas de emergencia restrictivas de los derechos fundamentales» (Maraniello, 2012: 130).

«está ligado a la práctica de juzgar, por lo tanto, la noción debe estar vinculada no solo a los resultados, sino también a los métodos judiciales apropiados» (Green, 2009: 1218) o incluso a los motivos de las decisiones.

En último lugar, el activismo judicial se entiende como abuso de poder. Así, se define «como el abuso de poder no supervisado que se ejerce fuera de los límites del rol judicial» (Green, 2009: 1222). La presente concepción se funda en la idea de que «la discrecionalidad judicial implica algo más que la libertad de decidir lo que uno quiera. Tal discrecionalidad implica la responsabilidad de decidir usando el buen juicio apropiado para las circunstancias del caso» (Green, 2009: 1224). Entre los autores norteamericanos que afirman esta concepción destaca Ronald Dworkin, quien afirmaba que el juez activista ignora «el texto de la constitución, la historia de su promulgación, las decisiones previas de la Corte Suprema que lo interpretan y las antiguas tradiciones de nuestra cultura política [...] para imponer a las otras ramas del gobierno su propia visión de lo que exige la justicia» (1989: 378). En Iberoamérica esta concepción es retenida por José Francisco García y Sergio Verdugo, cuando afirma que el activismo judicial consiste en las «sentencias que no parecen someterse lo suficiente a la Constitución y las normas jurídicas dictadas por las autoridades electas democráticamente y, en algunos casos, contrariando derechamente su voluntad» (2013: 24). Asimismo, Manuel Atienza (2019), que considera que «un juez activista es el que decide una cuestión jurídica de acuerdo con sus opiniones de lo que es justo, aunque ello suponga transgredir los límites fijados por el Derecho».

Esta última definición tiene como punto problemático la gran dificultad que se presenta en el momento de tener que identificar las normas culturales que no están codificadas y que deben limitar los comportamientos de los tribunales, toda vez que este reconocimiento demanda un gran consenso social, político y jurídico, que en principio es difícil de formar y que está continuamente evolucionando. Además, muchas de las concepciones que forman la cultura actual sobre el rol de los jueces fueron adoptadas a partir de una decisión judicial revolucionaria. De esta manera, por ejemplo, en los Estados Unidos, la competencia que actualmente es aceptada por la mayoría de la doctrina norteamericana que permite a la Corte Suprema abstenerse de aplicar una ley del Congreso en el caso de que sea contraria a la Constitución, no fue establecida dentro del texto constitucional original, sino que fue introducida en el orden jurídico por la famosa decisión *Marbury v. Madison* de 1803. Si bien el autoreconocimiento de esta competencia judicial pudo haberse considerado como una actuación que claramente desbordaba las atribuciones de dicha instancia judicial, la mencionada competencia fue introducida y aceptada a través del tiempo por la cultura jurídica del país, al punto de que hoy en día dicho comportamiento es una de las bases de todo el sistema jurídico

norteamericano y del mundo occidental en general. Así, aunque una decisión puede inicialmente no ser parte de la cultura judicial, con el tiempo puede ser absorbida por la misma cultura en otro contexto.

2. LA CONSOLIDACIÓN JURISDICCIONAL DE UNA DEFINICIÓN DE ACTIVISMO JUDICIAL

Las fuertes críticas presentadas en contra de las anteriores definiciones conducirían a pensar que el activismo judicial es un término que no le aporta nada a la ciencia del derecho, puesto que no permite identificar las características precisas que tienen ciertas decisiones judiciales que se salen de las competencias ordinarias de los jueces: «[...] el activismo judicial, por sí solo significa poco o nada porque el término ha adquirido muchos significados distintos e incluso contradictorios. Aunque, cuando se lo explica cuidadosamente, el término puede ser un punto de partida para una conversación significativa sobre la función judicial y una oportunidad para hacer preguntas subsidiarias que van más allá de lo superficial» (Kmiec, 2004: 1477). Es así como existe una definición de activismo judicial propuesta en las mismas sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos que parece resistir a todas las críticas y que permite identificar inmediata y precisamente las razones y la manera en que las altas jurisdicciones pueden sobrepasar sus competencias ordinarias. Esta concepción, que puede ser retenida en los países iberoamericanos, se construyó a partir de la conceptualización hecha por el juez Brandeis del deber de moderación que tienen ordinariamente los jueces (*judicial self-restraint*) al momento de controlar la constitucionalidad de las leyes.

