

En Velandia-Canosa E. A., *Derecho Procesal Constitucional. Memorias del Primer Congreso Colombiano de Derecho procesal Constit.* Bogotá (Colombia): Vc Editores Ltda.

La independencia judicial como presupuesto del activismo del judicial en los juicios de constitucionalidad.

Molina-Saldarriaga, C. A.

Cita:

Molina-Saldarriaga, C. A. (2010). *La independencia judicial como presupuesto del activismo del judicial en los juicios de constitucionalidad.* En Velandia-Canosa E. A. *Derecho Procesal Constitucional. Memorias del Primer Congreso Colombiano de Derecho procesal Constit.* Bogotá (Colombia): Vc Editores Ltda.

Dirección estable: <https://www.academica.org/cesar.augusto.molina.saldarriaga/5>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/pmXo/TBP>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.
Para ver una copia de esta licencia, visite
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. *Acta Académica* fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.academica.org>.

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO PRESUPUESTO DEL ACTIVISMO JUDICIAL EN LOS JUICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD*

César Augusto Molina Saldarriaga[♦]

Introducción

El activismo judicial y la eficacia de sus decisiones se sustentan en el presupuesto de independencia judicial. Esta, desde una connotación negativa, hace referencia a la ausencia de intrusiones en la administración de justicia por parte de los demás poderes públicos y demás órganos del Estado, los sujetos procesales y demás actores del campo social vinculados a la administración de justicia.

La arrogación de las funciones, que en última instancia constituye una justificación a la no injerencia en las decisiones judiciales por parte de otros órganos del poder y la extensión de las funciones de control jurisdiccional como mero ámbito de aplicación de la norma, bien puede darse por atribución constitucionalmente consagrada o por interpretación extensiva de sus funciones por parte de los tribunales; esto último, lo que constituye un síntoma de más activismo judicial.

La independencia judicial es uno de los principales problemas que afrontan los tribunales judiciales en América Latina. Desde cualquiera de sus aspectos formales o sustanciales en tanto independencia institucional o subjetiva, se constituye en presupuesto de la autonomía en la toma de decisiones que pongan fin a los conflictos intersubjetivos que en el aparato judicial se ventilan.

Las posibilidades de gozar de una relativa o absoluta independencia determina las posibilidades de activismo judicial en la protección de Derechos que involucran decisiones de política económica sensibles para el ejecutivo y el legislativo, la revisión de políticas sociales que involucran Derechos prestacionales y la intervención en actos de política de seguridad interior o exterior.

* La presente ponencia es resultado parcial de investigación del proyecto "Independencia judicial, activismo judicial y garantía de la democracia y la igualdad. Un análisis a la relación entre política, función judicial y consolidación de la democracia en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991", financiado por la Universidad Pontificia Bolivariana.

♦ Abogado de la Universidad de Medellín. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Pontificia Bolivariana, Sede Medellín. Docente investigador y miembro del Grupo de Investigaciones en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana y docente catedrático de otras universidades del Área Metropolitana del Valle de Aburrá.

Es en estos tópicos sobre los cuales se han presentado las mayores discusiones respecto de la capacidad de los tribunales y de los jueces para tomar decisiones de alto contenido político, económico y social, en un análisis de la mayor o menor capacidad de activismo judicial.

En el presente texto se pretende realizar una aproximación conceptual a la independencia judicial y el activismo judicial, y relacionarlo con la competencia de control constitucional y protección de derechos por parte de los jueces de la República.

En un primer momento se describirá la independencia judicial y el activismo judicial, para establecer una relación entre este y aquella; se procurará establecer los límites a la intervención en la función judicial y la necesidad de procurar garantías institucionales y subjetivas que permitan a los tribunales y jueces realizar una labor libre de injerencias por parte de las demás ramas del poder público.

Posteriormente se establecerá una relación de estos dos presupuestos con la función de control judicial de decisiones del ejecutivo y el legislativo, y la competencia de protección de derechos a través de las acciones constitucionales.

Independencia judicial. Un marco teórico para el análisis de la labor del juez constitucional.

La independencia judicial hace alusión a una situación prescrita por las Constituciones de los estados de derecho contemporáneos. La simplicidad de la fórmula, expresada en términos descriptivos –la administración de justicia es independiente, tal como lo dispone el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia-, no es más que la expresión de una fórmula prescriptiva en virtud de la cual el juez ha de ser independiente.

Como se afirmó *supra*, la independencia judicial hace alusión a la ausencia de indebidas injerencias de los poderes ejecutivo y legislativo, demás órganos del Estado y actores del campo social en la función que le es propia al poder judicial (VARGAS VIANCOS, 2002). Se justifica en consideración a la importancia de la justicia en las democracias modernas, característica que les es común; importancia motivada por la nueva relación entre Estado y sociedad que ha puesto en entredicho el tradicional *laissez-faire*. (Véase GUARNIERI y PEDERZOLI, 1999, 15).

La independencia judicial encuentra sus raíces en la clásica fórmula liberal de división de los poderes públicos, quienes actuarán autónomamente y en colaboración armónica unos con otros. Esta noción se justifica en la medida en que cumple una doble función: servir de límite al ejercicio arbitrario del poder y constituirse en garantía de los derechos de las personas. Sin embargo, esta perspectiva es rebatida por Luigi Ferrajoli, como se presentará más adelante. (FERRAJOLI, 2008)

Este fenómeno progresista en la función judicial, en particular la de los tribunales constitucionales, es respuesta al fenómeno que cubre con su hábito los poderes judiciales de América Latina luego de un siglo plagado de dictaduras, donde el poder judicial era un agregado del poder ejecutivo.

Luego de más de un siglo el poder judicial enfrenta una de las transformaciones más importantes a favor de su institucionalización y profesionalización que, se espera, repercuta en sus niveles de independencia; ello, acompañado de una nueva ola democrática, las necesidades que impone la nueva lógica del mercado y la relación Estado-sociedad que le imprimen al sistema judicial un nuevo protagonismo. (Véase BURGOS SILVA y otros, 2003).

La independencia se constituye en pilar fundamental de la existencia del Estado de Derecho y de sus evolutivos en los modernos estados occidentales liberales, el Estado Social de Derecho y el Estado Constitucional, y a su vez como garantía del progreso social, político, económico y cultural de sus pueblos.

La independencia judicial está constituida por elementos subjetivos y objetivos, en tanto aquella se predica de un sujeto, el aparato judicial y los jueces; frente a un objeto determinado, constituido por los demás órganos del poder público, particularmente, el poder ejecutivo y actores del campo social.

Así, el artículo 113 de la Constitución Política de Colombia establece que en hay tres ramas del poder público: la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Igualmente dispone que hay otros órganos distintos a los que integran aquellas para el cumplimiento de las demás funciones del Estado; y concluye que afirmando que cada uno de los órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de los fines del Estado.

