

# ¿PUEDE LA EXPANSIÓN DEL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA POTENCIAR AL ACTIVISMO JUDICIAL?<sup>1</sup>

Can the expansion of right of access to justice increment judicial activism?

LUCIANO D. LAISE<sup>2</sup>

Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas  
lucianolaise@conicet.gov.ar

*Cómo citar/Citation*

Laise, L. D. (2020).

¿Puede la expansión del derecho al acceso a la justicia potenciar al activismo judicial?

*Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 24(1), 147-173.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc24.05>

## Resumen

El derecho al acceso a la justicia es una precondition básica para la operatividad del resto de los derechos fundamentales. Sin embargo, no pocas veces ese derecho

---

<sup>1</sup> Este artículo se inserta en el proyecto de investigación «Límites y evolución en la interpretación de los derechos fundamentales: un abordaje a partir del derecho al acceso a la justicia en la provincia de La Rioja» (PICT-2019-00088), acreditado por la Agencia Nacional de Ciencia y Tecnología de la Nación (Argentina). También se recibió apoyo del proyecto «La política con toga: un estudio del activismo judicial» (DER-60-2019), acreditado y financiado por la Universidad de La Sabana (Colombia). El autor de este trabajo agradece a Fabio Pulido, Pablo Rivas, Sergio Morales, Sergio Ceveriche, Juan B. Etcheverry y Juan Cianciardo por la discusión de algunas ideas que han modelado a la estructura de este trabajo.

<sup>2</sup> Investigador asistente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), lugar de trabajo: Departamento de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas, Universidad Nacional de Chilecito, 9 de Julio N.º 22, Chilecito, La Rioja, Argentina. ORCID N.º: <https://orcid.org/0000-0003-4249-5948>.

ha sido interpretado de una manera tal que ha implicado la expansión de prácticas judiciales activistas. Frente a ello, el examen de la influencia de la interpretación del derecho al acceso a la justicia sobre el activismo judicial que acometerá este trabajo requiere, en primer lugar, esclarecer el sentido de ambos conceptos. Posteriormente se formularán las bases de una interpretación razonable que concilie la concreción del acceso a la justicia con la efectiva vigencia de los bienes o valores comprometidos o en riesgo ante prácticas judiciales activistas; es decir, la división de poderes y el sistema de pesos y contrapesos.

### ***Palabras claves***

Separación de poderes; pesos y contrapesos; atribuciones constitucionales; examen de razonabilidad; contenido esencial de los derechos fundamentales.

### ***Abstract***

The right of access to justice is a structural precondition for actual enforcement of other basic rights. However, many times, that right actually had been interpreted in order to expand of judicial activism. Before that, an evaluation on the influence of interpretation of the right of access to justice entails to elucidate the meaning of both concepts. This article, indeed, will aim firstly at that goal. After that, I will propose the grounds for a reasonable interpretation that will harmonize the instantiation of access to justice with an actual effectiveness of constitutional goods or values compromised – or at risk – through activist judicial practices; that is, separation of powers and the system of check and balances.

### ***Keywords***

Separation of powers; check and balances; constitutional attributions; reasonableness test; essential content of basic rights.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II. EL SIGNIFICADO DEL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA: LA CONCILIACIÓN DE LA DIMENSIÓN FORMAL Y MATERIAL. III. EL SIGNIFICADO DEL ACTIVISMO JUDICIAL: UN CONCEPTO NO DEPENDIENTE DEL CONTENIDO MORAL DE LOS DERECHOS INVOLUCRADOS. IV. ¿ES EL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA UN ACELERADOR DEL ACTIVISMO JUDICIAL? V. BASES PARA UNA INTERPRETACIÓN RAZONABLE DEL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA: 1. Subjuicio de adecuación o idoneidad. 2. Subjuicio de necesidad. 3. Subjuicio de proporcionalidad en sentido estricto. 4. Subjuicio de aseguramiento del contenido esencial de los derechos involucrados. VI. CONCLUSIONES. *REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. BIBLIOGRAFÍA.*

---

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho al acceso a la justicia hace referencia a la posibilidad efectiva que disponen las personas para emplear mecanismos institucionalizados de resolución de conflictos que sean formal y materialmente útiles para la tutela de sus derechos (Errandonea y Martín, 2015). Sin embargo, no se ha de reducir este derecho a la mera facultad jurídica de hacer uso de los órganos de justicia para reclamar otros derechos o resolver conflictos.

Al fin y al cabo, como plantea Lorenzetti, el derecho al acceso a la justicia supone la apertura de canales que desembocan en la solución de un conflicto, lo cual no necesariamente conlleva la intervención de instancias judiciales (Lorenzetti, 2008: 70; Cappelletti, 1993: 287-288). Tampoco aquí se pretende afirmar que el derecho al acceso a la justicia es el único o el mejor remedio a las injusticias sociales. Con todo, los mecanismos extrajudiciales que posibiliten la concreción de los derechos, junto con un mejor y más igualitario acceso al servicio de justicia, son cuestiones que repercuten sensiblemente en la mejora de la calidad de la justicia que impera en una comunidad (Casal Hernández, 2005: 46).

Ahora bien, en este trabajo se explorará el vínculo entre la interpretación amplia del derecho al acceso a la justicia y el activismo judicial. Porque la experiencia comparada parece sugerir que existe un vínculo estrecho entre un amplio o robusto acceso a la justicia y el florecimiento del activismo judicial

(Holland, 1991: 9). En efecto, tal como lo plantea Holland, pareciera que una de las condiciones estructurales que potencia el activismo judicial es un amplio acceso al servicio de justicia (1991: 7).

Situados en este contexto de ideas, en las próximas páginas se defenderá la afirmación de que la ampliación o, mejor dicho, una interpretación extensiva del derecho al acceso a la justicia podría ser capaz de potenciar al activismo judicial, salvo que se procure conciliar la interpretación de tal derecho con valores centrales para la consolidación de un gobierno constitucional de corte democrático. Cabe aclarar que el estudio que se acometerá estará circunscrito a un sistema constitucional de control mixto<sup>3</sup>. Más específicamente, las consideraciones de este trabajo se referirán centralmente al sistema colombiano, ya que la relevancia de ese caso es tal que representa uno de los ejemplos paradigmáticos de activismo judicial a nivel mundial (Lizarazo-Rodríguez, 2011: 161).

