SEPARACIÓN DE PODERES, POLÍTICAS PÚBLICAS Y ACTIVISMO JUDICIAL: UNA DISCUSIÓN A PARTIR DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA SOBRE UNA POLÍTICA PÚBLICA*

Henrik López Sterup

Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia
hlopez@uniandes.edu.co - profe.henriklopez@gmail.com

RESUMEN. La discusión sobre activismo judicial se ha basado, en buena medida, en autores que trabajan el tema desde una perspectiva anglosajona (particularmente estadounidense) y, en muchas ocasiones, dentro del discurso de ciencias sociales. Estos dos factores llevan a entender el activismo judicial bien como una desviación de la función judicial o como un exceso de dicha función. Un análisis de los criterios utilizados para caracterizar el activismo judicial muestra que estas son dependientes de una concepción de la función judicial limitada a resolver casos concretos y del derecho en clave positivista. Esto, por una parte, contradice no solo la práctica judicial, sino, también, el marco institucional de las modernas democracias constitucionales y, por otra, desconoce otras corrientes del derecho que no están alineadas con el positivismo. El estudio se realiza a partir de jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en políticas públicas mineras.

Palabras clave: activismo judicial, judicialización de la política, positivismo, post-positivismo, función judicial, democracia constitucional.

Separation of Powers and Judicial activism: a Discussion from the Colombian Constitutional Court Jurisprudence over a Public Policy

ABSTRACT. The discussion about judicial activism has been based, in a great extent, on studies given under an Anglo-Saxon (especially American) perspective and, in many cases, from the social science discourse. These factors explain judicial activism as a deviation from the judicial function or as an excess of the judiciary. The analysis of the concepts used to characterize the judicial activism shows that they are dependent on a concept of the judicial activity limited to solving cases and the law in a positivistic way. This, on one side, not only contradicts judicial practice but the institutional framework of modern constitutional democracies, and, on the other, neglects the existence of non-positivistic conceptions about law. The study is based on Colombia's constitutional court decisions on mining public policies.

Keywords: judicial activism, judicialization of politics, positivism, post-positivism, judicial activity, constitutional democracy.

* Fecha de recepción: 30 de septiembre de 2017. Fecha de aceptación: 9 de mayo de 2018.

DOI: 10.14198/DOXA2018.41.09

La discusión sobre el activismo judicial (y la judicialización de la política) y su relación con el principio de separación de poderes, es uno de nunca acabarse. Las razones son múltiples. Aquí se analizarán algunas posturas y dos sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, que ilustran que dicha discusión se explica, en alguna medida, debido a los referentes conceptuales desde los que se parte. Tales referentes son, como se verá, geográficos y conceptuales. Ello termina por conducir al debate sobre activismo a una discusión en torno a la concepción sobre el derecho.

Para desarrollar estas ideas, primero se hará una pequeña referencia a algunas posturas sobre el activismo judicial (y la judicialización de la política), para pasar a una segunda parte en la que, a partir del análisis de dos sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, se muestran los límites a dichas concepciones. En la tercera se volverá sobre las sentencias, para mostrar el debate conceptual.

1. POSTURAS SOBRE EL ACTIVISMO JUDICIAL: JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA O ACTIVISMO JUDICIAL

Una de las principales dificultades para abordar el concepto de activismo judicial es su indeterminación, que es en un doble sentido. Por una parte, muchas de las discusiones sobre el activismo judicial se dan en sede del debate sobre la judicialización de la política. Por otra, no existe consenso sobre cuándo se está en presencia de un fenómeno de activismo judicial.

La primera cuestión que se puede analizar tiene que ver con el fenómeno que se trata bajo el rótulo de la judicialización de la política. Al igual que el concepto de activismo judicial, este es uno indeterminado, pero parece ser que se va consolidando en dirección de circunscribirlo a un fenómeno muy complejo, que Rodrigo UPRIMNY sintetiza en la idea de que «ciertos asuntos que tradicionalmente habían sido resueltos por el sistema político empiezan a ser decididos por los jueces» (UPRIMNY, 2011: 13). Esta idea, aunque sintética, resulta pertinente para nuestro análisis, porque comprende un haz de situaciones que no necesariamente se limitan a la idea del juez activista. Como lo destacan SIEDER, SCHJOLDEN y ANGELL, la judicialización de la política no se limita al caso del control constitucional[1], sino que «incluye la presencia cada vez mayor de los procesos judiciales y de los fallos de los tribunales en la vida política y social, y la creciente resolución en los tribunales de los conflictos políticos, sociales o entre el Estado y la sociedad» (SIEDER, SCHJOLDEN y ANGELL, 2011: 19).

Esta explicación nos coloca en un contexto muy complejo, en el cual la creciente utilización de los tribunales para resolver conflictos *prima facie* extrajurídicos debe explicarse más allá del interés del juez de defender una determinada postura o, como sugiere GUASTINI, hacer imperar su concepción de lo justo (GUASTINI, 2008).

[1] Tom GINSBURG, en el pequeño acápite dedicado a la judicialización de la política en China, Mongolia y Taiwán, muestra que la práctica de los tribunales que analiza en esos países trata más de casos relacionados con la solución de conflictos políticos que del *judicial review* (en su texto, el autor explícitamente señala que, aunque conoce la distinción conceptual, trata el *judicial review* y el control constitucional como figuras sinónimas) (GINSBURG, 2003: 25).

El texto de SIEDER, SCHJOLDEN y ANGELL presenta una serie de elementos que deberían ser considerados a la hora de enfrentar el análisis sobre la judicialización de la política. Tales elementos incluyen, en primer lugar, el diseño institucional y sus cambios. Según su estudio, existen cambios institucionales que facilitan o favorecen la existencia de procesos que llevan a que, ante los jueces, se resuelvan algunos conflictos ordinariamente tramitados por vía política. Tales cambios incluyen, claramente, el establecimiento de un tribunal constitucional (SIEDER, SCHJOLDEN y ANGELL, 2011: 28). GINSBURG, aunque desde una perspectiva propia de la ciencia política, llega a una conclusión similar, pues considera que la creación de los tribunales constitucionales (que, según sus datos, es el modelo predominante a nivel mundial[2]) responde a un mecanismo de protección (aseguramiento) frente a los riesgos políticos inherentes a los partidos en una democracia. En efecto, considera que, por decirlo de manera sencilla, el tribunal constitucional se convierte en: i) un foro donde es posible para el partido en oposición continúe la lucha que perdió electoralmente, o ii) un foro donde la minoría pueda plantear aquello que nunca será debatido en el parlamento (GINSBURG, 2003: 25). Es decir, y vale la pena recordarlo, desde una postura de la ciencia política, algunas actuaciones ante el tribunal con funciones de control constitucional no son más que una continuación de una lucha política que se inicia en sede parlamentaria (o, inclusive, nunca alcanza a llegar a dicho espacio). Así, podría interpretarse el fenómeno como una ampliación de la democracia, en el sentido de generar espacios de suficiente deliberación política.

Otros factores destacados por el estudio de SIEDER, SCHJOLDEN y ANGELL, es la cultura legal[3], que permite cuestionarse sobre la postura de abogados y jueces sobre su rol frente al derecho[4], así como la manera en que la sociedad percibe al derecho[5]. Sobre este punto, resulta pertinente un estudio de Manuel José CEPEDA, publicado en la obra dirigida por SIEDER, SCHJOLDEN y ANGELL, en la que muestra cómo «la judicialización de la política han sido características constantes del sistema político colombiano» (CEPEDA, 2011: 87), entre muchas razones, por cuanto «las reformas constitucionales, concebidas como medios para conseguir la paz, han prestado considerable atención a la revisión constitucional como instrumento para asegurar el respeto de los acuerdos básicos que se reflejan en el texto constitucional» (CEPEDA, 2011: 91), que ha forzado al juez constitucional a revisar la relación entre las realidades sociopolíticas y la aplicación del derecho[6]. Otro factor, sin mencionar todos, es el «carácter del sis-

---

[2] Este punto, como se verá más adelante, resulta decisivo a la hora de comprender esta discusión.

[3] El concepto de cultura legal tiene desarrollos importantes en las ciencias sociales. Se ha definido a partir de patrones estables de comportamiento y actitudes sociales (NELKEN, 2004). Por su parte, FRIEDMAN, el primero en usar el concepto, señala que la cultura legal consiste en los valores y actitudes que «une el sistema [cultura legal, elementos estructurales (instituciones) y elementos sustantivos (leyes, jurisprudencia y doctrina)], y que determina el lugar del sistema legal en la cultura de la sociedad como un todo» (FRIEDMAN, 1969: 34) (traducción libre).

[4] Que corresponde a lo que FRIEDMAN llama cultura legal interna.