En ese sentido, el poder judicial es uno de los elementos subjetivos de lo que se viene denominando independencia judicial. Así, el artículo 116 de la Constitución Política establece que los órganos que componen este poder administran justicia. Por su parte, el artículo 228 de la Constitución Política establece que la Administración de Justicia es función pública y que sus decisiones son independientes. Finalmente, el artículo 230 de la Constitución Política dispone que los jueces solo están sometidos, en sus providencias, al imperio de la Ley.

He ahí pues como el ordenamiento jurídico colombiano reconoce la independencia judicial y sus elementos subjetivos desde las disposiciones constitucionales. Ahora, frente al objeto de la independencia judicial baste recordar lo previsto por el artículo 113 de la Constitución Política, en su inciso final, en tanto reconoce que los órganos cumplen funciones separadas pero colaboran armónicamente en la consecución de los fines estatales. Ello no es más que la prohibición a los demás órganos estatales de injerirse en las funciones y competencias del poder judicial.

Respecto de este elemento objetivo es necesario precisar que el triunfo del derecho de la razón y la ilustración sobre la teoría absolutista de la jurisdicción, implicó una transformación de las sentencias por imperio y la justicia de gabinete, cuyo origen era el poder absoluto del monarca –por principio a favor del bien y el provecho de sus súbditos (!)- en procura del aseguramiento y garantía de la independencia objetiva de la justicia. (Véase SIMON, 1985, 5)

La misma Constitución Política de Colombia le otorga a las ramas ejecutiva y legislativa, y a los particulares, algunas funciones judiciales; y, por otro lado le asigna a las ramas ejecutiva y legislativa unas funciones en relación con el poder judicial, lo que no implica una subordinación de este frente a aquellas. Así, el artículo 150 de la Constitución Política le asigna al Congreso de la República la interpretación, reforma y derogación de las leyes; la expedición de códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones, y expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.

Frente al ejecutivo, la Constitución Política en su artículo 201 dispone que corresponde al gobierno, en relación con el poder judicial, la prestación de los

de auxilios necesarios para el efectivo cumplimiento de las providencias de los funcionarios judiciales, y conceder indultos.

Nótese entonces, que establece la Constitución Política reglas expresas respecto de la competencia de los demás órganos del Estado frente a la competencia y funciones del poder judicial.

Frente a las clases de independencia, la doctrina no ha sido unánime en las denominaciones que a cada una de ellas se le pueda dar. Sin embargo, no ha constituido un problema frente a la interpretación de los aspectos fundamentales de ella. Así, Dieter Simon (1985) afirma:

El tema fundamental clásico de la independencia judicial, pudo, sin embargo, formularse como teoría, en la forma conocida hasta hoy en el momento en que el liberalismo, regenerado después del periodo de la Restauración, se propuso hacer prevalecer la independencia, concibiendo la independencia material y la independencia personal como aspectos equivalentes de la independencia de la Justicia. (SIMON, 1985, 6)

A renglón seguido, Simon (ibídem) afirma que la independencia puede entenderse desde los puntos de vista objetivo y personal. Desde el primer aspecto se refiere a la garantía del “juez legal” y a la vinculación de este a la Ley. Desde el aspecto personal se refiere a la supervisión del juez, esto es, a los mecanismos de acceso o vinculación al poder judicial de sus funcionarios y a la supervisión jerárquica. (Véase Ibídem)

De otro lado, la independencia puede predicarse de los funcionarios que ejercen la función judicial propiamente o de la institución misma, esto es, podría hacerse referencia a una independencia *judicial subjetiva o personal* y a una *independencia judicial institucional*, interna y externa, la independencia personal del juez y la autonomía del poder judicial. (Véase FRANCO, Andrés, 1997)

Frente a esta distinción, se construye los conceptos de independencia fundamental, dinámica, sustantiva, estructural, interna y externa (Ibídem). La independencia fundamental referida a la influencia directa de los criterios de independencia externa sobre el sujeto mismo, esto es, en la determinación de los factores externos que afectan la independencia del sujeto mismo.

La independencia dinámica en relación con la función del sujeto, esto es, derivada de la determinación de los factores externos que afectan la función del sujeto en el ejercicio de su actividad. Esta última involucra a los demás actores del campo jurídico¹, litigantes, diseñadores de la política pública judicial, grupos de interés, entre otros, y se refiere a la imparcialidad en la toma de decisiones.

La independencia sustantiva, referida a la capacidad del poder judicial de emitir opiniones y producir decisiones con autonomía de las consideraciones de las otras ramas del poder público; y la independencia estructural, establecida a partir de la existencia de acuerdos institucionales con las otras ramas del poder público en el diseño de la legislación y la ejecución de la política pública judicial que garanticen la independencia sustancial.

Finalmente, la independencia externa, determinada por la garantía de autonomía financiera, logística y de estabilidad del personal de la rama judicial, que le permite tomar decisiones con sus propios criterios; y la independencia interna, referida a la autonomía de las instancias judiciales inferiores para tomar decisiones y dar opiniones al margen de presiones por parte de las instancias jerárquicamente superiores o las dependencias burocráticas de administración y ejecutoras.

La independencia subjetiva es entendida como las posibilidades de los jueces y magistrados de adoptar sus decisiones sin injerencias en su actuación, esto es, al margen de presiones externas.

“(…) [L]a independencia subjetiva o funcional es la que constituye la esencia misma de la función jurisdiccional, en cuanto supone una inmunidad en la actuación que atañe a los cometidos sustanciales de la magistratura sobre la que debe proyectarse la ausencia de injerencia de los otros poderes”. (CHAIRES ZARAGOZA, 2004)

Estas garantías subjetivas se consolidan, en primer lugar, con la posibilidad del juez para decidir en Derecho, esto es, que su decisión alcance en el mayor grado posible el reconocimiento, a partir del proceso de argumentación, del ordenamiento jurídico, con base en garantías de tipo estructural. “Estas garantías van desde el sometimiento exclusivo del juez a la ley, hasta las de

¹ Sobre el Campo Jurídico, véase: BOURDIEU, Pierre. *Elementos para una Sociología del Campo Jurídico*. En: *La Fuerza del Derecho*. Ediciones UNIANDES, Bogotá, 2000. pp. 153 – 220.

acceso a la carrera judicial, nombramientos, inamovibilidades, garantías económicas, etcétera". (Ibídem)

El primer paso para la consolidación de la independencia subjetiva del juez se perfila con el diseño de una carrera judicial que permita la depuración del sistema, y la llegada a los cargos judiciales de personal idóneo intelectual y moralmente, es decir, con la estructura de un concurso de acceso y ascenso en la configuración del poder judicial que lo salvaguarde de las desviaciones personales de los individuos que ejercen la función judicial y de las injerencias de otros actores del campo jurídico.