El objetivo de esta investigación apunta a garantizar la vigencia del derecho al acceso a la justicia y, a la vez, una división de poderes y el sistema de pesos y contrapesos, dos de los pilares básicos para el equilibrio armónico de las ramas del gobierno en una democracia constitucional. Porque el acceso a la justicia se ha de garantizar no para debilitar, sino para fortalecer un gobierno basado en la constitución. El activismo judicial, en efecto, podría excusarse contingentemente; es decir, siempre y cuando ello resulte imprescindible para el mantenimiento de un gobierno constitucional. De esta manera podríamos identificar un criterio para reconocer prácticas judiciales activistas que podrían ser aceptables de aquellas que no lo serían.

El presente artículo se estructurará con una primera parte en la cual: i) se reconstruirá el alcance y el significado del derecho al acceso a la justicia, ii) luego se establecerá el significado de activismo judicial y iii) se examinará cómo el citado derecho incide sobre la potenciación o incrementos de prácticas judiciales activistas. En cuarto lugar, iv) se propondrá la práctica de un examen de razonabilidad que incorpore un cuarto paso: el aseguramiento del contenido esencial de los bienes y derechos constitucionales involucrados. Finalmente, v) se sintetizarán los principales resultados que arroje este trabajo en un apartado de conclusiones.

---

<sup>3</sup> Un sistema de control de constitucionalidad mixto combina un control concentrado en cabeza de la Corte o Tribunal Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra clase de disposición jurídica por ser contraria a la Constitución (Corte Constitucional de Colombia, 2011a, y Brewer-Carias, 1995: 9).

## II. EL SIGNIFICADO DEL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA: LA CONCILIACIÓN DE LA DIMENSIÓN FORMAL Y MATERIAL

El significado del derecho al acceso a la justicia es un problema persistente porque, como señala Rhode, una de las cuestiones centrales que suscita tal derecho consiste en que se adolece de una falta de claridad sobre lo que significa «acceso a la justicia» (Rhode, 2001: 1787). ¿Se refiere acaso este derecho a cuestiones meramente procedimentales como, por ejemplo, un acceso a asistencia letrada y a procesos capaces de resolver un caso? ¿Este derecho al acceso a la justicia comprende también el derecho a una resolución justa de una disputa jurídica o social? (Rhode, 2013: 532; Rhode, 2001: 1786-1787).

La noción de derecho al acceso a la justicia que se reconstruirá en este trabajo permitirá articular esos sentidos formales y materiales, tal como parece ser la tendencia en la doctrina contemporánea a nivel global (Rhode, 2008: 872; Grossman y Sarat, 1981: 125; Hasle, 2003: 101)<sup>4</sup>. Más aún, estamos frente a un derecho que se refiere a la posibilidad efectiva de las personas de acudir a mecanismos institucionalizados de resolución de conflictos que sean tanto formal como materialmente útiles para la tutela de sus derechos (Sarabayrouse Oliveira, 2015: 151). Se trata de un derecho que resulta tanto más relevante cuanto más se complejizan las normas e instituciones del sistema jurídico (Rhode, 2004: 375); pero, sobre todo, cuando los cambios sociales se canalizan a través de instituciones y procedimientos establecidos en tal sistema jurídico.

Así, el acceso a la justicia supone diversos aspectos, tales como la posibilidad —formal y material— de presentar acciones ante órganos jurisdiccionales, la capacidad —de las partes y de las instituciones involucradas— de impulsar el proceso hasta su finalización; y de la aptitud de este para brindar, en un tiempo útil, una decisión que conlleve la solución efectiva al conflicto bajo discusión y que, en tal caso, se asegure el ejercicio o goce de los derechos afectados y/o la reparación de la vulneración de ellos. Asimismo, tal solución efectiva también incluye todo aquello relativo a la ejecución o implementación de la decisión adoptada (Errandonea y Martin, 2015: 347). Con todo, es preciso remarcar que en el propósito del derecho al acceso a la justicia no se ve involucrado tan solo la protección de los derechos de cada ciudadano,

---

<sup>4</sup> Con todo, el sentido material del concepto de justicia que implica la noción de acceso a la justicia es una cuestión intensamente debatida (Cappelletti, Garth y Trocker, 1982: 666-667).

sino que la sociedad en su conjunto se ve afectada, de un modo u otro, por la eficacia de este derecho (Evans, 1997: 45)<sup>5</sup>.

Ahora bien, ¿cuál es el relieve constitucional del derecho al acceso a la justicia? Pues se trata de uno de los pilares centrales del Estado constitucional de derecho (Nettel Díaz, 2017: 278). Porque el derecho al acceso a la justicia se orienta directamente hacia la concreción de un sistema jurídico que asegure una eficaz, confiable y transparente aplicación de las disposiciones jurídicas a la luz de la Constitución (Fein, 2017: 278).

En efecto, como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos: «[...] en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros» (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1987: párr. 35). De hecho, el acceso a la justicia no es tanto una consigna como una prescripción dirigida a lograr una interacción significativa entre los ciudadanos y el sistema jurídico, lo que resulta ser una pieza esencial para una democracia constitucional saludable (Grossman y Sarat, 1981: 126).

La dimensión formal del derecho al acceso a la justicia —p. e., posibilidad de petición, prueba y alegato ante un tribunal competente, independiente e imparcial— se articula con su dimensión material —posibilidad de obtener una sentencia justa—, para así constituir «un precioso instrumento para la protección del ser humano y la defensa ante la acción o la omisión del Estado que vulneren o pretendan vulnerar cualquiera de los derechos reconocidos consagrados en la Convención Americana» (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003: párr. 9).

No se trata, pues, de asegurar un mero acceso formal a instancias jurisdiccionales, sino que estamos frente a un derecho a obtener una sentencia justa que efectivamente salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006: voto de Cancado Trindade, párrs. 51-52; Cappelletti y Garth, 1978: 182). Porque el aspecto formal del acceso a la justicia no es sino un instrumento para alcanzar una serie de resultados sustantivos (Cappelletti, Garth y Trocker, 1982: 666).

Aún más, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que el derecho al acceso a la justicia es uno de los elementos imprescindibles para un proceso de inclusión social (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017: párr. 46). Esto no implica defender que el derecho al acceso a la justicia sea capaz de remediar las graves desigualdades

<sup>5</sup> Rhode plantea que un apropiado nivel de acceso a la justicia debería ser una prioridad social (2004: 376).

socioeconómicas que se advierten en la región, porque tales procesos de inclusión social no parecen referirse principalmente a soluciones estructurales para erradicar la pobreza que pudieran canalizarse por medio de la implementación del derecho al acceso a la justicia.