En efecto, el juez Brandeis, en su opinión individual de la sentencia de la Corte Suprema *Ashwander v. T.V.A.* (1936, 297 US 346-348), afirmó que existen siete principios que «gobiernan habitualmente la política jurisprudencial de la Corte cuando ejerce su poder de controlar la constitucionalidad de las leyes» (Zoller, 2010: 243). Estos son:

- 1) La Corte no se pronunciará sobre la constitucionalidad de una ley si no hay necesidad de resolver un litigio entre individuos que sea real, serio y de vital importancia. La Corte no debe declararse competente de decidir litigios inventados entre amigos, que no opongan a dos partes que sean verdaderos adversarios [...].
- 2). La Corte no deberá tomar decisiones anticipadas sobre una cuestión de derecho constitucional antes de que sea necesario decidirla. [... Así, la Corte] no decidirá habitualmente una cuestión de naturaleza constitucional a menos que sea absolutamente necesario para resolver el litigio [...].
- 3). La Corte no formulará una regla de derecho constitucional con un alcance más largo de lo necesario. [... La regla debe ser adaptada] a los hechos precisos del litigio al cual debe aplicarse [...].
- 4). La Corte no se pronunciará sobre una cuestión de derecho constitucional, aunque

esta sea real, si existe otra base jurídica que permita resolver el litigio. De esta manera, cuando un litigio puede ser decidido basándose en un argumento de derecho constitucional o en una interpretación de la ley o en una construcción de derecho general, la Corte debe pronunciarse refiriéndose solamente al segundo argumento [...]. 5). La Corte no se pronunciará sobre la constitucionalidad de una ley si la parte que cuestiona su constitucionalidad no demuestra que está siendo perjudicada por su aplicación [...]. 6). La Corte no se pronunciará sobre la constitucionalidad de una ley que ha beneficiado a la parte que la cuestiona [...]. 7). Cuando sea cuestionada la validez constitucional de una ley del Congreso, es un principio cardinal que la Corte debe, aunque la inconstitucionalidad sea manifiesta, analizar primero si no existe una forma de interpretar honestamente la ley de manera que el análisis de la constitucionalidad pueda ser evitado (Zoller, 2010: 243-244).

Estos principios dieron origen a otro conocido como el «principio de presunción de constitucionalidad de las leyes» (*ibid.*: 244). Este principio fue inicialmente afirmado en la Sentencia *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corp.* (1937, 301 US 1), según la cual «el principio cardinal de la interpretación de las leyes es el de salvar y no de destruir. [...] De esta manera, cuando existen] dos posibles interpretaciones de la ley, una que la volvería inconstitucional y otra que validaría su conformidad a la constitución, el deber de los jueces es el de adoptar la interpretación que salva (*save*) la ley». El principio de presunción de constitucionalidad «se ubica entre dos reglas que se deducen de él, pero que se distinguen entre ellas: 1) la regla de la evitación (*avoidance*), y 2) la regla de la separabilidad de la disposición inconstitucional» (*ibid.*). Según la primera de estas reglas, el juez debe hacer todo para evitar tener que pronunciarse sobre la cuestión constitucional que le piden que resuelva. Por esto, cada vez que se pueda satisfacer las pretensiones del demandante sin tener que abordar la cuestión constitucional, el juez debe escoger esta vía y quedarse en el terreno legislativo interpretando la ley acusada de inconstitucionalidad «de manera que encuentre una forma de satisfacer el daño causado, [...] aunque la solución encontrada no satisfaga todos los deseos del demandante y sea solo una solución alternativa a su demanda principal» (*ibid.*). Según la segunda regla, en el caso de que el juez no pueda evitar pronunciarse y deba resolver la conformidad de la ley a la Constitución, «especialmente cuando la inconstitucionalidad sea manifiesta, el juez solo debe anular la disposición afectada, separándola de la ley y dejando intacta el resto de la misma en los casos en los cuales la disposición sea separable» (*ibid.*).