Ahora bien, la configuración de la carrera judicial debe a su vez verse al margen de la intervención de los poderes Ejecutivo y Legislativo, y de la burocracia judicial en la selección y ascenso de los jueces y magistrados, como límite a los intereses clientelistas y corporativistas.

“(...) [S]e presenta como premisa inexcusable del Estado democrático de derecho, el establecer sistemas judiciales en los que se garantice el principio de independencia, a cuyo servicio se estructuran los de legalidad, inamovilidad y remuneración, actuando como contrapartida de dicha independencia el principio de la responsabilidad de los jueces, y como elementos para su correcta determinación la transparencia de las actuaciones judiciales y un adecuado sistema de información a los ciudadanos.” (CHAIRES ZARAGOZA, 2004)

De otro lado, la independencia institucional es asimilable a una relación orgánica entre los poderes y al interior del poder judicial, y definida como la ausencia de indebidas injerencias orgánicas de los demás poderes públicos en la administración y organización del poder judicial.

“(...) [Ésta] se puede integrar perfectamente con la colaboración de los poderes, es decir, con su aspecto objetivo, en tanto que la independencia funcional en su aspecto subjetivo no admite dicha colaboración, pues en ese caso podríamos hablar de una dependencia esencial de la función del juzgador”. (Ibídem)

Este tipo de independencia implica la existencia de una comprensión del papel de la función judicial por parte de las demás ramas del poder público; es decir, del reconocimiento de la labor legítima del poder judicial en tanto rama

independiente y con un rol preponderante en la garantía de los derechos y las libertades públicas. (Véase CARRILLO FLÓREZ, 1998)

La independencia judicial implica, además, una actitud personal del juez respecto de su función dentro de la estructura del Estado y la definición de situaciones litigiosas. Paralelo a la existencia de una estructura jurídica que permita la independencia judicial desde sus aspectos objetivos o subjetivos, la actitud personal del juez es esencial para la consolidación de la independencia judicial. En un sistema jurídico pueden consagrarse garantías institucionales y subjetivas en procura de la independencia del aparato jurisdiccional, pero si el juez no es moralmente independiente no será posible lograr la independencia pretendida.

La independencia exige como presupuesto la exclusividad en el poder de impartir justicia y la unidad jurisdiccional. Esto es, la existencia de procedimientos previamente definidos por la legislación o la constitución en virtud de los cuales los jueces resuelven los litigios, y que esos procedimientos y las materias de que conoce la administración de justicia sean de su exclusividad. De otro lado, la unidad jurisdiccional supone la existencia de una sola institución encargada de la función jurisdiccional, lo que implica la desaparición de las jurisdicciones especiales, y el monopolio del Estado en el ejercicio de la función judicial, lo que implica la inexistencia de la justicia privada como medio de solución de conflictos.

La exclusividad se hace presente desde el punto de vista orgánico, en tanto los límites de los demás poderes públicos. Del Ejecutivo, en respuesta a la fórmula napoleónica de la función judicial como perteneciente a la estructura administrativa del Estado. Frente al poder Legislativo, determinado por el concepto de Estado de Derecho donde el juez se limita a la aplicación de la ley. A este respecto, es de otra opinión el profesor Juan Enrique Vargas Viancos (2002), quien opina dentro de la discusión que genera la complejidad del control de la marcha de los sistemas judiciales debido al monopolio del aparato jurisdiccional, que es necesario “alentar otras formas distintas de tutela jurídica en aquellas áreas en que ello sea posible. Instalar mecanismos alternos de solución de conflictos (como la mediación y el arbitraje) (...)” (VARGAS VIANCOS, 2002). Sostiene el profesor Vargas Viancos que un mecanismo para la evaluación de la gestión de los jueces y los tribunales es la comparación con

las justicias alternativas, y en ese sentido, como manera de garantizar la eficacia del sistema, es necesario estimular la creación y uso de dichos mecanismos.

Las anteriores apreciaciones obligan a preguntarse cómo garantizar que la independencia se presente como una garantía de la actividad de los jueces y magistrados, y no como un instrumento de corporativismo institucional del Sistema Judicial. Es decir, si la configuración de un sistema judicial independiente, esto es, la independencia institucional, no garantizan una verdadera independencia subjetiva, ¿cómo garantizar que la independencia se constituya en garantía de independencia subjetiva?, pregunta de la que no se ocupará el presente documento, pero que suscita importantes problemas.

El activismo judicial. Una necesidad para la protección de derechos en nuestra democracia.

Aunque la discusión tradicionalmente ha girado en torno a las funciones propias de los tribunales constitucionales, y de ahí que la cantidad de fuentes que se identifican se ocupen del tema, es necesario ocuparse de los elementos del activismo judicial en la función judicial en general. Por ello, aunque las fuentes utilizadas se refieren al activismo judicial de los tribunales o cortes constitucionales, se hará referencia a la función judicial en términos abstractos. Luego de las dictaduras acaecidas en los países occidentales existe una confianza esencial en el Derecho como mecanismo edificador y sostén de los nuevos regímenes; esto es, como creador, en un sentido aspiracional de las constituciones (véase GARCÍA VILLEGAS, 2006), y pábulo de las dinámicas políticas y sociales de corte democrático, liberal e igualitario.

Frente a esto es posible afirmar que el papel esencial del poder judicial se ve reflejado en la consideración del derecho como técnica de regulación del poder y en particular las cartas constitucionales como documentos jurídico-políticos que reconocen una amplia gama de derechos, desde los denominados fundamentales hasta los derechos de la tecnología y la información, pasando por los económicos sociales y culturales.

Afirma Esteban Restrepo,

En la mayoría de los casos, la expedición de nuevas cartas constitucionales ha estado acompañada por la creación de cortes o tribunales constitucionales encargados de defender y proteger el orden

constitucional recién creado. Para este efecto, la nueva constitución confiere a las cortes el poder de declarar inconstitucionales aquellas normas legales que contravienen la constitución y establece, además, un sistema de acciones y procedimientos constitucionales específicamente dirigidos a una defensa rápida y eficiente de los derechos fundamentales. Los sistemas de control constitucional creados por el nuevo régimen constitucional tienden a engendrar, usualmente, procedimientos de activismo judicial exacerbado caracterizados por la extensión de los valores, principios y derechos constitucionales a ámbitos insospechados de la vida social y política.

La importancia de la existencia del control jurisdiccional radica en la nueva percepción que se tiene de la existencia del Estado, relativa a la garantía de prerrogativas no propias de los tradicionales principios liberales de libertad y propiedad privada. Se trata de la constitucionalización de Derechos Sociales Económicos y Culturales y Derechos Colectivos o Intereses Difusos. La existencia de estos derechos y de garantías para su protección exige una nueva dimensión de la labor judicial que no es solo de los tribunales constitucionales sino de todo el poder judicial.