[5] Es decir, la cultura legal externa que, debe tenerse presente, considera tanto el cumplimiento (o el acudir a la ley) como el incumplimiento del deber ser (NELKEN, 2004).

[6] Lo que permitiría sostener que en Colombia su cultura legal, de alguna forma, ha incorporado elementos de judicialización de la política. Faltarían estudios que analicen si la «cultura legal interna» incorpora tales elementos. Un esfuerzo en esa línea es el intento de algunos teóricos por mostrar que la modulación de sentencias de control de constitucionalidad es de vieja data (MARTÍNEZ CABALLERO, 2000). Esos intentos buscarían mostrar que la cultura legal interna de las altas cortes colombianas no es del todo formalista. En contra de esta idea, LÓPEZ MEDINA (2006).

tema político en su conjunto», que pueden limitar o facilitar que grupos organizados, sean partidos políticos, de élites o colectivos sociales, acudan a la justicia en busca de soluciones. Por ejemplo, señalan que «una mayoría abrumadora en el Legislativo y mecanismos ineficaces de consulta legislativa pueden alentar a los partidos minoritarios a adelantar sus agendas a través de los tribunales» (CEPEDA, 2011: 33)[7].

Bajo este escenario es necesario fijar qué se entiende por activismo judicial. Dos trabajos en esta línea, aunque no los únicos, se destacan por el esfuerzo de delimitación. Se trata de las investigaciones de Marco FEOLI VILLALOBOS y de Mônia Clarissa HENNIG LEAL. Ambos presentan argumentos que conducen a distinguir entre las dos figuras. Estos autores, aunque disímiles en muchos aspectos, confluyen en una idea central: el activismo judicial ha de entenderse como una postura del juez frente al cumplimiento de sus funciones judiciales (HENNING LEAL, 2012: 448) (FEOLI VILLALOBOS, 2015: 183-184). Ha de precisarse que el análisis que realizan los conduce a resultados distintos.

FEOLI señala que «el elemento nuclear del activismo judicial reside en que los jueces buscan imponer sus preferencias a los otros brazos del Estado» (FEOLI VILLALOBOS, 2015: 184). Esta tesis, que el mismo autor termina por morigerar, guarda relación con aquella expuesta por Kenerth HOLLAND, según la cual el activismo judicial se presenta cuando el juez hace políticas públicas, en lugar de limitarse a resolver conflictos jurídicos (HOLLAND, 1991: 1). La relación entre ambos autores se puede establecer en la medida en que, *prima facie,* la función de hacer o fijar políticas públicas les compete a órganos distintos del juez, en particular al legislador. Así, si el juez fija dichas políticas, es «evidente» que esté imponiendo sus preferencias sobre otros poderes estatales.

Ahora bien, el concepto de FEOLI no es del todo precisa, pues existen otras formas de «imponer sus preferencias». Así, el activismo judicial podría entenderse, en línea con EPP, en el sentido de que el juez crea un amplio conjunto de nuevos derechos constitucionales (EPP, 1998). Es decir, el juez, en contra de otros poderes, amplía el espectro de protección constitucional.

Cabe añadir, como lo subraya FEOLI, que estas posturas sobre el activismo judicial gravitan en torno a su posibilidad de «delimitar los alcances de las normas jurídicas» (FEOLI VILLALOBOS, 2015: 183) y sugieren que tras ello hay una extralimitación (o, en algunos casos, subversión) en el ejercicio de dicha delimitación. Para analizar esta postura, se considerará algunos aspectos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia.

2. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Y POLÍTICA PÚBLICA MINERA

La actividad minera es uno de los ámbitos económicos en los cuales el Estado colombiano ha puesto sus ojos para desarrollar la economía. La política pública en la materia está construida sobre la base de dos disposiciones constitucionales. De una parte,

[7] No sobra mencionar los crecientes estudios sobre movimientos sociales y la manera en que acuden a los tribunales para tramitar sus agendas (LEMAITRE y SANDVIK, 2015).

el art. 332 de la Constitución, que manda que «el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables» y, por otra, el art. 334 de la Constitución que señala que: «La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales».

Con base en estas disposiciones se han dictado, entre otras, el Código Minero (Ley 685 de 2001), cuyo art. 37 establecía que «ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería». A partir de lo anterior, el Gobierno Nacional quedó en libertad para fijar las zonas de explotación minera y, principalmente, diseñar un plan de concesiones en la materia.

Por otra parte, el art. 287 de la Constitución de Colombia establece que «las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses» bajo los límites de la Constitución y la ley, gozando del «derecho» a «gobernarse por sus autoridades propias» y «ejercer las competencias que les correspondan». A su vez, en relación con los municipios, el art. 311 fija diversas competencias genéricas a los municipios, entre ellos «construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria» entre otras. Y, de manera específica, se les asigna a los concejos municipales la función de «reglamentar los usos del suelo» y de «dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico» del municipio (art. 313).

Con base en estas disposiciones, se ha regulado un sistema de planeamiento del uso del suelo municipal, que autoriza a los municipios diseñar sus propios planes de ordenamiento territorial (POT). Estos planes permiten a los municipios, no solo zonificar los distintos usos urbanos y rurales, sino fijar normas de desarrollo local y de protección del patrimonio ecológico. Además, la oferta de infraestructura de distinta índole está determinada por dichos usos, así como la definición de vocaciones industriales, comerciales, de servicios o agropecuarias de los municipios.

Ahora bien, en relación con el art. 37 del Código Minero se dictaron las Sentencias C-124/14 y C-273/16. La primera declaró la disposición constitucional de manera condicionada y la segunda la declaró inconstitucional de forma total. Esta última decisión abrió espacio para la Sentencia T-445 de 2016. Las Sentencias C-124 de 2014 y T-445 de 2016 serán objeto de análisis en esta sección.

3. SENTENCIA C-124 DE 2014

En la Sentencia C-124 de 2014 la Corte Constitucional analizó una demanda en contra del art. 37 del Código de Minas. La acusación se basaba en que la disposición demandada conducía a una prohibición absoluta para que las autoridades territoriales pudiesen interferir con la definición de zonas de explotación minera. Esto, según los demandantes, violaba las competencias definidas en los arts. 287, 311 y 313 de la Constitución, pues las terminaba por vaciar de contenido frente a los proyectos mineros. La discusión tiene, entonces, por fondo la definición del alcance de las competencias establecidas en la Constitución.

En lo que nos interesa en este momento, la sentencia se resuelve en un proceso dialéctico, que refleja la tensión entre los principios constitucionales unitario y autonómico (el art. 1 de la Constitución de Colombia señala que esta es una República unitaria con autonomía de sus entidades territoriales) y una posible contradicción entre los arts. 332 y 334 de la Constitución frente a los arts. 287, 311 y 313 del mismo estatuto. A continuación, se sintetiza el análisis que realizó la Corte Constitucional.

3.1. Momento de la tesis

De acuerdo con el principio unitario, le compete al legislador fijar el marco normativo común que ha de imperar en el territorio colombiano. Así, dicho principio «justifica la existencia de políticas de orden nacional que busquen unificar los parámetros a partir de los cuales se realiza la actividad minera en el territorio nacional». Ello se concreta en los arts. 332 y 334 de la Constitución. El primero le asigna al Estado la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales existentes en territorio y, el segundo, establece que la explotación de tales recursos será intervenida, por mandato de la ley.

Así las cosas, señala la Corte Constitucional, «la simple existencia de una regulación nacional que establezca límites a la facultad de reglamentar los usos del suelo por parte de los municipios no implica *per se* vulneración del principio de autonomía territorial». En apoyo a ello está que la gestión de los intereses locales, previsto en el art. 288 de la Constitución, ha de realizarse dentro del marco de la ley, al igual que la distribución de competencias.

Por tanto, visto desde el punto de vista del principio unitario, según la Corte Constitucional de Colombia, la disposición demandada aparece ajustada a la Constitución.

3.2. Momento de la antítesis

De acuerdo con el principio autonómico, les compete a los entes territoriales gobernarse por sus propias autoridades y, en el caso de los municipios, «ordenar el desarrollo de su territorio» (art. 311) y «reglamentar los usos del suelo» (art. 313). Si bien la propia Constitución señala que tales competencias deben realizarse dentro del marco de la ley, su carácter de garantía institucional implica un límite a la acción del legislador. Es decir, el legislador, so pretexto de regular el alcance de tales competencias, no puede terminar por anularlas.

En vista de lo anterior, la Corte Constitucional afirma que «puede concluirse que la disposición acusada elimina por completo la competencia de concejos municipales y distritales para excluir zonas de su territorio de las actividades de exploración y explotación minera», violando la Constitución.