La Corte Suprema de los Estados Unidos, en el ejercicio ordinario de su competencia de controlar la constitucionalidad de la ley, respeta estos siete principios y actúa de manera moderada o prudente. Pero, tal como observó la misma Corte Suprema en la sentencia *United States v. Carolene products co.* (1938, 304 US 144), existe un grupo de casos en los cuales los jueces no

pueden aplicar el principio de presunción de constitucionalidad. En el tercer párrafo de la nota 4 de esta sentencia, explica el juez Harlan Stone que hay casos en los cuales la presunción de constitucionalidad debe siempre ceder, «porque la ley examinada atenta en contra de los derechos de una minoría que no tiene medios de defensa; de una minoría [...] que no tiene alguna oportunidad de llegar un día al poder para modificar las leyes que los oprimen, porque son una minoría separada e insular» (Zoller, 2010: 269). Estas minorías demandan una atención particular de la parte de los jueces «porque al estar separados sus miembros unos de otros desde un punto de vista territorial (están alejados y viven frecuentemente en guetos), y al ser de carácter insular (porque viven solos y separados de la mayoría a la cual nunca se van a anexar), ellas no esperen nada de las elecciones que pierden siempre» (*ibid.*: 270). Si pierden siempre las elecciones es porque no son lo suficientemente numerosas en su respectiva circunscripción como para esperar ganarla y porque su situación geográfica insular hace que no sean capaces nunca de formar una mayoría. En otras palabras, las minorías separadas e insulares no tienen posibilidad de llegar al poder. De ahí la idea resaltada por la Corte Suprema de que «toda ley que limite los derechos de estas minorías, particularmente sus derechos políticos, deben ser examinadas minuciosamente, sin que se haga simplemente un control aparente, porque solamente los jueces pueden hacer algo para ayudar a estas minorías» (*ibid.*).

Sin embargo, las ideas propuestas por el juez Harlan Stone solo llegaron a su madurez en los años 1950 y 1960. Fueron sus ideas «las que justificaron las grandes decisiones de la Corte Warren sobre los derechos del hombre, el derecho a la igualdad racial en la enseñanza pública y en los sitios públicos, que fueron luego reforzadas por las leyes del Congreso sobre la igualdad en el trabajo, en el derecho al voto, las cuales todas de una manera general fueron provechosas para las minorías separadas e insulares que eran principalmente las comunidades negras en los Estados Unidos» (*ibid.*). En este sentido, la sentencia *United States v. Carolene products co.* fijó en los Estados Unidos las primeras bases y justificación de lo que se llamaría después, aunque con tono crítico, el activismo judicial.

Muchos años después, en su libro *Democracy and distrust*, John H. Ely (1980) retomó los principales elementos de las ideas del juez Harlan Stone para defender la política jurisprudencial adoptada por la Corte Suprema bajo la presidencia del juez Warren y «elaborar la teoría del modelo de la representación que demanda de los jueces intervenir y mostrarse activos para defender los derechos de aquellos que no son o que son mal representados en los procesos políticos» (Zoller, 2010: 270). Estas ideas fueron ya expuestas en Iberoamérica, en donde se afirma que cuando una ley afecta a un grupo vulnerable que «padece desigualdades de hecho que le impiden actuar con

plenitud en los diversos sectores de la vida social y política, hay razones para sospechar que la mayoría parlamentaria no ha sopesado con igualdad sus intereses. El juez constitucional debe entonces aplicar el criterio de la razonabilidad con mayor severidad, imponiendo un test más estricto» (Víctor Ferreres, 2012: 227).

Con el paso de los años, en Estados Unidos esta concepción no solo fue reafirmada, sino que fue reforzada, al punto que hoy en día ciertas leyes son declaradas inmediatamente sospechosas y sometidas a lo que podría considerarse como un control máximo. Es el caso «de las “leyes que restringen los derechos civiles de un solo grupo racial”, como fue el caso de las leyes que decidieron internar a los norteamericanos de descendencia japonesa durante la segunda guerra mundial y que la Corte decidió someter “al control más severo” (*most rigid scrutiny*)»²⁰ (Zoller, 2010: 246-247).