La finalidad socialmente inclusiva del derecho al acceso a justicia, en efecto, designa a las posibilidades fácticas y jurídicas en virtud de las cuales se concreta un eficaz acceso a las instituciones que resultan capaces de garantizar —con cierta efectividad— los derechos de las personas<sup>6</sup>. Porque el reconocimiento de derechos fundamentales sería fútil si no se establecieran mecanismos que posibiliten su exigibilidad (Cappelletti y Garth, 1978: 185). Dicho de otra manera, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el derecho al acceso a la justicia es una condición necesaria, pero no suficiente, para remediar situaciones de desigualdad social y económica.

Así, el derecho al acceso a la justicia funciona como un «derecho bisagra» en cuanto permite efectivizar a los distintos derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, abriendo el camino para reclamar su cumplimiento y asegurar la igualdad y la no discriminación (Ramos, 2015: 60). Un punto de referencia sobre el significado de este derecho se puede detectar en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, la cual ha desarrollado una profusa elaboración jurisprudencial sobre el alcance y sentido de tal derecho.

El citado tribunal, en efecto, se ha afanado por argumentar que el derecho al acceso a la justicia es una precondition básica para la operatividad del resto de los derechos fundamentales (Corte Constitucional de Colombia, 2011b; 1996). Más aún, la Corte Constitucional colombiana ha ratificado tal línea jurisprudencial mediante una sentencia en la que determinó que el derecho a la administración de justicia es un requerimiento insoslayable para que tenga lugar la reparación integral de las víctimas del conflicto armado en ese país (2018). En resumen, el significado del derecho al acceso a la justicia no tiene un contenido meramente formal o procedimental.

Lo dicho anteriormente se debe, en primer lugar, a que el proceso no es una institución jurídica que se pueda compartimentalizar. Las técnicas e instituciones procesales sirven a determinadas funciones sociales (Cappelletti y Garth, 1978: 185). En efecto, cada medio procesal que instituye el sistema jurídico, incluso aquellos que canalizan que las disputas se resuelvan fuera del sistema judicial, impacta sobre el tejido social y político. De hecho, la creciente extensión del listado de derechos fundamentales reconocidos parece impulsar

---

<sup>6</sup> En efecto, se ha planteado que: «Under the rubric of inclusion, discussions focus on access to (and relative success with) economic, social, and political institutions» (Oxoby, 2009: 1135-1136).

un movimiento orientado a garantizar el acceso a la justicia para con ello materializar tales derechos (Cappelletti y Garth, 1981: xvii.).

La ampliación del elenco de derechos reconocidos quedaría en la instauración de un catálogo de buenas intenciones si no fuera porque esos derechos van acompañados de un crecimiento paralelo del derecho al acceso a la justicia. No es casual, pues, que la Corte Constitucional de Colombia, ampliamente reconocida por su profusa doctrina judicial en favor de una amplia justiciabilidad de los derechos sociales (King, 2012: 84)<sup>7</sup>, haya también desarrollado extensamente el alcance del derecho al acceso a la justicia.

No obstante, si el nivel de acceso a la justicia impacta directamente sobre el entramado de relaciones sociales y sobre el sistema político, cabría preguntarse si la interpretación del derecho al acceso a la justicia robustece prácticas interpretativas de corte activista. Más específicamente, ¿la expansión del derecho al acceso a la justicia puede funcionar como un acelerador del activismo judicial tendiente a tornar efectivos a los demás derechos fundamentales? La respuesta a tal interrogante, por supuesto, dependerá del concepto de activismo judicial del que se parta. Vayamos por partes.

### III. EL SIGNIFICADO DEL ACTIVISMO JUDICIAL: UN CONCEPTO NO DEPENDIENTE DEL CONTENIDO MORAL DE LOS DERECHOS INVOLUCRADOS

El concepto de activismo judicial presenta no pocas dificultades al momento de su caracterización. Sin embargo, resulta imposible enfrentar el reto de discutir méritos o defectos del activismo judicial sin antes ofrecer una definición de este (Anand, 2006: 87; Canon, 1982: 237; Atienza, 2019: 39). La noción más amplia de activismo judicial refiere a la intervención de un tribunal orientada a invalidar una norma de carácter general debidamente promulgada, pero sobre la base de las propias consideraciones morales del juez o tribunal (Jones, 2001: 143; Kmiec, 2004: 1463; Sowell, 1989: 2). Esto naturalmente ha sido objetado porque implicaría que el Poder Judicial invade las atribuciones conferidas al Poder Ejecutivo o al Poder Legislativo (Swygert, 1982: 439).

De esta manera, puesto que el activismo judicial conlleva discutir los límites de la rama judicial para cuestionar las acciones de los otros poderes,

<sup>7</sup> De hecho, algunos autores han sostenido que la Corte Constitucional de Colombia se ha ocupado de prescribir el cumplimiento material de los derechos sociales como una de sus máximas prioridades (Cepeda Espinosa y Landau, 2017: 147).

estamos frente a un término que supone una crítica política (Campbell, 2001: 311)<sup>8</sup>. Y, como se sabe, todos los términos que emplea la crítica política son fluidos y controvertidos. Es por ello, como bien advierte Kmiec, que resulta sencillo advertir que se utiliza el mismo término para designar conceptos sustancialmente distintos (2004: 1443).

Por ello, como bien advierte Atienza, en el contexto español calificar a un juez como «activista» supone una crítica peyorativa al trabajo judicial (2019). Y, por el contrario, en sistemas constitucionales tales como el colombiano el mote de activista más bien tiene una connotación encomiable (Cepeda-Espinoza, 2011: 1700). En tal contexto se estaría frente a una calificación positiva porque el juez activista sería quien se toma en serio lo que constituye la función esencial de la jurisdicción: la defensa de los derechos fundamentales de las personas (Atienza, 2019: 36).

Ahora bien, si el activismo judicial supone un exceso en el control jurisdiccional de la actividad de los otros poderes del gobierno, ¿qué criterio nos permitiría distinguir entre un legítimo ejercicio del control judicial de constitucionalidad y una práctica judicial «activista»? Pues, como diría Graglia, el activismo se presenta cuando se invalida una decisión de los poderes políticos que no está claramente prohibida por el texto constitucional (1996: 296).

Lo dicho anteriormente nos revela una robusta conexión entre activismo judicial y la noción de competencia<sup>9</sup>. Más en concreto, el activismo judicial presupone un concepto de competencia que implica que todo ejercicio de atribuciones por parte de los poderes políticos que no está expresamente prohibido resulta permitido. Por ende, lo que no está prohibido que decidan los poderes políticos resultaría ajeno a la autoridad de los jueces.