Ahora, a fin de explicar cómo se afecta la competencia municipal, la Corte señala que la explotación minera tiene consecuencias diversas sobre la comunidad concernida, muchas de las cuales están directamente vinculadas a sus funciones constitucionales. Por ejemplo, ha de preverse la prestación de servicios públicos adicionales, no solo

a la empresa explotadora, sino a la población flotante o permanente que suele acompañar la actividad minera. Población a la que ha de garantizarse acceso a servicios médicos y, en muchos casos, educativos. El incremento de población apareja, conforme a la información empírica, la aparición de problemas complejos, como el incremento de la delincuencia, la prostitución y la drogadicción, que deben ser enfrentados por las autoridades locales.

Sumado a lo anterior, se advierten problemas para la economía local como consecuencia del desplazamiento de actividades tradicionales, como la pecuaria o la agraria, y el riesgo de suministro de agua, debido a las alteraciones medioambientales. Asuntos que el municipio también debe enfrentar.

3.3. Momento de la síntesis

Para la Corte Constitucional la interpretación gramatical del artículo demandado conduciría a su inconstitucionalidad pues, a pesar de apoyarse en el principio unitario y sus concreciones constitucionales, desconoce, por vaciarlo de contenido, el principio autonómico y sus concreciones puntuales en materia de competencias municipales.

Sin embargo, señala la Corte, una interpretación sistemática de la Constitución, junto al principio de conservación del derecho, permite salvar la disposición acusada, «siempre y cuando su contenido garantice un grado de participación razonable de los municipios y distritos en el proceso de decisión sobre si se permite o no se permite la actividad de exploración o de explotación minera en su territorio».

3.4. Decisión

Con base en el momento de la síntesis, la Corte Constitucional condicionó la constitucionalidad del art. 37 demandado a que «en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas, las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el art. 288 de la Constitución Política».

Según se explica en el cuerpo de la sentencia, las autoridades nacionales deben, en desarrollo de los principios de coordinación y concurrencia, garantizar que los municipios puedan participar de una «forma activa y eficaz en el proceso de toma» de decisiones; esto es, que «la opinión de estos, expresada a través de sus órganos de representación, sea valorada adecuadamente y tenga una influencia apreciable en la toma de esta decisión, sobre todo en aspectos axiales a la vida del municipio, como son la protección de cuencas hídricas, la salubridad de la población y el desarrollo económico, social y cultural de sus comunidades».

4. PRIMERA VALORACIÓN DE LA SENTENCIA C-124 DE 2014

Una primera valoración de la sentencia que se acaba de comentar consiste en definir si, a partir de los dos criterios antes señalados, esta es una decisión que expresa el activismo judicial. Si nos acogemos a la definición de HOLLAND, esta decisión claramente es activista.

De acuerdo con su tesis, el activismo se da cuando el juez, según se explicó, hace políticas públicas, en lugar de limitarse a resolver conflictos jurídicos. Pues bien, a partir del texto legal que se analizó, es claro que el Estado colombiano había diseñado una política pública conforme a la cual el Gobierno Nacional fijaba la regulación en materia de explotación minera, sin intervención de otras autoridades, al menos en lo que a la definición de las zonas de explotación respecta. Esto, claro está, hace parte de una política pública más compleja en materia minera. Con todo, es evidente que un punto central de dicha política es la determinación de las autoridades que pueden o deben (competentes para) intervenir en momentos determinantes en el diseño o ejecución de la política pública.

Así, se podría sostener que, al forzar que la opinión de las autoridades locales tenga «una influencia apreciable en la toma de» decisiones, el juez está modificando la política pública. De ahí que el juez no se limite a la función de resolver conflictos jurídicos, sino que incide en el devenir de las políticas públicas.

Ahora, se podría objetar que la Corte Constitucional estaba resolviendo un conflicto jurídico, consistente en definir si las autoridades municipales se reservaban, por razones constitucionales, competencia para determinar algunos asuntos en materia minera, o si el legislador estaba autorizado para limitar dicha participación municipal.

Pero esta objeción muestra una dificultad mayor en este punto. Bajo un Estado de derecho toda política pública debe estar definida normativamente. Es expresión del principio de legalidad. Si ello es así, ¿cómo distinguir el hacer políticas públicas, de la solución de conflictos jurídicos?

Una respuesta podría ser que la solución de conflictos jurídicos no apareja (tiene prohibido hacerlo) la formulación de políticas públicas. Bajo esta hipótesis, la formulación de la política ocurre en otro escenario. Pero ¿acaso la formulación de una política pública no involucra la definición de las autoridades que han de participar en su diseño, adopción y puesta en marcha? ¿Acaso ello no es un problema de naturaleza jurídica? Es más, si surgen conflictos normativos sobre el diseño de la política pública ¿su solución no implica la alteración (formulación) de la política pública?

Para enfrentar esta situación, se podría considerar que se ha errado en la apreciación de la tesis de HOLLAND. Lo anterior por cuanto este autor sostiene que el activismo se presenta cuando el juez se «aventura» a hacer políticas públicas, afectando a un número mayor de personas e intereses, que si se restringe a disputas limitadas[8]. Así, se

[8] La cita completa de HOLLAND es la siguiente:
«Judicial activism comes into existence when courts do not confine themselves to adjudication of legal conflicts but adventure to make social policies, affecting thereby many more people and interests than if they had confined themselves to the resolution of narrow disputes. The activism of a court, thus, can be measured by the degree of power that it exercises over citizens, the legislature, and the administration» (HOLLAND, 1991: 1).

podría sostener que el juez participa en el diseño de la política pública según el número de personas e intereses afectados.

Desde otro punto de vista, pareciera que la idea que subyace a esta tesis es que el juez no puede extender los efectos más allá de los participantes del *narrow case*. Ocurre, sin embargo, que esto no puede predicarse de la definición de competencias de entidades públicas. En esos eventos, por su propia naturaleza, la decisión tiene un alcance mayor. Pero esta no es la objeción principal a la idea expuesta. La idea de un *narrow case* con un alcance limitado a las partes, sugiere que la función del juez es resolver pleitos ordinarios, con pretensiones subjetivas enfrentadas. Se trata de la tradicional función judicial de resolver casos. Cosa distinta es la función judicial de ejercer el control normativo (sea de constitucionalidad o de legalidad), en el cual no hay propiamente un caso, consistente en pretensiones subjetivas enfrentadas.

La propia naturaleza del control abstracto normativo —sea de constitucionalidad o de legalidad— implica, tanto que el juez se inmiscuya en el proceso de formulación, decisión o ejecución de políticas públicas, en la medida en que las normas que lo soportan sean objeto del control judicial, como que la decisión tiene efectos expansivos, dada su naturaleza *erga omnes*.

Resulta claro, entonces, que el concepto de activismo de HOLLAND no resulta apropiado para la definición de activismo judicial, pues desconoce los efectos de las decisiones judiciales sobre las políticas públicas, particularmente en ciertos ámbitos. Ello puede explicarse por no reparar el autor en los distintos modelos judiciales existentes en el planeta[9]. GINSBURG ha tomado nota de este punto y ha advertido sobre el riesgo de utilizar el modelo estadounidense como parámetro para medir o analizar las prácticas judiciales de otros países (GINSBURG, 2003: 15), en particular debido a que en dicho país no existe norma positiva que establezca y regule la función de *judicial review*, como sí ocurre en la mayoría de los países luego de la oleada de reformas constitucionales en los años noventa del siglo XX, que condujeron a la adopción explícita del modelo[10].

5. SENTENCIA T-445/16

En la Sentencia T-445 de 2016, la Corte Constitucional revisó las sentencias de tutela adoptadas dentro de un proceso iniciado por una mujer, residente en un municipio colombiano, cuyo concejo municipal, conforme lo establece la ley, había autorizado la realización de una consulta popular (mecanismo de participación) con el fin de indagar a la comunidad sobre la posibilidad de prohibir las actividades de explotación minera en el municipio y que pusieran en riesgo el medio ambiente, el acceso al agua y la actividad agropecuaria de la zona. Siguiendo el trámite legal, el tribunal administrativo con jurisdicción en la zona dictó sentencia previa sobre la consulta, declarándola inconstitucional.

---

[9] HOLLAND centra su análisis en países de la tradición del *common law*.

[10] Esto, por otra parte, resuelve problemas de legitimidad del Tribunal o Corte Constitucional, en tanto que poder constituido. También obliga a un llamado de atención a quienes, desde el debate estadounidense, pretenden cuestionar la legitimidad de dichos tribunales.