En ese sentido, la discusión gira en torno a quién debe garantizar la efectiva realización de estos derechos en tanto sean funciones propias de otras ramas del poder público, la ejecutiva y la legislativa, o sean funciones que los jueces puedan atribuirse como derivadas de su función de guarda de los derechos y de la composición de controversias. Y relativo a la función judicial, si ésta obedece, en procura de la garantía de derechos, a una actitud activista o de autorrestricción y qué tan conveniente para el Estado Social de Derecho y la Democracia es esta actitud.

Se encuentran dos posiciones respecto de la concepción del activismo judicial. Una primera lo concibe como aquella actividad judicial dirigida a la realización de los fines, principios y objetivos del Estado, particularmente el ordenamiento jurídico y, en especial, postulados constitucionales; lo que en estricto sentido no es aceptado como un real activismo judicial. Esto es, la actividad propia de los jueces, sobre todo en su función constitucional, es la efectiva guarda y protección de los postulados constitucionales y en ese sentido no sería propiamente un activismo judicial de los jueces y los tribunales sino una

atribución propia de su función de guarda del ordenamiento jurídico. A esta noción se le denominará *activismo constitucionalmente atribuido*.

Otra concepción define el activismo judicial como la actividad progresista de los jueces y los tribunales en la defensa de derechos que no son fundamentales según caracterización constitucional, la formulación de criterios interpretativos nuevos que reforman los viejos esquemas de interpretación judicial, lo que como consecuencia conlleva a la propuesta de precedentes judiciales de nueva estirpe que irrumpen en contra de los viejos.

Para el tratamiento del tema del activismo judicial pueden encontrarse dos puntos de juicio o análisis, que se dirigen a dar explicaciones en términos ideológico-políticos y técnico-jurídicos; aquella orientada a la definición de los elementos de la disputa entre los partidarios del activismo judicial y los partidarios de la *autorrestricción*; la segunda ocupada de los métodos de interpretación judicial. (Véase PISARELLO, 1997)

Ambos enfoques analíticos se encuentran ligados entre sí, de tal manera que la explicación de las razones ideológico-políticas se ligan indisolublemente con el aspecto técnico-jurídico o interpretativo, y este último encuentra su explicación en la posición ideológico-política del dogmático que pretenda explicarlo.

La discusión se dirige entonces a determinar a partir de los dos enfoques analíticos propuestos la concepción de la univocidad, plurivocidad o equivocidad de las proposiciones normativas constitucionales y los criterios para su interpretación.

Respecto de los criterios interpretativos, frente a la postura del activismo judicial, se asumen dos caracterizaciones, las *interpretativistas* y las *no-interpretativistas*, cada uno con modulaciones en pro y en contra del activismo judicial (Véase PISARELLO, 1997)

Para los interpretativistas, los postulados constitucionales y los Derechos Fundamentales tienen un significado unívoco que la magistratura puede desentrañar sin recurrir a fuentes extranormativas. Para los no-interpretativistas, la constitución contiene preceptos precisos y claros, y preceptos frente a los cuales los jueces tienen más de una posibilidad de interpretación, como frente a los derechos fundamentales.

La crítica al activismo se funda en las posturas del *interpretativismo estricto* u *originalistas* y *no-interpretativismo moderado*. En el primer sentido, la definición

de los alcances de las normas constitucionales se encuentra en el mismo texto constitucional, y sobre la aplicación de criterios y métodos de interpretación ortodoxos es posible desentrañar su sentido. De no ser posible, como para los *no-interpretativistas moderados*, partidarios de la denominada *diferencia judicial*, los jueces deben remitir la respuesta final al legislador. Ello sobre una objeción contramayoritaria a los jueces, quienes no son elegidos democráticamente ni tienen responsabilidad con los electores.

Sobre la base de estas consideraciones doctrinarias del *no-interpretativismo moderado*, se niega la posibilidad de una actividad extensa de los jueces. La crítica contramayoritaria del poder judicial, desde una interpretación restringida de la teoría democrática, opina que los jueces, al no ser elegidos democráticamente, deben trasladar la definición de límites conceptuales y de contenido de las disposiciones normativas a los órganos del poder público elegidos democráticamente. La definición de las políticas públicas de sostenibilidad social y económica deben enmarcarse en los programas políticos de gobierno de las instituciones del ejecutivo elegidas democráticamente y sus delegados, y la definición de directrices normativas, legislativas y reglamentarias debe realizarse mediante el agotamiento de los procesos formales de creación de las normas, competencia que solo le incumbe a la legislatura o al ejercicio de facultades extraordinarias del ejecutivo.

Para la defensa del activismo judicial, encontramos al *interpretativismo moderado* y al *no-interpretativismo estricto*. Para el primero, tenemos la diferenciación de Dworkin entre *conceptos* y *concepciones*. Las *concepciones* son elecciones claras del constituyente, por lo que son susceptibles de una aplicación mediante interpretación literal del texto normativo. Por el contrario, los *conceptos* son abiertos y vagos, y plantean un problema de interpretación por contener concepciones concurrentes de moralidad política. Sobre estos últimos, por el sentido unívoco de la constitución, el juez tendría una concepción moralmente mejor que la del legislador para concretar los conceptos constitucionales (el Juez Hércules).

Para el *no-interpretativismo estricto*, dada la inexistencia de un sentido unívoco de los preceptos constitucionales, es necesario que cada generación enjuicie la constitución viva, y en ese orden, la función de los tribunales constitucionales no es la interpretación judicial sino la creación política. La función judicial se

encamina a la definición de los límites y posibilidades de aplicación de las disposiciones normativas. Estas no son términos acabados y, mucho menos, claros; la vaguedad de sus contenidos semánticos exigen una actualización de los sentidos pretendidos con la formulación de la disposición. En ese sentido, los jueces están capacitados, y son los autorizados, para dar línea argumental a los conceptos que han quedado en desuso por anacronismo. Se da generalización al contenido normativo mediante la creación judicial de sentido, poniendo en sincronía lo que ahora en desuso debe ser retomado. Toma nuevamente importancia la capacidad creadora de sentido del juez.

Las constituciones contemporáneas no poseen claridad y sentido unívoco en la totalidad de sus disposiciones normativas, más aún en la definición del contenido concreto y el alcance de los derechos humanos; es por ello que se hace necesario delimitar el contenido y alcance de estos preceptos y, de ello se puede concluir, que la pugna dentro de la dogmática se gesta en torno a quién debe definir los límites y sentido de los preceptos constitucionales, esto es, si es el legislador y el ejecutivo o los jueces los competentes para delimitar el alcance de estos preceptos y hasta qué punto sus decisiones en torno a este problema garantizan la eficacia o no del derecho.