El punto de luz de una caracterización del activismo judicial que refiere a un control del poder judicial sobre los excesos en el ejercicio de las competencias de los otros poderes es que saca del centro de gravedad a la evaluación moral o política de los resultados interpretativos de las decisiones judiciales (Feoli Villalobos, 2015: 184). Cabe aclarar que no es infrecuente caracterizar al activismo judicial como una suerte de concepción moral o política de tintes progresistas que emplea a las disposiciones constitucionales como un medio para materializar a las aspiraciones de la llamada «justicia social» (Swygert, 1982: 439).

---

<sup>8</sup> No falta quien propone, en efecto, erradicar el uso del concepto de activismo judicial como adjetivo descalificativo para toda decisión judicial con la que se disiente (Cohn y Kremnitzer, 2005: 334).

<sup>9</sup> En un sentido similar, Castaño Peña (2013: 126).

De hecho, la atribución del mote de «activista» suele ser empleada como una crítica a los compromisos de moralidad política que asumen jueces o tribunales que se oponen a los que adoptan quienes se autodenominan como conservadores (Brown, 1986: 157; Perry, 1984: 69; Smith, 2015: 22). No obstante, también el activismo judicial es susceptible de ser caracterizado desde las coordenadas ideológicas opuestas. El giro conservador de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, en efecto, revela que se pasó de un activismo judicial de corte liberal a uno que favorecía una agenda política de raíz conservadora (Cohn y Kremnitzer, 2005: 334; McFarland, 1998: 17)<sup>10</sup>.

Frente a las anteriores dificultades, un concepto de activismo judicial que implica un control en el ejercicio de las competencias de los otros poderes parece escapar de la problemática caracterización del activismo en función de ideologías políticas o concepciones morales. No obstante, tal como plantea Kmiec, una conceptualización como la anteriormente descrita se apoya sobre una noción homogénea o uniforme sobre lo que está prohibido por el texto constitucional y, sobre todo, del rol que le cabe al tribunal supremo o corte constitucional (2004: 1465). Ahora bien, ¿las atribuciones de competencias que fueron conferidas a cada uno de los tres poderes del gobierno se enuncian solamente a través de reglas «claras y distintas», como diría Descartes<sup>11</sup>?

Las críticas al activismo judicial, en efecto, no niegan que las disposiciones y normas constitucionales se expresan frecuentemente por un lenguaje indeterminado. Lo que tales críticas sostienen, en cambio, es que la indeterminación del derecho no precisa siempre de ser resuelta mediante una decisión judicial (Goldsworthy, 2017: 249). De esta manera, el activismo judicial supone que el juez o tribunal ha tomado una decisión que se excede de las atribuciones que le ha conferido el sistema jurídico, porque precisamente no era imprescindible que él la tomara. Se asume, pues, que la atribución de competencias no puede derivarse completamente de una concepción internalista que dependa de los jueces constitucionales. Dicho de otra manera, se desvirtúa la separación de poderes si la asignación de competencias no se apoya en criterios externos a quien interpreta la extensión de tales atribuciones.

---

<sup>10</sup> Kirby sostiene que el caso estadounidense revela paradigmáticamente cómo el activismo judicial no está asociado de modo necesario con una particular agenda ideológica (1997: 1226).

<sup>11</sup> Descartes se refiere a la confiabilidad de las percepciones como fuente de conocimiento cuando habla de ideas ‘claras y distintas’. Naturalmente en el presente trabajo se utiliza la expresión ‘reglas claras y distintas’ en un sentido metafórico que alude a la antedicha noción cartesiana (1644: puntos 45 y 46).

Por ende, el problema que plantea el activismo no es tanto cuando el juez resuelve casos por medio de sus convicciones morales y/o políticas al momento de interpretar disposiciones normativas vagas. Lo que se objeta es cuando lo hace mediante una suerte de «lectura moral» de atribuciones que con suficiente claridad han sido atribuidas a otras ramas del gobierno<sup>12</sup>. En otras palabras, el asunto se complica cuando las normas de competencia se las interpreta cual si fueran principios indeterminados que expresan una determinada concepción de moralidad política. Por tanto, lo que está en juego con el activismo judicial no es ni más ni menos que la caracterización adecuada del rol del poder judicial (Perry, 1984: 71; Young, 2002: 1141).

Así, una práctica judicial activista resultaría problemática en tanto afecte a dos de los pilares básicos de la democracia constitucional: la separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos. En efecto, Jones, un acérrimo crítico del activismo judicial, reconoce que este podría tolerarse —o, mejor dicho, excusarse— de modo excepcional, pero siempre sobre la base de que se emplee para preservar la estructura fundamental del gobierno constitucional; esto es, la separación de poderes, los frenos y contrapesos, el federalismo, el bicameralismo, la independencia judicial y el control de constitucionalidad (2001: 141-142).

De esta manera, el activismo judicial solo se podría excusar contingente y excepcionalmente, caso por caso, siempre y cuando funcione como una suerte de última *ratio* para la defensa de la democracia constitucional. Porque, en definitiva, el activismo judicial resulta cuestionable tan pronto desvirtúa la función de control que el sistema jurídico le asigna al juez o tribunal que ejerce el control de constitucionalidad. Por tanto, solo se podría admitir la posibilidad de una práctica activista si se tratase de ejercer un acto de control que resulte imprescindible para salvaguardar al gobierno constitucional<sup>13</sup>.

Sin embargo, cabe aclarar que el punto de mantener la separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos no se apoya en la defensa crítica de un dogma

---

<sup>12</sup> De hecho, una caracterización similar del activismo judicial se advierte en la obra de Green, quien sostiene que el activismo judicial debería ser definido como un abuso de un poder no controlado que se ejerce por fuera de los límites de la función judicial (2009: 1222).

<sup>13</sup> Se asume aquí que los órganos de gobierno de una democracia constitucional realizan dos funciones distintas, pero interrelacionadas: i) la función gubernamental, que está a cargo del Poder Ejecutivo y de la mayoría legislativa, la cual consiste en el trazado de la política global y de todo lo necesario para implementarla y ii) la función de control, que está a cargo del Poder Judicial y la minoría legislativa, que se dirige a limitar el poder en favor de los valores y principios condicionantes de la actividad estatal (Santiago, 1999: 84).

del derecho constitucional. De hecho, algunos autores afirman que el amanecer del activismo judicial de la Corte Constitucional de Colombia, probablemente la corte más activista del todo el mundo (Landau, 2010: 321), se explicaría en virtud de un débil y frágil desarrollo de sus instituciones políticas (Landau, 2010: 321-322; Morales, 2012: 62-63). En otras palabras, el caso colombiano habilitaría una respuesta comprometida de la Corte Constitucional para adoptar decisiones que, en principio, corresponderían a los poderes políticos<sup>14</sup>.