Contra dicha decisión se interpuso acción de tutela (amparo). La acusación se basó en tres puntos. El primero, se refiere a que el tribunal se equivocó al señalar la inconstitucionalidad de la pregunta que se pretendía formular al pueblo, pues coartaba la libertad de los votantes; alegato que ni los jueces de instancia, ni la Corte Constitucional acogieron. Los otros dos tienen que ver con que el Tribunal acusado consideró que: «ii) la Corte Constitucional en la Sentencia C-123 de 2014 dispuso que las actividades mineras no podían ser excluidas del territorio nacional sino por las autoridades competentes y iii) desconocía los límites legales y constitucionales contemplados en el art. 37 de la Ley 685 de 2001, y los Decretos 934 de 2013 y 2691 de 2014, los cuales prohíben que las autoridades locales excluyan la minería de sus territorios».

En la decisión, la Corte Constitucional reitera lo señalado en la sentencia antes comentada, en el sentido de que los municipios deben participar en el diseño, formulación y ejecución de las políticas públicas en materia minera, que afecten al municipio.

En cuanto a la pregunta, dos cuestiones inquietaban a la Corte Constitucional. De un lado, su texto, que, como se indicó, limitaba la libertad del votante. Por otro, el que planteara la posibilidad de una prohibición de la actividad minera en el municipio.

La aproximación que hace la Corte Constitucional a esta última cuestión es interesante, pues en el contexto de decisión es claro que es la comunidad del municipio quien decide sobre la prohibición, aunque es la autoridad municipal quien convoca a la consulta popular. Ahora bien, ha de señalarse que la ley que regula los municipios (Ley 136 de 1994) estable que cuando un proyecto minero «amenace con crear un cambio significativo en el uso del suelo, que dé lugar a una transformación en las actividades tradicionales de un municipio», se debe realizar una consulta popular.

Así las cosas, la Corte se enfrentaba a la decisión adoptada en Sentencia C-124 de 2014, en la que delimitó las competencias entre la Nación y los municipios en materia de zonas de explotación minera, indicando que el municipio debe participar activamente en el diseño de la política pública. Pero, al mismo tiempo, se enfrentaba a la indeterminación del alcance de la obligación de realizar una consulta popular cuando un municipio está ante actividades mineras que afecten el uso del suelo. En este sentido, ¿podría, mediante la consulta, prohibirse la actividad minera?

Para solucionar el punto, la Corte ofrece dos argumentos. El primero, consiste en señalar que, dado que los municipios tienen potestad para regular el uso del suelo, es natural que puedan prohibir la explotación minera en su territorio. Lo anterior, pues «por la inseparable relación entre las actividades extractivas del subsuelo y el suelo, de nada serviría que un municipio pueda regular el suelo si una directriz del Gobierno central será la que disponga sobre los usos del subsuelo».

Para el segundo, vuelve sobre los artículos constitucionales analizados en la Sentencia C-124 de 2014 y advierte que la Constitución de 1991 asigna al Estado la propiedad del subsuelo, mientras que la anterior constitución, de 1886, la asignaba a la Nación. Igual ocurre con la intervención en la economía y en la protección y aprovechamiento de los recursos naturales. Esto le permite llegar a la conclusión, apoyándose en sentencias previas, de que cuando la Constitución se refiere al Estado, comprende tanto al Gobierno Nacional, como a los entes territoriales, que incluyen a los municipios. Ello significa que la opinión de los municipios «debe ser adecuadamente escu-

chada a la hora de destinar si estos [recursos naturales no renovables] deben o no ser explotados», lo que puede implicar la negación de la explotación.

6. PRIMER ANÁLISIS DE LA SENTENCIA T-445 DE 2016

La Sentencia T-445 de 2016 resulta interesante, pues muestra un choque entre dos políticas públicas distintas. De un lado, la política pública en materia de explotación minera. Por otro, una política pública sobre la participación ciudadana local en la toma de decisiones que los afectan. El choque se da, no solo por la errada interpretación que hace el juez acusado de las decisiones previas, sino por el hecho de que, apoyándose en normatividades distintas, las políticas se cruzan y se afectan mutuamente.

Visto así, podría decirse que existe una antinomia parcial-parcial, por seguir la terminología de ROSS. Esto, porque la normatividad que da soporte a la política pública sobre minería termina por afectar el uso del suelo, mientras que aquella sobre uso del suelo, termina por afectar a la actividad minera. Si bien el asunto se resolvió parcialmente en la sentencia anterior analizada, aquí se incluye un ingrediente adicional: el alcance de la participación ciudadana.

Teniendo en cuenta lo anterior, claramente en este caso, fuese la decisión que hubiese adoptado la Corte Constitucional, el efecto sería siempre la afectación —intensa en este caso— de una u otra política pública, confirmándose la imposibilidad de utilizar el criterio de HOLLAND mencionado antes.

Como quiera que el caso se centra en el alcance de la participación ciudadana, es posible acudir a la tesis atribuida a EPP, según la cual hay activismo cuando el juez reconoce nuevos derechos. El análisis de este autor sobre el activismo judicial se centra, no en la decisión judicial misma, sino en los movimientos sociales que activan la posibilidad de que los jueces entren a conocer de ciertos casos. Ilustra cómo solo hasta la década de los sesenta, la jurisprudencia estadounidense se desliga de los casos de propiedad y competencias federales. Ello ocurrió, según señala el autor, debido a que la movilización social logró que nuevos casos, sobre discriminación estructural o libertad de expresión, llegaran ante la Corte Suprema de Estados Unidos (o de los otros países de tradición en el *common law*).

Así, lo que sería activismo es el cambio de perspectiva frente a derechos «latentes», generado por dicha movilización social. Es decir, frente a derechos que no habían sido objeto de mayor debate judicial. En el caso latinoamericano COUSO utiliza esta tesis para analizar la jurisprudencia chilena, para concluir que el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de Chile, poco o nada han hecho para «despertar» los derechos constitucionales de las víctimas de la dictadura chilena (COUSO, 2011).

Ahora, podemos preguntarnos cómo llamar activista a un juez que «despierta» derechos «latentes». Los ejemplos utilizados por EPP, referidos a la discriminación estructural y la libertad de expresión en Estados Unidos, nos colocan ante jurisdicciones en las que la normatividad sobre los derechos no es particularmente densa[11]. Esto contras-

[11] Situación que ha cambiado dramáticamente en el Reino Unido, debido a la suscripción del Pacto de Roma sobre derechos humanos y el sometimiento a la jurisdicción de los tribunales de la Unión Europea.

ta con otras latitudes, donde la densidad normativa es bastante más alta y, en esa medida, la existencia de derechos «latentes» es menos clara. Volviendo sobre los ejemplos de EPP, el caso de la lucha contra la discriminación estructural se enfrenta a enormes dificultades en el contexto estadounidense, que únicamente prevé una cláusula de igualdad ante la ley. Situación similar se da en el caso argentino (SABA, 2016). Tal fenómeno está resuelto en otros contextos normativos, en los que se reconoce explícitamente el deber estatal de enfrentar la igualdad material o en aquellos en que la comprensión de los derechos es más compleja. Igual ocurre con la libertad de expresión que, ante la consagración del libre desarrollo de la personalidad, no opera como comodín para proteger manifestaciones de la identidad personal. La lista puede crecer, si se incorporan los derechos contemplados en los distintos tratados —regionales o universales— de derechos humanos[12] y en los tratados sobre bienes colectivos (por ejemplo, el medio ambiente).

Ha de tenerse presente que la existencia de una mayor densidad normativa tiene como consecuencia una reducción del espacio de decisión política, que se traduce en un mayor margen de control judicial de las actuaciones de los otros poderes. También, dicha densidad impide que se considere la existencia de «derechos latentes», pues, ante su explicitación, no es necesario derivarlos de las vagas referencias constitucionales[13]. La densidad normativa significa, también, un desarrollo legislativo de los derechos, de manera que, como en el caso analizado, no necesariamente el juez constitucional «despierta» un derecho «latente», sino que estudia el alcance de un derecho constitucional desarrollado (suficiente o insuficientemente) por el legislador (y, en el caso colombiano, posiblemente controlado judicialmente por la Corte Constitucional)[14].

A esto, ha de sumarse las particularidades del acceso a la justicia, que en la actualidad tienden a reducir el costo —medido en diversos criterios— de acudir a la justicia constitucional[15], facilitándose que «nuevos casos», lleguen a los tribunales.

7. EL HOMBRE DE PAJA

Es posible, con todo, señalar que este análisis es superfluo y que constituye una versión, algo sofisticada (si se quiere), de la falacia del hombre de paja. Esto, porque

[12] Ilustrativo, aunque no exclusivo, es el estudio de la configuración del derecho a la igualdad en relación con las comunidades indígenas, en el marco de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CLÉRICO y ALDAO, 2011). O la construcción del derecho al plazo razonable en las actuaciones judiciales en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También, de manera más intensa, las posturas del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en dirección de reconocer la interdependencia de los derechos civiles y políticos y los económicos y sociales.