Para efectos de las consideraciones de Bourdieu (2000), en su ensayo intitulado *Elementos para una sociología del campo jurídico*, en este

(...) se desarrolla una lucha por el monopolio del derecho a decir el derecho, es decir, por establecer cuál es la buena distribución (nomos) o el buen orden. Lucha en la que se enfrentan agentes investidos de una competencia inseparablemente social y técnica, consistente en lo esencial en la capacidad socialmente reconocida de interpretar (de manera más o menos libre y autorizada) un cuerpo de textos que consagran la visión legítima, recta, del mundo social.

Con fundamento en la obra de Bourdieu que se viene citando, la función propia de los funcionarios judiciales, en virtud de la eficacia simbólica del derecho, en los términos de Bourdieu, no es en estricto sentido *interpretar* sino *crear* el derecho.

En este sentido, al activismo judicial se le critica, entre otras cosas, la intromisión en funciones propias de otros órganos del poder público, como lo sería la definición de políticas públicas y la expedición de normas de carácter

legal (excediendo su actividad de legislador negativo, que ejerce a través del control de constitucionalidad de las leyes) orientadas a la efectiva garantía y protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales –DESC. La función judicial supera sus límites cuando por vía de sus decisiones pretende la aplicación y garantía de estos derechos, y en este sentido es activista. Así, la defensa de los DESC no es posible a través de la actividad de los jueces mediante mecanismos constitucionales, dado que son derechos programáticos y no de aplicación inmediata, función entonces que corresponde a los legisladores y no al poder judicial, dirían los detractores.

Ahora bien, algunos han propuesto la defensa del activismo judicial desde una perspectiva politológica y no propiamente jurídica, por cuanto se trata de un escenario de defensa de la democracia y el Estado de Derecho. Así, sostiene el Profesor Javier Couso (2004) que “(...) Sea como fuere, y atendiendo al impacto político que ha adquirido la judicatura, se ha vuelto indispensable incorporar la variable judicial en cualquier intento de análisis más o menos sistemático de la evolución política de un país determinado”.

Es de importancia esta perspectiva de análisis político por cuanto la consolidación de la democracia y la manera de limitar los excesos en el ejercicio del poder ejecutivo y legislativo se ha trasladado a los escenarios judiciales, como mecanismo de garantía de los derechos de los particulares y de fomento de la participación de las minorías, tradicionalmente excluidas.

A esta variable de análisis se incluye la perspectiva de si se trata del rol de la rama judicial en democracias emergentes o consolidadas. Y ello por cuanto en las democracias consolidadas, el papel de la judicatura se orientará a la conservación del *estado de cosas* que se ha logrado institucionalizar, esto es, a la conservación de los roles que han asumido cada una de los poderes públicos, incluido el judicial.

Por su parte, en contextos de democracias emergentes o nacientes fundadas sobre constituciones aspiracionales (Véase GARCÍA VILLEGAS, 2006), el papel de la rama judicial se orientará a frenar los desmanes en el ejercicio del poder y a la promoción de la participación de sectores poblacionales tradicionalmente excluidos del juego político y democrático.

Ahora, en palabras del profesor Couso (2004), como hipótesis de trabajo en el artículo precitado, es necesario analizar si un activo papel de la rama judicial en

el escenario político puede terminar por frustrar o destruir la independencia judicial como presupuesto de la existencia de un Estado democrático de derecho.

Para ello deben considerarse elementos conceptuales como el minimalismo democrático y la necesidad de la existencia de un judicial fuertemente activista como actor garantizador de la promoción de la participación democrática. Así lo sostiene Couso (2004) cuando afirma, citando a O'Donnell (1999) y a Huntington (1996), que

“En este tipo de “democracias autoritarias”, vastos segmentos de la población, generalmente los pobres, la población rural y los miembros de las minorías étnicas, son tratados por los gobiernos elegidos democráticamente en forma no muy diferente a la utilizada por los regímenes autoritarios del pasado. Las similitudes incluyen violación de los derechos humanos por parte de la policía, falta de acceso al sistema judicial, y la existencia de un trato arbitrario por parte de funcionarios corruptos, particularmente vinculados al ejecutivo”.

Continúa Couso (2004) afirmando que es necesario sustituir las democracias minimalistas y abordar las características esenciales de los casos paradigmáticos de democracias bien establecidas, que abre las posibilidades de identificar elementos que habían sido poco estudiados por quienes al tema de democracia y activismo judicial se han dedicado. En ellos se pueden identificar elementos tales como la existencia de instituciones liberales, como el Estado de Derecho, la separación de poderes, independencia de la rama judicial y respeto por los derechos humanos básicos de los ciudadanos.

Ahora, bajo la perspectiva de los elementos enunciados, plantea como tema novedoso que la función judicial de control de constitucionalidad de la ley sea consustancial al proceso de consolidación democráticos y del Estado de Derecho. Para ello propone el análisis de la “judicialización nominal” y “la judicialización efectiva” como precondiciones del activismo judicial. (COUSO, 2004)

Propone la construcción de indicadores que ayuden a distinguir entre efectivos ejercicios de control judicial y aquellos que son meras enunciaciones nominales, que lo convierten en una cuestión meramente retórica; delimita algunos obstáculos para determinar el grado de activismo judicial; identifica

criterios para medir el activismo e identifica condiciones para la existencia de un activismo judicial.

Frente a los obstáculos, el primero de ellos “(...) proviene del hecho que las cortes son meramente reactivas a lo actuado por las ramas propiamente “políticas” del Estado, el Ejecutivo y el Legislativo”. (COUSO, 2004) En segundo lugar, “(...) la frecuente estrategia de cortes que están intentando consolidar su legitimidad en el largo plazo, consistente en adoptar temporalmente una actitud deferente hacia el poder político después de un periodo activista, con el propósito de acumular una reserva de legitimidad suficiente que les permita más adelante volver a adoptar una conducta activista” (Ibídem). Finalmente, propone el Couso, como una tercera dificultad, “(...) para establecer el nivel de activismo judicial de un país determinado, (...) requiere que el observador adopte un punto de vista interno, esto es, prestar atención al contenido de la doctrina legal y la jurisprudencia de que se trate”. (Ibídem)

Respecto de los criterios para medir el activismo judicial, siguiendo a Epp (1998), Couso asume la definición del activismo judicial como “(...) el proceso en virtud del cual una corte constitucional “crea o expande en número de derechos constitucionales”. Si ello ocurre, (...), se producen “revoluciones de derechos” (...).” Y finalmente, frente a los factores o condiciones que permiten el activismo judicial, o la judicialización de la política, citando a Neal Tate, enuncia como factores la presencia de un régimen democrático, un sistema de separación de poderes, una cultura de los derechos, partidos políticos débiles o coaliciones frágiles de gobierno que entorpezcan la creación y ejecución de políticas públicas, y la delegación de autoridad a las cortes para tomar decisiones en ciertas áreas de las políticas públicas. Estos factores los distingue Couso en factores institucionales y factores culturales, dependiendo si obedecen los factores a la existencia de factores organizacionales, logísticos y políticos, los primeros, o factores de tipo cultural y simbólico, para los segundos.