De esta manera, se observa que el concepto de activismo judicial puede definirse precisamente si se opone a la noción de moderación. Así, las Cortes o tribunales constitucionales deben adoptar ordinariamente decisiones moderadas en las cuales se presume la constitucionalidad de las leyes y se evita, tanto como sea posible, declarar la contrariedad de la ley a la Constitución. No obstante, en ciertos casos estas jurisdicciones tienen que adoptar decisiones activistas, en las cuales realizan un control más minucioso, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de las minorías que se ven afectados por las leyes adoptadas por las mayorías. Esta definición aporta una comprensión mucho más precisa del activismo judicial puesto que permite identificar las circunstancias y la manera en que se deben dictar las decisiones judiciales y los efectos que estas deben producir en la realidad para que una sentencia pueda ser tenida como activista. De esta forma, no es necesario evidenciar si una Corte o Tribunal Constitucional realizó interpretaciones que se salen de las concepciones aceptadas por la mayoría de la doctrina, si desconoció su propio precedente o si anuló una ley que no era claramente prohibida por la Constitución. Por el contrario, es necesario evidenciar si el control minucioso de constitucionalidad se realizó con la finalidad de proteger las minorías vulnerables y que la anulación y la interpretación extensa de la Constitución estaban fundadas en la protección de los derechos fundamentales de estos mismos grupos sociales.

Sin embargo, esta definición no es totalmente precisa en los Estados en donde los tribunales o Cortes constitucionales no hayan definido unos criterios similares que rijan sus actuaciones, puesto que no podría de esta manera separarse tan claramente las sentencias moderadas de las sentencias activistas.

²⁰ Véase *Korematsu v. United States* (1945, 323 US 214).

En los Estados en donde el Tribunal Constitucional ordinariamente haga un control de constitucionalidad minucioso de la mayoría de las leyes que examina, las decisiones activistas no podrían identificarse por la amplitud del control, sino solamente por la finalidad perseguida, cual es la protección de los derechos fundamentales de las minorías separadas e insulares.

No obstante, en los Estados iberoamericanos esta definición puede adoptarse, aunque con algunas adaptaciones, porque por las grandes desigualdades sociales que existen en estos Estados y por las falencias de sus democracias, los derechos de las mayorías no son en todos los casos protegidos y defendidos a través de los mecanismos políticos ordinarios. En estos Estados, aunque los órganos de representación popular se formen al igual que en los Estados Unidos por el voto de las mayorías, las leyes que estos órganos adoptan no favorecen en muchos casos a las mayorías que los eligieron, sino a las minorías más acaudaladas y poderosas²¹. En tales contextos no se puede esperar que los tribunales constitucionales se limiten a hacer controles de constitucionalidad minuciosos solo en los casos en los cuales se vulneren los derechos fundamentales de las minorías separadas e insulares, sino que deben proteger a otros grupos minoritarios o vulnerables.

Es así como en los Estados iberoamericanos algunos autores han adoptado definiciones de activismo judicial que se acercan a esta concepción. De esta forma, por ejemplo, en España, Timm Hidalgo ha afirmado que el activismo judicial se presenta cuando «la autoridad judicial trata con especial consideración las pretensiones de la parte integradas por víctimas de exclusión social, que se traducen en violaciones a los derechos humanos, sean estos civiles y políticos o derechos sociales, puesto que puede traducirse en un reconocimiento de derechos que tradicionalmente la judicatura ha desconocido» (2011: 103).