Frente a ello cabría señalar que la función judicial no debería excederse de su ámbito de competencias porque eso podría disminuir el nivel de participación política de los ciudadanos y disminuir su sentido de responsabilidad moral al momento de controlar a los poderes políticos (Thayer, 1893: 151). De esta manera, el remedio a la ineficacia y apatía de los poderes políticos devendría en soluciones institucionales que podrían ser eficaces, pero a costa de disminuir los niveles de participación política de los ciudadanos. Por ende, el activismo judicial resultaría en una debilitación del involucramiento de la sociedad civil en los asuntos públicos, pero ello podría llegar a estar excusado, en algunos pocos casos, como si fuera una especie de «mal menor» imprescindible para mantener el gobierno constitucional a flote.

En resumen, el problema de activismo judicial consiste en que plantea una redefinición de la función institucional que el sistema jurídico le ha atribuido a los jueces. Esto llegaría al punto en que los jueces serían capaces de reformular el alcance de sus propias atribuciones o competencias, incluso cuando estas han sido clara y expresamente conferidas por el ordenamiento jurídico. Así, el activismo judicial resultaría en una reconfiguración de la misión o rol del poder judicial, lo que incluso habilitaría la invasión de competencias o atribuciones de los otros poderes del Estado. Frente a tales dificultades, en el siguiente apartado se examinará el reto de asegurar el derecho al acceso a la justicia, pero sin apelar a prácticas judiciales activistas no excusables.

#### IV. ¿ES EL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA UN ACELERADOR DEL ACTIVISMO JUDICIAL?

Si el activismo judicial potencia un desequilibrio entre los poderes del gobierno; esto es, si una práctica interpretativa de corte activista, como regla

<sup>14</sup> Se ha planteado que el reparto de atribuciones del constitucionalismo colombiano ha conllevado una excesiva concentración de atribuciones en el Poder Ejecutivo Nacional y, a la vez, un Poder Legislativo muy ineficaz, teñido por prácticas clientelares muy arraigadas (Cepeda Espinosa y Landau, 2017: 18).

general, desvirtúa la división de poderes y el sistema de pesos y contrapesos, cabría preguntarse si la interpretación del derecho al acceso a la justicia acentúa o contiene el problema del activismo judicial. O, más específicamente, ¿en qué sentido el derecho al acceso a la justicia puede funcionar como un remedio y no como un acelerador de los problemas que plantea el activismo judicial?

El derecho al acceso a la justicia, como se ha visto en el segundo apartado de este trabajo, contiene tanto una dimensión formal como material; es decir, este derecho refiere a la posibilidad efectiva de las personas de acudir a mecanismos institucionalizados de resolución de conflictos que sean formal y materialmente útiles para la tutela de sus derechos; todo esto para arribar a una decisión pública materialmente justa que solucione la vulneración de uno o más derechos (Sarrabayrouse Oliveira, 2015: 151).

Ahora bien, el derecho al acceso a la justicia también puede funcionar como un elemento tendiente a asegurar que un grupo de personas se involucren o participen en los asuntos públicos en una democracia constitucional (Abramovich, 2007: 10). De esta manera, uno de los propósitos mismos del citado derecho consiste en el impulso y reaseguro de instancias procesales dirigidas a sostener los nervios centrales de un gobierno democrático y constitucional.

El punto que se pretende subrayar es que el acceso a la justicia, como regla general, se ha de limitar a solicitar la intervención de los tribunales o cortes constitucionales en el marco de sus competencias expresa o tácitamente conferidas. Esto reintroduce el desafío de identificar o reconocer qué atribuciones han sido otorgadas de modo implícito. Si bien esto último se ha de interpretar de un modo restrictivo, se podría inferir o derivar competencias no expresamente atribuidas al poder judicial, a través de un examen de razonabilidad, tal como se desarrollará en el próximo apartado.

En cualquier caso, el reconocimiento de los límites de las atribuciones al poder judicial se dificulta cada vez más porque se va generalizando la ineficacia de los tribunales supremos o cortes constitucionales para funcionar como foro para el tratamiento de problemas políticos y sociales (Jackson, 2016: 2360). Aún más, la creciente relevancia que a nivel mundial va cobrando el principio de proporcionalidad en la doctrina y prácticas interpretativas supone una intervención cada vez más intensa de los tribunales constitucionales en el sistema político (Jackson, 2015: 3096; Jackson, 2016: 2360).

De hecho, si las soluciones a las tensiones entre derechos fundamentales se apoyan en una justificación racional, y si esto apela cada vez más al principio de proporcionalidad, especialmente a través de la aplicación de la famosa «ponderación», entonces se puede apreciar una creciente intervención de las cortes constitucionales en el sistema institucional (Benvindo, 2014: 71).

Porque lo que está en juego en la mentada ponderación supondría el esfuerzo judicial de evaluar una decisión pública en función del grado de importancia o intensidad de la interferencia en los derechos de las personas y su consiguiente afectación al bien común.

Ante el problema reseñado anteriormente, este trabajo plantea que las atribuciones o competencias implícitas conferidas tienen un alcance limitado. En concreto, se mantendrá que solo cabría derivar aquellas competencias que resultan imprescindibles para asegurar la democracia constitucional. En efecto, el acceso a la justicia debe ser tan amplio como lo que resulte necesario para asegurar los derechos fundamentales de las personas, pero todo ello sin llegar a romper con un esquema de separación de poderes, independencia judicial, y el sistema de pesos y contrapesos.

En efecto, tales elementos de la democracia constitucional suponen una división de poderes en la que las tres ramas del poder se articulan mediante funciones diferenciadas, pero todas ellas destinadas a la consecución de unos mismos y altos fines del Estado (Corte Constitucional de Colombia, 2004). La división de poderes, pues, no es un fin en sí mismo, sino un medio o instrumento dirigido a concretar una colaboración armónica de los tres poderes para alcanzar el bien común político.

Entonces, frente a la pregunta inicial del presente trabajo, la respuesta es que el acceso a la justicia es un factor que aumenta el activismo judicial, en la medida en que tal derecho se interprete extensivamente al punto de implicar que el poder judicial —en general— y los tribunales supremos o corte constitucionales —en particular— se excedan o invadan las funciones o atribuciones de las otras ramas del poder estatal.