Se ocupa Couso de realizar una descripción de los elementos necesarios para el análisis de los procesos de activismo judicial, particularmente en las democracias nacientes o no consolidadas. Para ello describe, con fundamento en Nonet y Selznick (1978), tres facetas del Estado constitucional. La

“dimensión represiva del derecho”, propia de Estados autoritarios, donde el sistema jurídico se encuentra al servicio del poder represivo del Estado, caracterizada por el énfasis en el control social y el orden, el uso de razonamientos legales *ad-hoc*, el uso extendido de la coerción y la subordinación del derecho a los poderes políticos; la “dimensión autónoma del derecho”, propia del Estado de Derecho, caracterizada por el énfasis en la justicia de los procedimientos, un razonamiento judicial adherido al derecho, el uso controlado de la coerción y la independencia de la judicatura respecto de los demás poderes públicos.

Finalmente, se refiere a la existencia de una última dimensión denominada “dimensión sustantiva”, donde se presenta un énfasis en la justicia sustantiva, un razonamiento legal menos formalista y una integración de las aspiraciones legales y políticas en la práctica de la adjudicación judicial.

La pretermisión de la “dimensión autónoma” del derecho, en las democracias nacientes, configurado por un paso abrupto de la “dimensión autoritaria” a la “dimensión sustantiva”, en tanto ligar la adjudicación judicial a las aspiraciones políticas sin haber superado el escenario de la autonomía, puede resultar contrario a las esperanzas de un judicial activista como factor de consolidación de la democracia.

El juicio de constitucionalidad. Legislador negativo, usurpador de competencias y derechos constitucionales.

La Constitución Política de Colombia, reconoce la separación de poderes y la colaboración armónica entre ellos. Su artículo 113 dispone que son tres las ramas del poder público: la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Así mismo, reconoce la existencia de otros órganos para el cumplimiento de las demás funciones públicas, que todos tienen funciones separadas y colaboran armónicamente para la realización de los fines del Estado.

El marco genérico de competencias de cada uno de los poderes públicos y de los demás órganos está definido por la Constitución Política. El artículo 114 dispone que al Congreso de la República le corresponde la reforma de la Constitución, el hacer las leyes y el ejercer control político sobre el gobierno y la administración. Por su parte, las funciones y competencias del ejecutivo se encuentran definidas a lo largo del conjunto orgánico de disposiciones

constitucionales, donde se definen las funciones del presidente, el gobierno, los gobernadores y los alcaldes, y las demás autoridades administrativas.

De otro lado, respecto del poder judicial, dispone la Constitución Política que a él le corresponde administrar justicia, que esta es función pública y que las decisiones que toma son independientes; y se distribuyen las competencias constitucionales de las distintas jurisdicciones, se determina su composición, entre otros asuntos (a propósito véase el Título VIII, de la Constitución Política, artículos 228 a 257).

En lo que respecta a la función de control de las leyes, que finalmente ha sido el tema que pone sobre la mesa de discusión la potestad de legislador negativo del poder judicial, la Constitución Política le ha otorgado tal competencia a la Corte Constitucional. El artículo 241 dispone, al respecto:

A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.
4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

(...) 7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

(...) 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben.

(...) PARAGRAFO. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.

Es en el marco de este escenario y con fundamento en las tesis del profesor Luigi Ferrajoli (2008) que se presentarán las siguientes consideraciones.

En la moderna estructura de los estados occidentales se distinguen dos escenarios de decisión que plantean una reevaluación de las relaciones entre los poderes públicos, sus competencias y funciones, y definen el escenario obligado de decisión. Las esferas de lo decidible y lo indecidible son escenarios descritos por el profesor Ferrajoli como nuevos escenarios del juego político-jurídico, más sensibles en el marco del derecho constitucional.

De un lado, la esfera de lo indecidible hace alusión al conjunto de principios que en el marco de las democracias modernas están sustraídos del poder decisorio de las mayorías y sus órganos de representación. (Véase FERRAJOLI, 2008). En este escenario de restricción se encuentran los límites a los poderes públicos que han sido justificados desde el surgimiento del Estado Liberal.

Esta indecidibilidad, distingue Ferrajoli (Ibídem), puede ser absoluta o relativa. La primera se presenta en los regímenes de constituciones rígidas, donde se excluye cualquier posibilidad de reforma constitucional; la segunda se presenta en aquellos regímenes constitucionales donde existen procedimientos más o menos agravados para la reforma y la sustitución constitucional, esto es, donde hacen presencia las constituciones flexibles.

Respecto de lo que se considera el espacio obligado de decisión debe entenderse que lo indecible estará determinado, relacionado y circunscrito a las libertades negativas, a aquellos ámbitos de protección constitucional que imponen límites al ejercicio del poder público. Por su parte, por lo decidible debe entenderse aquello que hace relación a las libertades positivas, esto es, aquel escenario constitucional donde se le imponen obligaciones de actuación a los poderes públicos con el fin de garantizar condiciones materiales de existencia a los individuos. Así mismo, cabe precisar que estas obligaciones se extienden al ámbito del derecho privado, imponiendo límites al mercado y a la lógica del capital, dado que en el Estado Social de Derecho no existen poderes absolutos en ninguno de los actores –por lo menos en términos formales.

De las anteriores dos esferas puede afirmarse que son simétricas en tanto sirven para determinar la esfera de discrecionalidad política, esto es el ámbito de las funciones y las instituciones de gobierno, y la esfera de sujeción al orden jurídico de los poderes públicos, o lo que se ha denominado funciones e instituciones de garantía. La anterior clasificación de funciones y ámbitos de actuación ha dejado en entredicho la correspondencia del modelo clásico de división de poderes, propuestos por Montesquieu y Locke, dado que tal clasificación no explica las dinámicas y relaciones de los poderes públicos en las democracias occidentales contemporáneas.

Pienso por tanto que la clásica división de los poderes del siglo XVIII que se remonta a Montesquieu es hoy en día inadecuada para dar cuenta de la complejidad de la esfera pública de las democracias contemporáneas. Inadecuada en el plano descriptivo, ya que es desmentida por todos los sistemas políticos parlamentarios, en los que el gobierno obtiene la confianza de las Cámaras y la relación entre ejecutivo y legislativo no es por tanto de separación sino de condivisión: ya que el primero, en caso de conflicto con el segundo, debe soumettre ou se demettre. Pero es inadecuada también en el plano axiológico, dado que la enorme cantidad de funciones hoy en día asignadas a la esfera pública no está enteramente clasificada dentro de la tripartición montesquieana. En particular, gran parte de las funciones administrativas que se desarrollan con la construcción del Estado social no son de hecho funciones de gobierno, sino funciones de garantía cuyo ejercicio, al igual que sucede

con la función judicial, consiste en la aplicación de sus presupuestos legales y requiere no dependencia y control, sino por el contrario independencia de las funciones de gobierno, es decir del poder ejecutivo dentro del que se han desarrollado fuera de todo diseño constitucional.