Aunque, por otra parte, en países como Colombia, la Corte Constitucional, adoptando la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos, analiza la conformidad de la ley a la Constitución a través de un control con tres niveles de intensidad: i) por regla general se aplica un control débil o flexible, en el cual el estudio se limita a determinar si la medida adoptada por el legislador es potencialmente adecuada o idónea para alcanzar un fin que no se encuentra prohibido por la Constitución; ii) el juicio intermedio se aplica a escenarios en los que la autoridad ha adoptado medidas de diferenciación positiva (acciones afirmativas). En este análisis el examen consiste en determinar que el sacrificio de parte de la población resulte proporcional al beneficio

²¹ «La caracterización de un determinado grupo como un grupo vulnerable que merece esta protección judicial más intensa debe ser sensible no solo a las circunstancias específicas de cada país, sino también al paso del tiempo» (Ferrerres, 2012: 234).

esperado por la medida frente al grupo que se pretende promover; iii) por último, el examen estricto se efectúa cuando el legislador, al establecer un trato discriminatorio, parte de categorías sospechosas, como la raza, la orientación sexual o la filiación política. En tal caso, el legislador debe perseguir un fin imperioso, y la medida debe mostrarse como la única adecuada para lograrlo (Sentencia C-520 de 2016)²².

Este comportamiento activista de la Corte constitucional colombiana se acerca a ideas ya expuestas, como que «los grupos más desaventajados por el pluralismo en el futuro no serán los mismos que aquellos que fueran excluidos dentro del viejo régimen. Son las víctimas de la discriminación sexual o de la pobreza, en vez de las minorías raciales o religiosas, las que de manera creciente conformarán los grupos con las mayores reivindicaciones respecto de la preocupación expresada en *Carolene* por la imparcialidad (*fairness*) del proceso pluralista» (Arckeman, 2009: 129).

IV. CONCLUSIÓN

No obstante el gran número de definiciones de activismo judicial expuestas, existe una definición propuesta en los Estados Unidos que resiste a todas las posibles críticas y permite identificar con bastante precisión los casos en los cuales las Cortes o tribunales constitucionales adoptan decisiones activistas. Aunque esta definición es precisa y objetiva, debe ser correctamente adaptada a los Estados iberoamericanos, debido a las particularidades propias de desigualdad social, de problemas en la distribución de la riqueza y del mal funcionamiento de los mecanismos democráticos, tan variables en los diferentes países iberoamericanos.

Si se acepta esta noción, se tiene un concepto claro de lo que es el activismo judicial. Sin embargo, la doctrina iberoamericana debe seguir estudiando la noción para adaptarla precisamente a las realidades políticas, económicas y sociales de cada uno de estos Estados, puesto que por las particularidades propias de Iberoamérica no se puede esperar que los tribunales constitucionales

²² El control o test estricto de razonabilidad es aplicado por la Corte constitucional (Sentencia C-520 de 2016): «1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa [...]; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos *prima facie* afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental [...]; o 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio».

actúen de la misma manera como lo hace la Corte Suprema en los Estados Unidos. Y si las sociedades esperan algo más de los jueces, la noción de activismo judicial va a ser necesariamente diferente, porque el significado de esta noción depende de la manera ordinaria como los jueces ejercen sus competencias.

De esta forma, se observa, por ejemplo, que la Corte constitucional colombiana adoptó la política jurisprudencial propuesta por la Corte Suprema norteamericana que reclama una protección especial de las minorías insulares y discretas. Sin embargo, para el juez constitucional colombiano su deber de protección no se limita a las minorías que comparten estas precisas características. La Corte constitucional protege también otros grupos sociales vulnerables, los cuales, siendo en su mayor parte invisibles y dispersos, también requieren de la protección especial del juez constitucional, puesto que tienen muy pocas posibilidades de hacer cambiar las políticas públicas por la escasa representación que pueden obtener en el Congreso.