[13] No es este el caso de los derechos fundamentales adscritos, que trabaja ALEXY, los cuales consisten en una concreción, en función de las circunstancias, de derechos claramente existentes (ALEXY, 2007). También, ha de tenerse presente cláusulas abiertas, como el art. 94 de la Constitución colombiana, que reconoce la existencia de derechos innominados.

[14] Cuando se trata de derechos fundamentales.

[15] Baste considerar el análisis de GINSBURG sobre el acceso a la justicia constitucional, que muestra que buena parte de los modelos adoptados en la tercera ola de constitucionalización, suponen un acceso abierto a todos los ciudadanos a los tribunales constitucionales (GINSBURG, 2003). Esto no significa que en todos los casos dicho acceso no implique gastos (abogados, tasas, etc.). En el caso de Colombia, la acción de inconstitucionalidad, en tanto que acción ciudadana, es gratuita.

las deficiencias conceptuales de los autores considerados (HOLLAND y EPP) son evidentes, de cara a la realidad de los ordenamientos jurídicos que salen de la directa órbita anglosajona. Además, el análisis que realizan se apoya en estudios desde las ciencias sociales, antes que jurídicos. En otras palabras, se ha seleccionado blancos fáciles de atacar.

Es posible coincidir con esta idea, de no ser porque estos autores son citados y utilizados para analizar si la conducta de los tribunales es o no calificable de activista. De ahí que fuese necesario mostrar sus límites, a fin de seguir analizando las sentencias mencionadas.

Desde perspectivas más jurídicas, hay dos tendencias encontradas. Una, según la cual no es posible calificar a un tribunal de absolutamente activista o no activista, sino que se está frente a un *continuum,* entre posiciones extremas, que difícilmente se alcanzan. Otra, que señalaría que los jueces son o no son activistas. Las tesis antes consideradas se ubicarían en el segundo grupo.

Frente al primero, tampoco hay posturas absolutas sobre qué se entiende por activismo, pero parece surgir la idea de que se trata de una «actitud» del juez frente a los otros poderes[16], que se puede rastrear a partir de indicadores, que permitirían ubicar al juez en uno u otro extremo. Muchos de los esfuerzos por establecer indicadores han sido objeto de severas críticas[17], pero son útiles para nuestro propósito. FEOLI propone los siguientes indicadores (FEOLI VILLALOBOS, 2015: 188-192), desarrollados a partir de las posturas de diversos autores:

a) Contestación de los actos de los otros poderes. Este indicador consiste en el control judicial de las normas. No es claro si la simple posibilidad de control es explicativa del indicador, pues señala que interesa mostrar el «que los jueces revierten, más allá de las razones jurídicas que pueden esgrimirse, los actos de los otros poderes».

b) Reconocimiento o expansión de derechos. En este caso, el juez establece significados de las normas jurídicas que «no se encuentran en su literalidad».

c) Uso de sentencias interpretativas.

d) Definición de políticas públicas, que se presenta «cuando en una sentencia se ordene a los otros poderes desarrollar acciones o programas, fijados por los jueces, tendentes a cubrir algunas de las necesidades de los ámbitos citados».

e) Decisiones *ultra petita*.

---

[16] En este sentido es interesante la tesis de YOUNG cuando señala que el término activista que se predica de un tribunal se refiere a su negativa de diferir a otras autoridades la definición de lo legalmente correcto (YOUNG, 2002). Con ello se pone de presente que se trata de una actitud de juez frente a otros poderes. De manera similar, ATIENZA, al debatir con FERRAJOLI sobre su concepción de la Constitución y las dimensiones autoritativas y valorativas, ofrece un ejemplo de actitud del juez. Señala que el juez Garzón actuó como un juez activista al declararse competente para investigar las desapariciones ocurridas en el periodo 1939-1951 en España, en tanto que fue «más allá de lo que razonablemente puede entenderse como "interpretar" el Derecho», mientras que al apartarse de la decisión mayoritaria en el caso *Gürtel,* no actuó de manera activista, pues se limitó a ponderar (ATIENZA, 2011: 83). El punto de vista de ATIENZA, como se verá luego, es bastante más complejo.

[17] FEOLI hace una reseña de tales críticas, basándose en los textos de COURTIS y BARAK (FEOLI VILLALOBOS, 2015: 186-187).

8. EL SEGUNDO HOMBRE DE PAJA

Si el llamado a HOLLAND y a EPP podía calificarse de una suerte de falacia del hombre de paja, ¿no ocurre lo mismo con la referencia a FEOLI? Una rápida y sencilla revisión de los indicadores mencionados en el punto anterior muestran que se está frente a un cuestionamiento, no de la actitud de los jueces, sino de una concepción del derecho y de diseños institucionales adoptados a partir de la postguerra de la segunda guerra mundial.

En primer lugar, respecto del diseño institucional, la existencia de control judicial de las normas responde a un modelo que ha tenido diversos alcances a lo largo de los últimos doscientos años. Como se anotaba antes, una de las dificultades que existen a la hora de analizar la actividad judicial es adoptar la crítica estadounidense como referente, cuando allá, debido a su diseño institucional, siempre está en juego la legitimidad de un tribunal con competencias de control normativo[18]. Esto no ocurre con la mayoría de los países, que cuentan con alguna figura de control normativo. Por el contrario, una vez se incorporan formas de control normativo, surge una competencia legítima en cabeza de los tribunales constitucionales o administrativos (o de otra índole). El ejercicio de una competencia constitucional no puede entenderse como activismo.

Ahora, es claro que este cuestionamiento, basado en un determinado modelo de organización, también se ampara en una particular concepción del principio de separación de poderes, que, quiérase o no, termina por colocar a la judicatura en un lugar secundario en el balance de poder. Las dinámicas sociales y políticas de la segunda mitad del siglo XX o, las dinámicas relacionadas con el logro de acuerdos políticos estables (CEPEDA, 2011), han conducido a la sustracción de materias a las esferas de decisión de los cuerpos políticos ordinarios. Desde un punto de vista político, además, se ha perdido confianza en la capacidad representativa de los órganos elegidos y es necesario diseñar mecanismos que garanticen dicha confianza[19] o que mantengan el acuerdo logrado en el momento constitucional (GINSBURG, 2003). Así, al juez constitucional (particularmente), se le encomiendan nuevas funciones, compatibles con la decisión conforme a derecho, de mantenimiento de la democracia misma y del acuerdo que soporta la estabilidad del sistema, así como de protección de los derechos de los ciudadanos. Claramente no se está frente al concepto de separación de poderes que surgió de las obras de MONTESQUIEU o de los documentos de *El Federalista*.

Este argumento también se dirige en contra de la idea de los fallos *ultra petita*. Si bien en el contexto de los casos con pretensiones subjetivas puntuales —por excelencia patrimoniales— es claro que la prohibición de fallos *ultra petita* puede tener sentido[20]. Pero no ocurre así con otro tipo de debates, en los cuales la naturaleza del objeto de

---

[18] Punto que puede extenderse a la doctrina británica, que hizo fuertes reparos al modelo de control de la administración por parte del Consejo de Estado francés. Sobre el particular, LÓPEZ, 2009.

[19] En esta materia resulta innovador el estudio sobre la crisis de representatividad en los países andinos. Se establece que, junto a problemas de diseño institucional, también se identifican dificultades relacionadas con «deficiencias» de gobernabilidad del Estado, que se explican dicha crisis (MAINWARING, BEJARANO y PIZARRO LEONGÓMEZ, 2006). El estudio advierte, además, que la pérdida de confianza pone en riesgo a la democracia misma.

[20] Es discutible su absoluta legitimidad cuando, como ocurre a menudo, la parte débil está condenada a «gozar» de una indebida o insuficiente defensa técnica.

discusión tiene efectos expansivos. Por ejemplo, la protección del medio ambiente no puede lograrse más que extendiendo sus efectos a toda la comunidad. También ocurre lo mismo con la protección de derechos económicos y sociales, cuya solución, salvo cuando se trate de la violación de deberes de respeto, demanda soluciones más allá de lo pedido por las partes o que afectan a sujetos distintos de los directamente solicitantes[21].

Con esto asoma una problemática que no es considerada por quienes acusan a los jueces de activistas, consistente en el desplazamiento de la centralidad de los derechos patrimoniales como paradigma de la estructura de los derechos. Baste considerar la compleja estructura de los derechos que proponen ALEXY (2007) o FERRAJOLI (2009), que va más allá de las relaciones derivadas de la tradicional concepción de la propiedad.