La interpretación extensiva del acceso a la justicia, pues, resulta ser un medio cuasi imprescindible del que se ha de servir una práctica judicial activista inexcusable. Sin embargo, lo último se agrava cada vez más porque es una tendencia bastante generalizada que los tribunales supremos o cortes constitucionales pretendan funcionar cada vez más como el foro en que se dirimen los grandes problemas políticos y sociales de cada comunidad, a pesar de sus reiteradas fallas para cumplir tan alta misión (Benvindo, 2014: 81).

La adjudicación del derecho al acceso a la justicia, en efecto, supone un inevitable compromiso político en tanto no puede escapar de una discusión pública sobre lo que constituye el mejor bien de la comunidad a la luz de las disposiciones constitucionales que imperan en una determinada comunidad política (Goldford, 1990: 276). Ahora bien, una de las partes más relevantes de esas limitaciones a la deliberación política, que imponen tales disposiciones normativas, se advierte en el reparto de atribuciones y competencias que organiza la Constitución. Por ello resulta preciso limitar a la decisión judicial dentro

de su ámbito de competencias para evitar que la interpretación del derecho al acceso a la justicia desemboque en prácticas judiciales de corte activista.

Situados en este contexto de ideas, se ha de enfrentar el desafío que supone identificar las bases de una interpretación razonable del citado derecho. Con todo, esto no debe confundirse con una mera aplicación del principio de proporcionalidad, sino un test más amplio que evalúe la razonabilidad de la decisión judicial que verse sobre tal derecho. Lo cual ha de incluir el aseguramiento de los derechos fundamentales y/o bienes constitucionales bajo tensión. Sobre estas cuestiones versará el siguiente apartado de este trabajo.

## V. BASES PARA UNA INTERPRETACIÓN RAZONABLE DEL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA

La aplicación del principio de proporcionalidad sería una herramienta insuficiente para evitar que el derecho al acceso a la justicia incentive el desarrollo de prácticas judiciales activistas. En cambio, en este trabajo se propondrá una interpretación razonable del derecho al acceso a la justicia que podría funcionar como un reaseguro que aspira a superar las debilidades del citado principio de proporcionalidad.

Así, la realización de un examen de razonabilidad en buena medida se asemeja metodológicamente al test de proporcionalidad, pero incorpora un elemento adicional: el aseguramiento del contenido mínimo o esencial de los derechos y bienes iusfundamentales involucrados. Se trata de un instrumento que posibilita que los operadores jurídicos —principalmente los jueces— sean capaces de determinar si la pretensión de reclamar el derecho al acceso de justicia, en un supuesto de hecho concreto, implica el ejercicio razonable de un derecho fundamental o si, por el contrario, estamos frente a una pretensión irrazonable y antisocial (Didier, 2015: 259) que conllevaría una práctica judicial activista no justificada.

Siguiendo este hilo de ideas, la aplicación de la máxima o test de razonabilidad al derecho al acceso a justicia se desarrollará bajo la forma de tres subjuicios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, que son aplicados con diversidad de alcance e intensidad, según la naturaleza de los derechos fundamentales afectados y los bienes públicos en juego. Como es sabido, estos tres subjuicios están íntimamente concatenados y solo es posible avanzar hacia el segundo paso si se ha superado el primero y, por ende, solo se ha de proseguir hacia el tercer paso si los dos primeros han sido exitosamente franqueados. Con todo, siguiendo la línea trazada por autores como Toller (2014) y Cianciardo (1999), tal como se ha indicado

anteriormente, en el presente trabajo se adicionará un cuarto paso o subjuicio tendiente a examinar el nivel de afectación del contenido mínimo de los derechos involucrados.

## 1. SUBJUICIO DE ADECUACIÓN O IDONEIDAD

Este paso o subjuicio implica una concepción de la razonabilidad práctica que hace referencia a los fines de las disposiciones normativas. De esta manera, una práctica interpretativa será razonable, *prima facie*, si la alternativa escogida por el intérprete resulta ser el medio más apto; esto es, si se ha seleccionado el camino más eficaz y eficiente para alcanzar una determinada finalidad (Cianciardo, 2014: 26). Esto supone que el intérprete resulta capaz de especificar la finalidad de una norma jurídica y los medios que el legislador o constituyente dispusieron para alcanzar tal fin. Es preciso remarcar que tales fines deben ser legítimos y socialmente relevantes (Didier, 2015: 259). Luego, el intérprete ha de constatar si los medios disponibles son capaces de realizar tal finalidad (Cianciardo, 2010: 179; Clérico, 2015: 76).

Lo dicho anteriormente, si se aplica al derecho al acceso a la justicia, implica dilucidar cuál es el fin que persigue la norma que prescribe el deber de garantizar el acceso a la justicia y, además, si tal finalidad es constitucionalmente admisible y socialmente relevante (Didier, 2015: 259). En efecto, el subjuicio de idoneidad conlleva un subexamen dirigido a determinar si el acceso a la justicia que se reclama está orientado a concretar un bien público o a operativizar el cumplimiento de un derecho fundamental. De esta manera, el subexamen de idoneidad supone analizar si una determinada norma resulta apta para realizar un fin constitucionalmente legítimo o, por lo menos, admisible.

Pongamos un caso real para ilustrar mejor este punto. En 2003 la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió que el derecho a la justicia es un instrumento que sirve al fin de proteger al ser humano frente a las acciones u omisiones de los estados que vulneren o pretendan vulnerar cualquiera de los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003: párr. 9).

Ahora bien, cabría preguntarse, ¿es preciso asegurar la vigencia del derecho al acceso a la justicia para dotar de herramientas procesales que permitan a los justiciables poder reclamar ante violaciones o serias amenazas a la vigencia material de sus derechos fundamentales? La respuesta parece ser que la operatividad del acceso a la justicia es una precondition básica para la operatividad del resto de los derechos fundamentales, tal como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia (1996; 2011b).

## 2. SUBJUICIO DE NECESIDAD

La aplicación del subjuicio de necesidad exige determinar si la restricción de uno de los derechos o bienes involucrados pudo haber sido evitada; esto es, si podría haberse alcanzado el mismo estado de cosas que se procura, pero a través de medios menos restrictivos de los derechos en cuestión (Clérico, 2015: 76). En lo que respecta al derecho al acceso a la justicia cabría plantearse si este supone una restricción a uno de los bienes centrales de una democracia constitucional: la división de poderes. De esta manera, este paso supone evaluar la aceptabilidad de una restricción de la división o separación de poderes a la luz de un examen de los medios alternativos. Con otras palabras, se ha de analizar si la justificación a la limitación del bien afectado es excesiva; es decir, si podría evitarse o, al menos, desplegar en la menor medida posible (Clérico, 2015: 82).