Bibliografía

- Aguilar, G. (2015). Equidad, inclusión social y democracia en contra del activismo judicial. *Estudios Constitucionales*, 13 (1), 373-396. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-52002015000100011>.
- Arckeman, B. (2009). Más allá de Carolene Products. *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 10, 125-156.
- Atienza, M. (2019). Siete tesis sobre el activismo judicial. *Ámbito jurídico*. Disponible en: <https://bit.ly/3ak1e1i>.
- Azuero Quijano, A. y Albarraín Caballero, M. (2009). *Activismo judicial y derechos de los LGTB en Colombia*. Bogotá: Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos.
- Betancur Hincapié, G. (2014). Activismo de la Corte Constitucional colombiana. Argumentos que lo justifican. *Nuevo derecho*, 10 (14), 9-20.
- Brondel, S. et al. (2008). *Gouvernement des juges et démocratie : séminaire international*. Paris: Publication de la Sorbonne.
- Celador Angón, O. (2008). El matrimonio entre personas del mismo sexo en el estado de California, o de cómo el activismo judicial puede suplantar el papel del legislador: análisis comparativo con el modelo matrimonial español. *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, 8, 8-52.
- Clark, W. (1914). Some myths of the law. *Michigan Law Review*, 13 (1), 26-32. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1274368>.
- Cohen-Tanugi, L. (1985). *Le droit dans l'État*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Cross, F. y Lindquist, S. (2007). The scientific study of judicial activism. *Minnesota Law Review*, 91, 1752-1748.

- Díaz Vásquez, R. (2015). El activismo judicial de la jurisdicción constitucional en el marco de la democracia. *Justicia Juris*, 11 (2), 50-57. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.15665/rj.v11i2.763>.
- Dworkin, R. (1989). *Law's Empire*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.
- Easterbrook, F. (2002). Do liberals and conservatives differ in judicial activism? *University of Colorado Law Review*, 73, 1401-1416.
- Ely, J. H. (1980). *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press.
- Favoreu, L. et al. (2013). *Les Grands arrêts du Conseil constitutionnel*. Paris: Dalloz.
- Fernández-Viagas Bartolomé, P. (1998). Activismo judicial, medios de comunicación y estado de derecho. *Revista de las Cortes Generales*, 43, 55-85. Disponible en: <https://doi.org/10.33426/rcg/1998/48/251>.
- Ferreres, V. (2012). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Gálvez Bautista, J. (2009). Activismo Judicial. *Law Observatory*. Disponible en: https://lawobservatory.wordpress.com/2009/05/21/activismo-judicial/#_ftn14.
- García, J. y Verdugo, S. (2013). *Activismo judicial en Chile ¿hacia el gobierno de los jueces?* Santiago, Chile: Libertad y Desarrollo.
- Graglia, L. (1996). It's not constitutionalism, It's judicial activism. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 19, 293-300.
- Green, C. (2009). An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, 58 (5), 1195-1266. Disponible en: <http://dx.doi.org/https://doi.org/10.15779/Z38X71D>.
- Hinojosa Martínez, L. (2003). La acción de oro en Derecho comunitario: activismo judicial versus intervencionismo estatal. *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, 228, 11-31.
- Jones, G. (2002). Proper Judicial Activism. *Regent University Law Review*, 14, 141-179.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Kmiec, K. (2004). The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, 92 (5), 1442-1478. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/3481421>.
- Lambert, E. (2010). *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*. Madrid: Tecnos.
- Lawson G. (1994). The Constitutional Case Against Precedent. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 17, 23-33.
- Lima Quintas, F. (2014). El juez como última instancia de la administración pública. El impacto del activismo judicial brasileño en la ordenación del derecho y en la función administrativa. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 18, 329-344.
- López Daza, G. (2005). *La justicia Constitucional Colombiana: Un gobierno de los jueces*. Neiva: Editorial Universidad Surcolombiana. Disponible en: <https://doi.org/10.25054/16576799.563>.