(FERRAJOLI, *ibídem*)

Finalmente, desde las fuentes de legitimación, afirma el profesor Ferrajoli (*ibídem*), en tanto el ámbito de competencias, funciones y relaciones que de los poderes públicos surgen, pueden circunscribirse, para los poderes ejecutivo y legislativo, la representación, que se ocupan de la esfera de lo decidible o que puede quedar librado al debate democrático. Por su parte, para el poder judicial, su fuente de legitimación es la Ley –que debe entenderse como ordenamiento jurídico-, en tanto se ocupa de la esfera de lo indecidible, o de aquello que ni aun la voluntad de las mayorías en democracia puede disponer. Sostiene el autor citado:

De lo anterior se sigue que la esfera de lo decidible es la esfera de competencia de las funciones políticas de gobierno, las cuales incluyen, además de las funciones de gobierno propiamente dichas, las funciones legislativas igualmente legitimadas por la representación política, obviamente respetando la Constitución. Por el contrario, la esfera de lo indecidible pertenece a la competencia y está regida por las funciones y las instituciones de garantía, en las cuales se incluyen, además de las funciones y las instituciones judiciales, también las administrativas de garantía, igualmente legitimadas por la aplicación sustancial y no por el simple respeto de la ley. (FERRAJOLI, *ibídem*)

En este orden de ideas, queda claro que es al poder judicial en procura de la defensa de la esfera de lo indecidible, determinar el alcance y la competencia de los poderes ejecutivo y legislativo al tomar determinadas decisiones. Sobre esta base se critica la injerencia del poder judicial en las principales decisiones de los demás poderes, y aun entre las instancias y altas cortes dentro de ella misma; lo que se ha denominado choque de trenes, gobierno de los jueces y usurpación legislativa.

Es en aquel último escenario, el de la usurpación legislativa, donde se afirma que la justicia constitucional funge de legislador negativo. Nos ocuparemos de

este último punto, y el problema radicaré en justificar la injerencia del poder judicial en esta materia.

En primer lugar, la justicia constitucional, en relación con la tripartición del poder público, realiza tres funciones esenciales para la estabilidad del Estado Social de Derecho: el control de las leyes, el control de las normas políticas y el control de la economía. Cada uno de estos controles implica la intervención en algunas de las principales funciones de los demás poderes públicos.

Respecto de este control se ha discutido la naturaleza de la justicia constitucional en tanto si ha de tratarse de una función que deba ser cumplida por un ente político o por un ente jurídico, o como es la posición que acá se defiende, por un ente jurídico-político. Yendo más lejos, algunos autores sostienen que debe ser un ente autónomo no perteneciente al poder judicial. De esta última posición es Diego Fernando Tarapués Sandino (2007), quien sostiene:

La naturaleza de un Tribunal Constitucional en el mundo académico y en la realidad comparativa de los ordenamientos constitucionales es aún incierta, puesto que algunos dicen que es una institución política; otros que es completamente jurídica y hay quienes expresan que guarda una mixtura jurídico-política. No obstante, pese a no existir un criterio unificado en este punto, sí se reconocen aspectos generalizados tendencialmente políticos tales como su conformación, el efecto de sus decisiones, su génesis y hasta la necesidad de que sea una institución del poder público totalmente autónoma en los sistemas políticos vigentes, para así poder efectivizar su función y no encontrar tropiezos en el sistema institucional de un Estado democrático.

La defensa de una u otra posición implica el reconocimiento de tres elementos que concurren a tal perspectiva teórica: el órgano, la función y el fin. Respecto del órgano, se hace referencia al tribunal constitucional; la función hará referencia al control constitucional en los tres aspectos citados, y el fin será la protección de la Constitución Política.

Quienes defienden el control como una función política afirman que el fin es la protección de un instrumento político –la Constitución Política– y, en ese sentido, el órgano encargado de la defensa deberá ser una autoridad política. Este órgano puede ser el legislativo o el ejecutivo. Quienes defienden el control

por el primero, afirman que su función es la creación de normas *erga omnes*, es la máxima institución representativa del pueblo y es el constituyente derivado – artículo 114 de la Constitución Política de Colombia. Quienes defienden el control por parte del ejecutivo, sostienen que es el presidente el órgano con la mayor confianza popular, además de ser la unidad de la nación, suprema autoridad administrativa, jefe de estado y jefe de gobierno – artículos 188 y 189 de la Constitución Política de Colombia.

Sobre las bases de la teoría expuesta de Ferrajoli (2008) se sustenta la perspectiva que sostiene que tal control debe ser ejercido por el poder judicial. Los argumentos pueden sustentarse afirmando que es al poder judicial a quien se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución Política, y en ese sentido la adecuación de las normas expedidas por los demás poderes públicos a aquella –artículo 241 de la Constitución Política de Colombia.

En esta lógica, sus decisiones deben permear el resto de la jurisdicción y debe extenderse a los criterios interpretativos de los demás poderes públicos –ya se había afirmado que las relaciones ya no son de separación de funciones y colaboración armónica sino de condición y control-; ello permite garantizar los preceptos constitucionales desde la lógica de la división de poderes.

Finalmente, frente a la crítica de legislador negativo –en su variante peyorativa “usurpador legislativo”-, cabe sostener que en procura de la consecución del fin propuesto por el control constitucional por parte de un tribunal constitucional, sus decisiones deben ser *erga omnes*, debe poseer fuerza vinculante para todos los demás poderes públicos dada la jerarquía constitucional –artículo 4 de la Constitución Política de Colombia- y se justifican sus decisiones condicionadas, lo que lo ubica como legislador complementario.

Conclusiones

La posibilidad de independencia garantiza a la actividad judicial un poder de determinación de criterios base para la decisión al margen de las aquiescencias de los demás órganos del poder público. Es este un medio para un conjunto de fines u objetivos, siguiendo la línea de Burgos Silva (2003), donde se pretende, entendida en un sentido normativo, el imperio de la Ley, la defensa de la constitución y la garantía de los derechos humanos y, en un

plano analítico positivo, el crecimiento económico de los países en vía de desarrollo.