En efecto, como bien señala Clérico, el subexamen de necesidad trata sobre un análisis de la relación empírica entre la medida estatal y el bien o derecho limitado (*ibid.*). A diferencia de lo que ocurre con el subjuicio de idoneidad, aquí se lleva a cabo una constatación de tipo empírica; es decir, se compara la medida escogida —o a adoptar— con otras alternativas efectivamente disponibles. En concreto, el subexamen de necesidad puede presentarse bajo alguna de las siguientes maneras:

a) *Comparación de los medios alternativos*: los diversos medios a disposición del intérprete se comparan con el resultado interpretativo que se haya adoptado en relación con el fomento de un fin constitucional legítimo. En el caso del derecho al acceso a la justicia esto nos llevaría a plantearnos el siguiente interrogante, ¿existe una alternativa disponible que fuera capaz de asegurar el derecho al acceso a la justicia que, a la vez, evita incurrir en una práctica judicial activista? Una respuesta afirmativa a esta pregunta implicaría que no sería imprescindible realizar ninguna clase de activismo judicial para con ello asegurar el derecho al acceso a la justicia.

Esto último, por ejemplo, se advierte cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina resolvió el famoso caso «Kot» (1958). En tal sentencia se expandió el ámbito de protección de los derechos constitucionales a través de la acción de amparo. Más en concreto, en «Kot» se estableció que cabía extender tal acción procesal a las acciones realizadas por particulares y no solamente a los actos de autoridades estatales —tal como disponía la entonces ley de amparo de la República Argentina—.

En el reseñado caso se puede apreciar que la Corte argentina estableció una norma jurídica que regula el alcance de mecanismos de tutela de derechos constitucionales (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 1958: consid. 6-7). La creación de tal norma procesal, en principio, correspondería al

Poder Legislativo. En consecuencia, se podría afirmar que estamos ante una decisión judicial que invadió la esfera de competencia del Poder Legislativo.

No obstante, ¿resultaba imprescindible asegurar la vigencia de los derechos fundamentales a través de una vía procesal que permita reclamar ante la violación de tales derechos por parte de particulares? ¿Existía alguna otra vía procesal idónea para proteger eficazmente frente a violaciones de los derechos fundamentales que evite una afectación a la división de poderes? Si la respuesta fuese negativa, como lo era en la Argentina del año 1958 en que tuvo lugar el citado fallo «Kot», pues entonces podríamos afirmar que resultaba imprescindible asegurar el derecho al acceso a la justicia a través de una práctica judicial activista. Y, por ende, estaríamos frente a un ejemplo de activismo judicial excusable.

b) *Comparación de la intensidad de la afectación del derecho involucrado.* Aquí resulta preciso comparar las medidas alternativas con el grado de restricción de los derechos y bienes involucrados que estas implican (Clérico, 2015: 82-83).

En el caso del derecho al acceso a la justicia esto supone examinar si acaso las alternativas disponibles inevitablemente conllevan algún grado de afectación a la división de poderes. Esto no siempre afectará en la misma medida a los poderes involucrados. En cualquier caso, una práctica interpretativa razonable del derecho al acceso a la justicia conlleva el deber de escoger aquella interpretación de tal derecho que menos restringe a los bienes en cuestión: división de poderes y sistema de pesos y contrapesos. Dicho de otro modo, el intérprete u operador jurídico tiene la carga de argumentar que la restricción escogida es la menos lesiva de los bienes constitucionales involucrados.

### 3. SUBJUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Una vez que han sido superados los juicios de adecuación y de necesidad, la máxima de razonabilidad exige valorar la proporcionalidad en sentido estricto de la medida sometida a juzgamiento. Este subjucio, tal como sostiene casi unánimemente la dogmática de los derechos fundamentales, conlleva establecer si la medida bajo examen guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar (Cianciardo, 2009: 107). Con todo, frente a lo dicho anteriormente, cabría preguntarse qué significa «relación razonable».

Situados en este contexto de ideas, el examen de proporcionalidad en sentido estricto supone dos clases de dificultades de extrema relevancia. En primer lugar, se advierten los problemas que implica la identificación, valoración y comparación de los intereses en juego. En el caso del derecho al acceso a la justicia que nos ocupa en este trabajo, ¿tienen el mismo peso los intereses que defienden una interpretación extensiva del derecho al acceso a la justicia

o «pesa» más la división de poderes como pilar estructural de toda democracia constitucional? Si no se pudiera escapar de tal dilema estaríamos, en rigor, ante una jerarquización implícita de los intereses o pretensiones en pugna (Cianciardo, 2009: 110)<sup>15</sup>.

La respuesta dominante a tal interrogante, como afirma Cianciardo, remite a un balance entre ventajas y desventajas del resultado interpretativo que se adopte (2009: 107). Con todo, tal caracterización del examen de proporcionalidad en sentido estricto no está exenta de dificultades. En primer lugar, resulta sumamente complicado determinar en qué consiste una «relación razonable».

Así, la expresión que explica tal concepto mediante un «balance entre costo y beneficios» parece designar que será razonable toda decisión que conlleve un sacrificio justificado en relación con los costos implicados. Por ende, cuanto mayor sea el beneficio que se siga de la decisión, mayor aceptación habría que predicar sobre el grado de restricción tolerable. Dicho de otra manera, esto no significa que solo cuando el activismo resultase excusable sería porque se logra un beneficio, sino que cuando es inexcusable se puede deber también a que hay un cierto beneficio por la decisión, pero no lo suficiente como para contener el mal que produce —afectación a la separación de poderes y sistema de pesos y contrapesos—.

La aludida «relación razonable» conllevaría una decisión que presupondría una escala de valor, en virtud de la cual se le asigna más o menos peso a tal o cual posición. Pero lo más preocupante es que las razones que estructuran tal decisión no resultan explicitadas. Dicho con otras palabras, si se asume que un bien público o derecho fundamental vale más que otro, eso depende necesariamente de la medida que se adopte. El problema radica en que esa medida carece de explicación o justificación normativa alguna que trascienda a los sentimientos del intérprete o a compromisos morales que este adopta, de modo generalmente no explícito, lo que lleva a asumir una jerarquización *ad casum* de tal o cual valor, bien o derecho constitucional (Urbina, 2012: 58).