- López Guerra, L. (1999). Modelos de gobierno de los jueces, Parlamento y Constitución. *Anuario de las Cortes de Castilla La Mancha*, 1, 11-32.
- Lucas Murillo, P. (1995). El gobierno del poder judicial: los modelos y el caso español. *Revista de las Cortes Generales*, 35, 167-239. Disponible en: <https://doi.org/10.33426/rcg/1995/35/703>.
- Mangas Campos, A. (2015). La interpretación del artículo 245.2 del Código Penal y el activismo judicial. *Diario La Ley*, 8672.
- Maraniello, P. (2012). El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. *Pensar en derecho*, 1, 121-165. Disponible en: <https://doi.org/10.32399/rtla.7.32.25>.
- Marín Castán, M. (2016). Activismo judicial y paradigma neoconstitucional. *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura*, 6, 111-132.
- McWhinney, E. (1955). The Supreme Court and the Dilemma of Judicial Policy-Making. *Minnesota Law Review Foundation*, 39, 837-852.
- Melero de la Torre, M. (2014). La interpretación constructiva en el constitucionalismo Commonwealth: ¿activismo o vandalismo judicial? *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 5, 27-49.
- Méndez González, F. (2017). Origen de la crisis hipotecaria y activismo judicial. *Tribuna plural: la revista científica*, 14, 305-333.
- Molina, C. (2007). El Gobierno de Excepción. En C. Molina (dir.). ¿La Corte Constitucional, garante de seguridad jurídica y de orden público? (pp. 37-78). Medellín: Universidad de Medellín.
- Molina, C. (2010a). El impacto de la Justicia Constitucional en Colombia, En C. Molina (dir.). *Corte Constitucional y reforma a la Justicia* (pp. 63-91). Medellín: Universidad de Medellín.
- Molina, C. (2010b). Corte Constitucional, Autoridad económica. En C. Molina (dir.). *Corte Constitucional y Economía* (pp. 15-44). Medellín: Universidad de Medellín.
- Molina, C. (2010c). Corte Constitucional y Administración comunitaria. En C. Molina (dir.). *Corte Constitucional y Estado Comunitario* (pp. 169-208). Medellín: Universidad de Medellín.
- Molina, C. (2010d). Reflexiones acerca del activismo judicial en materia de derechos sociales en Colombia: el caso del Derecho a la salud. *Revista Elementos de Juicio. Temas Constitucionales*, 13, 91-113.
- Molina, C. (2011). La Protección de los derechos sociales en Colombia: entre revolución y activismo judicial. En *Divergencias Constitucionales* (pp. 17-65). Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung-Corporación Pensamiento Siglo XXI.
- Molina Navarrete, C. (2013). «Rara avis»: «activismo judicial» y «primacía de la persona» sobre el «ajuste presupuestario» de la Seguridad Social. Estudios financieros. *Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 358, 5-52.
- Morelli, S. (1997). *La Corte Constitucional, ¿un legislador complementario?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Muller Bitencourt, C. y Gorczewski, C. (2016). La función y la legitimidad del poder judicial en el constitucionalismo democrático brasileño: ¿un activismo necesario? *Estudios Constitucionales*, 14 (2), 207-230. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-52002016000200007>.
- Palacios, D. (1991). El gobierno de los jueces en la Constitución española de 1978. *Boletín de la Real Academia de Córdoba de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes*, 120, 9-31.
- Racimo, F. (2015). El activismo judicial, sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional. *Revista jurídica*, 2, 101-181.
- Reinert, J. (2004). The myth of judicial activism. *Vermont Bar Journal*, 29, 35-38.
- Roosevelt III, K. (2006). *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions*. London: Yale University Press.
- Saffon, M. y García Villegas, M. (2011). Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13 (1), 5-107.
- Sánchez, J. (2001). Del gobierno de los jueces al poder judicial: el tránsito del modelo jurisprudencial del «ius commune» al poder judicial del constitucionalismo. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 18, 51-82.
- Schlesinger, A. (1947). The Supreme Court: 1947. *Fortune*, 35 (1), 73-79, 201-202, 204, 206, 211-212.
- Taylor Jr., S. (2000). The Tipping Point. *National Journal*, 10, 1811-1818.
- Timm Hidalgo, A. (2011). *Activismo judicial progresista, dos propuestas contemporáneas: el uso alternativo del derecho y el activismo dialógico* [tesis de máster]. Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en: <https://bit.ly/34ZdnHR>.
- Uprimny, R. y Rodríguez, A. (2006). *Interpretación judicial. Módulo de autoformación*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Vercher Noguera, A. (2017). Activismo judicial: del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Tribunal Penal Internacional en materia de medio ambiente. *Emporio do Direito*. Disponible en: <https://bit.ly/3bmBO4m>.
- Zoller, E. (2001). *Le droit des Etats-Unis*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Zoller, E. (2010). *Les grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*. Paris: Dalloz.