En segundo lugar, el concepto de derecho que parecen defender los indicadores es claramente aquel vinculado a la función judicial que propone MONTESQUIEU: el juez como boca de la ley. Al margen de discusiones provincianas sobre el *originalismo*, para el saber jurídico es claro que la fidelidad a la literalidad tiene tanto de largo como de ancho. No es este el momento para entrar a discutir sobre esta idea de interpretación, bastando retomar las palabras de GUASTINI quien señala que se trata de la teoría de la interpretación que surge de la ilustración y que:

> [E]sta teoría, que presupone la existencia, en todo texto normativo, de un sentido unívoco y susceptible de ser conocido, y que desconoce por tanto la vaguedad y lo equívoco de los enunciados normativos, al día de hoy, aparentemente no es compartida por nadie (GUASTINI, 2008: 140).

A lo anterior se puede sumar las dificultades que surgen al considerar el derecho no como un sistema de reglas, sino como uno que incorpora principios y otros elementos[22]. Difícilmente podría un juez atenerse al tenor literal de normas con estructura de principios y dictar sentencias que no impliquen el desconocimiento de otras normas. La primera sentencia analizada muestra el problema, pues no solo estaban en juego los contenidos puntuales de los artículos constitucionales, sino los principios de unidad y de autonomía territorial. Además, el argumento de la literalidad, ante cuerpos normativos densos, soslaya la problemática de las antinomias. En la sentencia, era imposible aplicar textualmente una u otra norma. Es decir, si al juez le está prohibido ir más allá del tenor literal, la solución resultaba imposible[23].

---

[21] El fenómeno es aún más amplio. Considérese las medidas los remedios judiciales contra la discriminación racional o las garantías de no repetición. En el primer caso, la protección contra el trato discriminatorio (por ejemplo, racial) no se agota en restaurar el derecho de la persona discriminada, sino que, por su naturaleza, conduce a una prohibición de realizar la misma conducta contra personas que caen dentro de la misma situación que se estima discriminatoria. Por su parte, las garantías de no repetición, como parte integrante de las medidas reparadoras, tienen efectos expansivos. Ilustrativo de ello es el principio 23 de los «Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones» (UN Doc. A/Res/60/147), que incluye diversas medidas de reparación como «el fortalecimiento de la independencia judicial» o «la educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad».

[22] Al margen del debate teórico (FERRAJOLI, 2011; AGUILÓ REGLA, 2011; ATIENZA, 2011; ATIENZA, 2017), los estudios empíricos muestran la imposibilidad de un constitucionalismo de las reglas (LÓPEZ STERUP, 2017).

[23] Imposibilidad que se comprende, de manera más clara, si se tiene presente que en el debate de control constitucional normativo (abstracto), lo que está en cuestión no es si la decisión del legislador se aplica o no a

Esto, por otra parte, encubre la idea de la supremacía parlamentaria y conduce a desnaturalizar la fuerza normativa de la Constitución y, con un grado mayor de complejidad, de los tratados internacionales en materia de derechos humanos o de derechos colectivos, como el medio ambiente. ¿Cómo hacer compatibles textos que demandan o imponen obligaciones que pueden cruzarse, al menos parcialmente? Se puede acoger uno y negar al otro, sin que pierda su validez (lo que, desde otro punto de vista, resulta inexplicable, bajo los parámetros que se cuestionan). También, como lo hizo la Corte Constitucional colombiana, armonizarlos, bajo una idea de coherencia.

Esto permite enfrentar el indicador sobre las sentencias interpretativas. Estas, muchas veces, no son más que la expresión de la manera de enfrentar y resolver conflictos normativos que, de otra manera, conducirían a la anulación o declaración de inconstitucionalidad de la norma acusada[24]. La continua anulación de normas conduce a problemas más complejos, que pueden comprometer la estabilidad del orden social. Claramente la actuación de un Estado responsable (que, recuérdese, incluye a los tribunales) no puede conducir a tales fenómenos. También, a situaciones absurdas que, dada la complejidad de la sociedad contemporánea (que no se compone de un puñado de propietarios y miles de desposeídos), pueden comprometer los intereses de diversos sectores. Baste considerar la primera sentencia analizada, pues la inconstitucionalidad del artículo demandado conduciría a una muy fuerte restricción sobre el alcance de las políticas públicas del Estado colombiano en materia minera y, probablemente, a que se «espanten» posibles inversionistas, perdiéndose la oportunidad para generar recursos para atender necesidades sociales apremiantes[25].

Finalmente está la cuestión sobre la definición de políticas públicas, en el sentido indicado de que el juez ordena a otros poderes desarrollar acciones o programas, fijados por los mismos jueces. Esta es la mayor dificultad de todas, pues evidentemente el juez pareciera desbordar sus funciones. Ahora, si de eso se trata, como se indicó antes, no se estaría frente a activismo judicial, sino ante un ejercicio de competencias inexistentes. Así, la pregunta que deberían hacerse quienes cuestionan este tipo de decisiones es si ello es expresión de una función judicial.

---

un caso. Lo que se cuestiona es si el legislador, al desarrollar la Constitución, lo hizo de manera que el resultado fuese armonioso respecto de los (coherente con) mandatos constitucionales pertinentes. Dicha armonía solo se logra si el tenor literal deja de ser el único criterio de análisis.

[24] La técnica de las sentencias interpretativas no solo se explica por lo mencionado, sino por la posibilidad de estabilizar interpretaciones, en vista a la fuerza normativa de la Constitución. Es probable que para la política sea funcional la apertura normativa que generan las vaguedades, ambigüedades e indeterminaciones en los textos normativos. Para el derecho, la certeza y la seguridad jurídica demandan la búsqueda de precisión.

[25] Mientras se preparaba este documento, comenzó una oleada de consultas municipales dirigidas a frenar proyectos mineros en distintas zonas de Colombia. Ante ello, el gremio minero de Colombia ha señalado que falta «seguridad jurídica», mientras que algunos políticos, tradicionalmente dedicados al tema minero, han advertido que, precisamente, los conflictos entre la actividad minera y los residentes de los municipios se explican por la falta de diseño y desarrollo de los planes de ordenamiento territorial [Asociación Colombiana de Minería (ACM), 2017], tensión que es objeto de las sentencias analizadas.

9. SEGUNDO ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS C-124/14 Y T-445/16

Ya se ha establecido que el efecto de las sentencias analizadas es la modificación de las políticas públicas en materia minera. Cabe preguntarse si ellas terminan por imponer a otros poderes el «desarrollar acciones o programas».

En el caso de la Sentencia C-124/14, el efecto de la decisión es imponer a quienes formulan la política pública en materia minera, la inclusión de un agente decisor adicional. De la sentencia no se desprende claramente qué tipo de acciones o programas deben desarrollarse, pero es palpable que la nueva norma que surge de la sentencia impone la obligación de ajustar el proceso de definición de zonas de explotación minera, para incluir al nuevo agente.

Es posible que se estime que esto no refleja la imposición de acciones a otros poderes, sino que se trata del efecto natural de un ajuste normativo. Así, se estaría frente a un caso de no activismo judicial. Cosa distinta ocurre con la Sentencia T-445/16.

En ella, una de las cuestiones relacionadas con el ejercicio del derecho de participación tiene que ver con la información con que cuenta la comunidad para decidir. La pregunta sugerida asumía que la actividad minera era contaminante y destructiva del medio ambiente, cosa que, ante la ausencia de información, no pasaba de ser una opinión y limitaba, según señala la Corte Constitucional, la autonomía de los votantes. Por su parte, las autoridades ambientales y mineras indicaron al juez constitucional colombiano que carecían de información sobre el impacto ambiental y social de las actividades mineras sobre los distintos territorios. Así, ni el Estado ni la ciudadanía tenían información objetiva, a partir de la cual tomar decisiones.

Ante ello, y dado el deber del Estado de que sus políticas públicas se basen en información pertinente, el juez constitucional ordenó que se conformara una comisión que realizara una investigación «oficial científica y sociológica» dirigida a precisar «los impactos de la actividad minera en los ecosistemas del territorio colombiano». Para ello contaban con un término determinado y debían acompañar el informe con un plan de investigación.

Una primera mirada a esta decisión la ubicaría en el escenario descrito de imponer a otros poderes el «desarrollar acciones o programas», diseñados por el propio juez. Es decir, podría decirse que se trata de activismo judicial. Ahora, la cuestión es si esta es una función que le compete al juez.

Buena parte del derecho occidental se ha estructurado en torno al derecho romano y, en particular, a la figura de la *reivindicatio*[26]. Esta figura tiene como eje la posibilidad de recuperar la posesión del bien perdido, sobre la base de que su derecho (titularidad) no está en cuestión. En palabras modernas, se trata de una acción de restablecimiento del (goce) derecho.

Operando bajo los derechos reales, la *reivindicatio* supone que cese el impedimento para el goce del derecho; es decir, se estructura sobre un deber de abstención, que

[26] Sobre la importancia y la evolución del derecho romano en la cultura jurídica europea (ZIMMERMANN, 2010).

el juez protege, de manera que su decisión, su *narrow case*, se limita a exigir la entrega del bien sobre el cual se ejerce el dominio (u otro derecho real), para restituir el goce. ¿Ocurre esto con los derechos en su dimensión prestacional?