El segundo objetivo de la independencia judicial, desde el punto de vista normativo, es la garantía, guarda y supremacía de la constitución y, en ese sentido, como tercer objetivo una mejor garantía de los derechos humanos. Como afirma Burgos Silva (2003) en el artículo citado, en el marco de las condiciones que han permitido la independencia judicial en los países de América Latina, unas de las instituciones que mas desarrollo ha tenido con este fenómeno han sido los tribunales o cortes constitucionales, a quienes se les ha permitido un mayor control sobre los poderes ejecutivo y legislativo. “En particular, el control de los poderes del ejecutivo y una mejor garantía de los derechos humanos son expresión de un Poder Judicial que aun diferencialmente por país, se ha tornado más independiente”. (Ibídem)

Esta posibilidad de control jurisdiccional de las decisiones de los demás poderes orienta la discusión hacia el análisis de los criterios de separación de poderes y colaboración armónica. Sobre estos criterios se han superado discusiones de la teoría política moderna que designaba aquellos como presupuestos de la existencia de un estado de derecho. Ahora, más que escatimar las funciones de las ramas del poder público se les trasunta dentro de la teoría del conflicto; esto es, la función jurisdiccional, especialmente la función de control constitucional de las decisiones de los demás poderes públicos, no se enmarca propiamente dentro de los lineamientos de la separación de poderes y la colaboración armónica, sino dentro da la lucha de poderes, superando las discusiones y planteamientos de la teoría constitucional.

La independencia judicial, más que un resultado consecuencial de la noción teórica de separación de poderes y colaboración armónica, responde a la lucha que se gesta entre los diferentes actores públicos que interviene en la determinación de las políticas estatales; bien que estas se traduzcan en políticas públicas, a través de decisiones del ejecutivo, ora que estas se configuren a través de reformas legislativas o constitucionales derivadas del poder presidencial o del legislativo, la posibilidad, radicada en cabeza del Poder Judicial, de ejercer un control sobre aquellas genera tensiones que

ponen en tela de discusión la supremacía y jerarquización de los poderes públicos.

Es sobre este debate que se enmarca la discusión sobre la independencia judicial y la consecuente elucubración sobre el activismo de esta rama del poder público, y sobre el que se soporta el estigma del *gobierno de los jueces y usurpador legislativo*, como la posibilidad de poner en manos de un solo poder, dadas las exuberantes facultades que el mismo se arroga, las decisiones de trascendencia política, económica y social más importantes.

Esta independencia no puede entenderse como un aislacionismo o un corporativismo. La independencia judicial tiene su justificación en la consecución de fines superiores; el juez en su función no puede aislarse del contexto normativo, legal y constitucional; social, ni político; y, mucho menos, defender intereses inconstitucionales al margen de responsabilidades y control. Estas últimas, en el juego de pesos de la función pública, determinados por el legislativo y que resultan interponiendo límites a la propia actividad judicial.

La independencia judicial, debe evaluarse con elementos de carácter sociológico, cultural y económico, determinados por las estructuras o campos de juego donde se desarrolla el campo jurídico. No basta la existencia de estructuras formales de independencia judicial cuando esta función se ve impedida de actividad efectiva por la existencia de elementos estructurales externos, incluso ajenos al juego político de las otras ramas del poder público, que imposibilitan la eficacia de las decisiones que en la jurisdicción se toman. La correspondencia con la estructura económica, los idearios o imaginarios colectivos, el reconocimiento de la diversidad y la multiculturalidad, etcétera, son condiciones necesarias de garantía de la eficacia, por lo menos en algunas de sus nociones, de las decisiones adoptadas por el órgano jurisdiccional.

Bibliografía

BOURDIEU, Pierre. *Elementos para una Sociología del Campo Jurídico*. En: La Fuerza del Derecho. Ediciones UNIANDES, Bogotá, 2000. pp. 153 – 220.

BURGOS SILVA, Germán, y otros. (2003) *Independencia judicial en América Latina: ¿de quién? ¿para qué? ¿cómo?* BURGOS SILVA, Germán (Editor), Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA, Bogotá.

CARRILLO FLÓREZ, Fernando. (1998) *Organización de las Cortes Supremas de Justicia de las Américas: la Independencia Judicial y su relación con los*

órganos legislativos. Banco Interamericano de Desarrollo. Washington, D.C. en línea: <http://www.iadb.org/sds/doc/sgc-Doc45-S.pdf>

COUSO, Javier. Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política. En: Revista de Ciencia Política, año/vol. XXIV, número 002. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago – Chile, pp. 29-48.

CHAIRES ZARAGOZA, Jorge. (2004) La Independencia del Poder Judicial. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N°. 110, 2004, pp. 523-545. En línea:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/110/art/art4.pdf>

EPP, Charles. (1998) The Rights revolution: Lawyers, Activist, and Supreme Courts in Comparative Perspective. Chicago and London: University of Chicago Press.

FERRAJOLI, Luigi. (2008) La esfera de lo indecible y la división de poderes. En: Estudios Constitucionales, año 6, No. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 337.343. (Traducción de Miguel Carbonell)

FRANCO, Andrés. (1997) Independencia Judicial y Política en Colombia. Documento presentado en el encuentro de 1997 de la Latin American Studies Association, Guadalajara, México. En línea: lasa.international.pitt.edu/LASA97/franco.pdf

GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patrizia. (1999) Los jueces y la política. Poder Judicial y democracia. Grupo Santillana de Ediciones, S.A., Madrid.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio; RODRIGUEZ GARAVITO, César, y UPRIMNY, Rodrigo (2006). ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Grupo editorial Norma, Colombia.

HUNGTINGTON, Samuel. (1996) “Democracy for the Long Haul”. En: The Global resurgence of Democracy, Editado por Larry Diamond and Marc Platter. Baltimore & London: The Johns Hopkins University Press.

NONET, Philippe y SELZNICK, Philip. (1978) Law and Society in Transition.: Toward Responsive Law. New York: Harper Torch Boock.

O’DONELL, Guillermo; MÉNDEZ, Juan y PINHEIRO, Paulo. (1999). The (Un) Rule of Law and the Underprivileged in Latin America. Notre Dame: University of Notre Dame Press.

PISARELLO, Gerardo. (1997) Comentarios a DORADO PORRAS, Javier, *El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos*, Madrid, Dykinson, Cuadernos "Bartolomé de Las Casas", núm. 3, 1997, 148 pp. En línea: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/2/rb/rb15.htm>

RESTREPO, Esteban. Reforma Constitucional y Progreso Social: La "constitucionalización de la Vida Cotidiana" en Colombia. En línea: islandia.law.yale.edu/sela/restrepos.pdf

TARAPUÉS SANDINO, Diego Fernando. (2007) El tribunal constitucional como poder autónomo en el sistema político colombiano. En: Criterio Jurídico, Vol. 7, pp. 163 – 183.

SIMON, Dieter. La independencia del Juez. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1985.

VARGAS VIANCOS, Juan Enrique. (2002) Independencia Versus Control del Poder Judicial. En: Revista Sistemas Judiciales, número 2, diciembre de 2002.

En _____ línea: http://www.cejamericas.org/sistemas-judiciales/tema_central.php?revista=4&idioma=espanol&secc=144&TemaNiv2=144