Tratándose de la dimensión prestacional de los derechos, claramente el restablecimiento del goce del derecho no se traduce en un deber de abstención, sino en la imposición de un deber de acción (dar un bien o prestar un servicio). Dado esto, ¿en qué consiste la función judicial ante la insatisfacción de la dimensión prestacional de un derecho? En muchos casos, dado el contenido normativo (o, más claramente, el contenido del derecho), la obligación derivada del derecho en su dimensión prestacional colocará al juez ante la necesidad de imponer al obligado (o al responsable), la carga de «desarrollar acciones o programas»[27]. Si no existen tales acciones o programas, seguramente terminarán siendo «diseñados por el propio juez». Es posible discutir cuál debe ser el alcance de estas acciones o programas. Al margen de ello, el punto central es que es posible entender que, ante la dimensión prestacional de los derechos, el juez termina por ir más allá del *narrow case* e imponer actuaciones a otros poderes, pues no existe otra manera de restablecer el goce del derecho[28].

Con ello se revela el que, definitivamente, el grueso de la acusación de activismo judicial está basado en el apoyo a una concepción particular de los derechos y, por ende, del principio de separación de poderes. Concepción limitada a la idea la estructuración de los derechos a partir de los derechos reales y la primacía de legislador.

Esta idea nos permite volver sobre la decisión analizada. Según se expuso, la Corte Constitucional de Colombia ordenó al Estado colombiano que realizara una investigación sobre los ecosistemas colombianos. No se discute que ello fuerza la adopción de una política pública que desarrolle dicho mandato. La cuestión es si ello le compete al juez. La idea que está tras la decisión es que el derecho a decidir libremente supone que existe información suficiente para que la decisión sea informada. Es decir, solo la decisión informada es libre[29].

---

[27] *Vid.* la clasificación de ALEXY sobre posiciones consistentes en derecho a acciones positivas (ALEXY, 2007). Entre ellas ALEXY prevé la existencia de derechos de organización y procedimiento. En tales casos, el sujeto A está en posición de exigir al Estado que disponga de una organización y un procedimiento, ambos requeridos para la satisfacción de un derecho. Esta es la situación de, por ejemplo, el derecho a la educación o del derecho a acceder a la justicia. En ambos casos el Estado se ve compelido a adoptar programas (políticas públicas), para satisfacer el derecho. En la jurisprudencia colombiana se vislumbra, inclusive, un deber estatal de adoptar planes (políticas públicas), para atender casos de discriminación, entre otros (LÓPEZ STERUP, 2017). Tanto en Europa (PÉREZ ALBERDI, 2011), como en América Latina (NOGUEIRA ALCALÁ, 2009), desde hace algún tiempo se reconoce judicialmente los deberes de acciones positivas vinculadas a los derechos constitucionales o humanos.

[28] FERRAJOLI no introduce esta distinción en su análisis y, por ello, termina asumiendo la visión tradicional del principio de separación de poderes y, a partir de ella, plantea su objeción a que los jueces llenen las omisiones legislativas (FERRAJOLI, 2011).

[29] En esto, claramente se sigue la idea de la democracia deliberativa y, podría aventurarse, la Corte Constitucional apoya tesis como aquellas planteadas por HABERMAS y su ética discursiva. Ahora bien, diversos estudios han puesto en tela de juicio la posibilidad de la democracia deliberativa y el que los participantes en la política (votantes o deliberantes) se apoyen en información suficiente para decidir. Esto, claramente, pondría en tela de juicio la tesis que se deriva de la postura de la Corte Constitucional. HABERMAS ha discutido este punto y ha subrayado que las estructuras de poder mediático afectan el flujo de información y la posibilidad de una deliberación libre (y entre iguales). En su concepto, es discutible el impacto de esas condiciones, particularmente que la deliberación ocurra entre ciudadanos desinteresados y mal informados, pues los estudios muestran que, a la larga, los ciudadanos pueden formar posturas razonables frente a los asuntos públicos (HABER-

Si la tesis es cierta, cabe preguntarse si es función judicial facilitar o garantizar dicha libertad. La respuesta será negativa si los derechos se entienden exclusivamente en clave abstencional y la función judicial limitada a levantar las restricciones (es decir, enfrentar la violación de obligaciones de respeto). Será positiva si los derechos se conciben de manera más compleja, por ejemplo, en clave con el debate sobre los derechos humanos, de manera que incorporan, junto a la dimensión abstencional, una prestacional y, en esa línea, se reconoce un igual deber (o competencia) del juez para asegurar (proteger) ambas dimensiones. En suma, la acusación de violación de las competencias se basa en la concepción que de los derechos (y del derecho en general) tenga el crítico.

10. ¿NO HAY ACTIVISMO EN CLAVE JURÍDICA?

Riccardo GUASTINI, ha señalado que existe una «doctrina» del activismo judicial, soportado en «la "libre creación" del derecho constitucional por parte de los jueces, con la finalidad de adaptar los valores constitucionales a las necesidades de la vida real, que los jueces solo pueden identificar mediante sus sentimientos de justicia» (GUASTINI, 2008: 65). No se entra acá a cuestionar el planteamiento radical de GUASTINI y la introducción de los sentimientos de justicia dentro del parámetro de decisión. Interesa que este autor indica que se trata de una actitud frente al derecho, marcada por lo que él mismo caracteriza como interpretación evolutiva. Es decir, se trata de una actividad jurídica.

Ahora, BARAK, desde una tradición cercana al *common law*, entiende que dicho ajuste entre realidad y derecho es parte de la función judicial[30], como también lo plantea CEPEDA al referirse a la historia del control constitucional en Colombia (CEPEDA, 2011). En esta medida, la cuestión es cómo lo hace. El activismo judicial y la restricción judicial operan, según señala, como medios para lograr dicho ajuste (BARAK, 2006: 138). En esta línea, será activista la actividad judicial cuya manera de lograr el balance entre el derecho y la realidad se apoya en cambios en el derecho, invalidando la ley o modificando precedentes; o en «la creación de nuevo derecho que

---

MAS, 2006). Algunos autores han insistido en que la ignorancia política es más compleja. Por ejemplo, RICHEY discute la tesis de HABERMAS, mostrando que estudios empíricos dan cuenta de que condiciones psicológicas limitan la búsqueda de información por parte del ciudadano, lo que se expresa en deliberaciones basadas en prejuicios, a pesar de la posibilidad de acceder a información (RICHEY, 2012). Con todo, tales discusiones no parecen desvirtuar el punto central, el cual es el vínculo entre acceso a información relevante y la decisión y deliberación libre. SOMIN (sin que se comparta su postura sobre el voto y las funciones del Estado), al analizar empírica y teóricamente el tema de la «ignorancia política», sostiene que el votante promedio considerará más la información si sabe que su voto es decisivo en el resultado (SOMIN, 2015: 398). Con ello se confirma el vínculo mencionado y la cuestión parece ser más que el impacto de su decisión (cómo afecta dicha percepción el interés por obtener información) es el que determina cuanta o qué información se recoge. De hecho, estudios empíricos muestran que, en los procesos deliberativos, el momento en que se accede a la información relevante tiene un significativo impacto sobre el momento deliberativo, pues permite distinguir entre razones fundadas (en lo fáctico y en lo debido) y aquellas infundadas, esto es, en temores, conjeturas, prejuicios, etc. (GOODIN y NIEMEYER, 2003: 640). Esto, lejos de negar la importancia de la información para la libre decisión, la confirma.

[30] BARAK, en su análisis, hace una advertencia clave. Únicamente cabe analizar si una decisión judicial es activista o no si se estima que dicha decisión es en derecho. Ello, por cuanto de salirse de la órbita de su competencia, estaríamos, no ante activismo judicial, sino ante la invasión de otros poderes.

no existía antes», mediante interpretación constitucional o «desarrollando el *common law*» (BARAK, 2006: 139). La creación del derecho, que es la cuestión más delicada, nótese, no opera «dictando» derecho (como si fuese legislador), sino interpretando el derecho[31].

Con ello volvemos a una idea ya esbozada. En palabras de HENNING «el activismo consiste en un determinado modo de interpretación y de aplicación de la Constitución» (HENNING LEAL, 2012: 440). Pero si ello es así, lo que se califica de activismo judicial, no es más que una corriente dentro de tantas que tiene el derecho. En suma, bajo el ropaje de cuestionar la actuación judicial, en realidad se pone en tela de juicio la superación de los parámetros conceptuales de otras escuelas o corrientes jurídicas. Para comprender qué están en realidad defendiendo, una buena lectura puede ser *La Constitución del Estado Constitucional* de Joseph AGUILÓ (2004). En este texto, este autor muestra qué separa el positivismo del post-positivismo. Los primeros serían ubicados bajo el *judicial restraint* y los segundos bajo el *judicial activism*. En esta línea, más bien cabría distinguir, como lo hace ATIENZA, entre el juez activista y el juez activo. El primero sería aquel que «actúa como si el Derecho no fuera para él una práctica autoritativa, como si los materiales jurídicos no fijaran ciertos límites, dentro de los cuales él debe permanecer porque, de otra manera, ya no estaría jugando al juego del Derecho» (ATIENZA, 2017: 141). El segundo es aquel que actúa dentro de tales límites (y, claro está, abandona el formalismo jurídico) y, se ajustaría a los parámetros del post-positivismo. Límites que, en todo caso, no son iguales para todos los sistemas jurídicos (como se ha visto), sino sujetos a las condiciones particulares de cada sociedad. Es probable que en las sociedades bien ordenadas la praxis judicial se aproxime más al modelo del «*narrow case*», pues el sistema político asegura, de manera razonable, la inclusión de todas las voces y la efectiva satisfacción de las necesidades de la población. Cosa distinta es el de las sociedades poco o mal ordenadas, donde dicha inclusión o la efectividad de las medidas, está en tela de juicio (si es que son siquiera considerados estos puntos por parte del legislador o el Ejecutivo).

Finalmente, una reflexión rápida. Si se consideran atentamente los planteamientos sobre qué se entiende como activismo judicial, es claro que existe una tendencia a considerarlos como expresiones de decisiones llamadas «progresistas»; es decir, aquellas que alteran el *status quo,* muy seguramente fijado por un grupo dominante en la sociedad. Sin embargo, ¿qué ocurre cuando los jueces, de manera sistemática, se oponen a las transformaciones sociales tramitadas políticamente? El que el juez termine por resolver problemas políticos (como expresión de la judicialización de la política) no significa necesariamente que adopte posturas alejadas del *status quo*. Es altamente probable que su «activismo» se dirija a mantenerlo, inclusive en contra de las expresiones democráticas. Podría aventurarse que, ante la realidad del funcionamiento de los tribunales constitucionales en el mundo, la genuina actitud activista (por oposición al juez activo que plantea ATIENZA) sea la resistencia (terca) de los jueces y teóricos positivistas-formalistas.

[31] Asunto que, por otra parte, es bastante discutible. Si bien es incuestionable que el juez no dicta o crea derecho a la «manera» del legislador, es indudable que el ejercicio hermenéutico puede implicar una fuerte actitud creativa por parte del juez, máxime si se asume una concepción mixta sobre la interpretación (AGUILÓ, 2012).

REFERENCIAS

AGUILÓ REGLA, J., 2004: *La constitución del Estado constitucional,* Lima-Bogotá: Palestra-Temis.

— 2011: «El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 34: 55-71.

— 2012: «Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta», *Doxa,* 35: 235-258.

ALEXY, R., 2007: *Teoría de los derechos fundamentales,* 2.ª ed., traducción de C. BERNAL PULIDO, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE MINERÍA (ACM): 12 de mayo de 2017, *http://acmineria.com.co,* Obtenido de *http://acmineria.com.co/Noticia-SeguridadJuridica*.

ATIENZA, M., 2011: «Dos versiones del constitucionalismo», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 34: 73-88.

— 2017: *Filosofía del derecho y transformación social,* Madrid: Trotta.

BARAK, A., 2006: *The Judge in democracy,* Princeton: Princeton University Press.

CEPEDA, M., 2011: «La judicialización de la política en Colombia: lo viejo y lo nuevo», en R. SIEDER, L. SCHJOLDEN y A. ANGELL, *La judicialización de la política en América latina*, México D. F., Bogotá D. C.: CIESAS - Universidad Externado de Colombia, 87-120.

CLÉRICO, L., y ALDAO, M., 2011: «Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento», *Lecciones y ensayos,* 89: 141-179.

COUSO, J., 2011: «La judicialización de la política chilena: la revolución de los derechos que nunca fue»., en R. SIEDER, L. SCHJOLDEN y A. ANGELL, *La judicialización de la política en América latina*, México D. F., Bogotá D. C.: CIESAS - Universidad Externado de Colombia, 121-146.

EPP, C., 1998: *The rights revolution. Lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective,* Chicago-London: The University of Chicago Press.

FEOLI, M., 2015: «El protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial», *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte,* 22(2): 173-198.

FERRAJOLI, L., 2009: «Derechos fundamentales», en L. FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales,* 4.ª ed., Madrid: Trotta, 19-55.

— 2011: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (vol. 1, *Teoría del derecho*), Madrid: Trotta.

FRIEDMAN, L., 1969: «Legal culture and social development», *Law and society review,* 4: 29-44.

GINSBURG, T., 2003: *Judicial review in new democracies. Constitutional courts in asian cases,* Cambridge: Cambridge University Press.

GOODIN, R., y NIEMEYER, S., 2003: «When does deliberation bengin? Internal reflection versus public discussion in deliberative democracy», *Political Studies,* 51: 627-649.

GUASTINI, R., 2008: *Teoría e ideología de la interpretación constitucional,* Madrid: Trotta.

HABERMAS, J., 2006: «Politican Communication in media society: does democracy still enjoy an epistemic dimension? The impact of normative theory on empirical research», *Communication Theory,* 16: 411-426, *doi:10.1111/j.1468-2885.2006.00280.x*.

HENNING LEAL, M., 2012: «La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo: ¿Existe realmente "un activismo" o "el activismo"?», *Estudios Constitucionales,* 10(2): 429-454.

HOLLAND, K., 1991: «Introduction», en K. M. HOLLAND (coord.), *Judicial activism in comparative perspective*, New York: St. Martin's Press, 1-11.

LEMAITRE, J., y SANDVIK, K., 2015: «Shifting frames, vanishing resources, and dangerous political opportunities: Legal mobilization among displaced women in Colombia», *Law & Society Review,* 49(1): 5-38. Obtenido de *https://search-proquest-com.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/docview/1660171237?accountid=34489*.

LÓPEZ MEDINA, D., 2006: *El derecho de los jueces,* 2.ª ed., Bogotá, Colombia: Legis.

LÓPEZ STERUP, H., 2009: «El principio de legalidad, discrecionalidad y confianza legítima», en H. A. (comp.), *Manual de Derecho Administrativo,* Bogotá: Uniandes, Temis.

— 2017: *Protección judicial de los derechos sociales: El diálogo entre teoría y praxis,* México D. F.: Tirant lo Blanch.

MAINWARING, S.; BEJARANO, A., y PIZARRO LEONGÓMEZ, E., 2006: *The crisis of democratic representation in the Andes,* Stanford, Calif.: Stanford University Press.

MARTÍNEZ CABALLERO, A., 2000: «Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana», *Revista de Estudios Socio-Jurídicos,* 2(001): 9-32.

NELKEN, D., 2004: «Using the concept of legal culture», *Australian Journal of Legal Philosophy,* 29: 1-26.

NOGUEIRA ALCALÁ, H., 2009: «Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano», *Estudios Constitucionales,* 7(2): 143-205.

PÉREZ ALBERDI, M., 2011: «La jurisprudencia social del tribunal europeo de derechos humanos», *LEX SOCIAL-Revista de los Derechos Sociales,* 1: 93-105.

RICHEY, M., 2012: «Motivated Reasoning in Political Information Processing», *Philosophy of the Social Sciences,* 42(4): 511-542, *doi:10.1177/0048393111430761*.

SABA, R., 2016: *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?,* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

SIEDER, R.; SCHJOLDEN, L., y ANGELL, A., 2011: «Introducción», en R. SIEDER, L. SCHJOLDEN y A. ANGELL (coords.), *La judicialización de la política en América latina*, México D. F., Bogotá D. C.: CIESAS-Universidad Externado de Colombia, 17-38.

SOMIN, I., 2015: «The Ongoing Debate Over Political Ignorance: Reply to My Critics», *Critical Review,* 27(3-4), 380-414. *doi:http://dx.doi.org/10.1080/08913811.2015.1139283*.

UPRIMNY, R., 2011: «Prefacio», en R. SIEDE, L. SCHJOLDEN y A. ANGELL (coords.), *La judicialización de la política en América latina*, México D. F., Bogotá D. C.: CIESAS - Universidad Externado de Colombia, 13-16.

YOUNG, E., 2002: «Judicial activism and conservative politics», *University of Colorado law review,* 73(4): 1139-2002.

ZIMMERMANN, R., 2010: «Derecho romano y cultura europea», *Revista de derecho privado*, 18: 5-34.