En segundo lugar, incluso suponiendo que pudiéramos determinar que el fin que se busca alcanzar con un determinado resultado interpretativo es de suma relevancia institucional y, además, que el medio escogido se justificase

---

<sup>15</sup> Una crítica parecida es la que se ofrece mediante la llamada «objección de la inconmensurabilidad». Se trata de un cuestionamiento en contra del examen de proporcionalidad al momento de resolver tensiones entre derechos fundamentales. Tal crítica asume que no sería posible efectuar una comparación cuantitativa entre las ventajas y desventajas de los derechos o bienes constitucionales involucrados a través de un criterio que no dependa de meros sentimientos o convenciones sociales, por caso (Urbina, 2017: 39).

en función del peligro que pretende evitar, pues entonces estaríamos desnaturalizando el sentido mismo que animó al examen de razonabilidad (Cianciardo, 2009: 110-111). En efecto, incluso si se concede que pudiéramos afirmar la prevalencia del acceso a la justicia por encima de bienes constitucionales tales como la división de poderes o el sistema de pesos y contrapesos, esto terminaría implicando que este último bien es valioso, pero solo en tanto y en cuanto no se enfrente con el aseguramiento del acceso a la justicia.

Por consiguiente, el examen de proporcionalidad en sentido estricto conllevaría una violación de uno de los derechos fundamentales en cuestión. Más aún, la vigencia material de los derechos fundamentales terminaría estando subordinada a su no afectación a un interés estatal de suma relevancia. Así, el apropiado respeto de los derechos fundamentales descansaría en su no afectación a una «razón de Estado» (Cianciardo, 1999: 50-51). Este esquema de ideas exige incorporar un cuarto paso para superar estas insuficiencias. Con otras palabras, resulta preciso adicionar un elemento que asegure la vigencia de todos y cada uno de los derechos involucrados, en todos y cada uno de los casos posibles.

#### 4. SUBJUICIO DE ASEGURAMIENTO DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS INVOLUCRADOS

El aseguramiento del derecho al acceso a la justicia, para evitar que este derive en un incremento de prácticas judiciales activistas, requiere adicionar la garantía del contenido esencial o mínimo de los derechos fundamentales. De lo contrario, al menos en algunos casos, será posible superar el test de proporcionalidad, pero que estemos frente a una decisión o medida inconstitucional precisamente por afectar el contenido esencial de algún derecho fundamental (Cianciardo, 1999: 50-51). Dicho de otra manera, una decisión proporcionada no necesariamente es constitucional. Ahora bien, ¿en qué consiste tal garantía del contenido esencial? Pues tal contenido refiere a un núcleo inalterable de los derechos fundamentales que de ningún modo podría ser regulado, restringido o limitado (Nogueira Alcalá, 2003: 245).

La garantía del contenido esencial se puede encontrar en el constitucionalismo europeo en el art. 19. 2 de la Ley Fundamental de Bonn (1949), donde se estableció que «en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial». Siguiendo un camino semejante, la Constitución de España recoge esta garantía en su art. 53.1, que prescribe que: «Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades».

En el ámbito latinoamericano, concretamente en el caso argentino, resulta preciso mencionar como antecedente al art. 28 de la Constitución de la Nación Argentina, el cual establece que: «Los principios, garantías y derechos

reconocido en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio». Un punto novedoso para la época en que fue adoptada esa disposición constitucional, como lo remarca Linares, es que esta no parece tener un claro antecedente en la Constitución de los Estados Unidos de América (2002: 160). Se trata, en efecto, de una disposición que tiene su origen en el art. 20 del Proyecto de Alberdi, que prescribe lo siguiente: «Las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público; pero el Congreso no podrá dar ley que con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o adultere en su esencia» (1852: 219).

Ahora bien, ¿cuáles son los elementos del contenido esencial del derecho al acceso a la justicia? La especificación del contenido esencial de tal derecho ha de formularse concretamente; esto es, en el marco de un caso concreto y particular, mediante una descripción de los siguientes elementos (Toller, 2014: 168):

Fines o fin para el que se reconoce el derecho fundamental en cuestión.

Quién es su titular (sujeto activo).

Quién debe respetar o dar efecto a tal derecho fundamental (sujeto pasivo).

Contenido o descripción de la conducta involucrada por los derechos en juego.

Condiciones bajo las cuales el titular pierde su derecho, incluyendo, si las hubiera, aquellas condiciones que habilitan al titular a renunciar al derecho en cuestión.

Qué libertades y facultades de obrar disfruta el titular que demanda el derecho, incluyendo una especificación de sus fronteras, como es el caso de la determinación de sus deberes, y especialmente el deber de no interferencia y de adecuación con los derechos y libertades de otros titulares de ese derecho o de otros derechos reconocidos.

## VI. CONCLUSIONES

El derecho al acceso a la justicia es una precondition básica para la operatividad y exigibilidad del resto de los derechos fundamentales. Se trata, en efecto, del «derecho a los derechos». Porque si no se asegurase el acceso a un mecanismo judicial o extrajudicial que proteja a las personas en caso de que sus derechos hayan sido vulnerados o seriamente amenazados, pues entonces el reconocimiento de los derechos fundamentales no sería más que un catálogo de buenas intenciones.

Sin embargo, el derecho al acceso a la justicia no pocas veces ha funcionado como la excusa para la expansión del activismo judicial. De esta manera,

el citado derecho ha sido interpretado extensiva o ampliamente para impulsar propósitos políticos o morales más o menos loables, pero que conllevaban la redefinición del esquema de competencias del poder judicial o de la justicia constitucional. Con todo, el activismo judicial no resultaría necesariamente inexcusable. La defensa de valores estructurales o básicos del gobierno constitucionales tales como la división de poderes y el sistema de pesos y contrapesos podría excusar, de modo contingente, prácticas judiciales activistas.

A los fines de conciliar el derecho al acceso a la justicia y una función activa del trabajo judicial —es decir, comprometida con la vigencia material de los derechos fundamentales—, pero que no incurra en una práctica judicial activista, se ha propuesto en este trabajo la práctica del examen de razonabilidad. Tal examen supone la realización de los tradicionales i) subjuicio de adecuación; ii) subjuicio de necesidad; iii) juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Pero, además, se ha defendido la necesidad de un cuarto subjuicio de aseguramiento del contenido mínimo o esencial de los derechos fundamentales involucrados. Este cuarto paso resulta de especial relevancia porque asegurará que la práctica interpretativa no aniquile uno de los derechos o bienes iusfundamentales que se encuentren amenazados o en tensión en el caso concreto.

Siendo más específico, la incorporación del aseguramiento del contenido esencial o mínimo de los derechos o bienes iusfundamentales al examen de razonabilidad subraya que el activismo judicial pone en tensión a principios básicos de una democracia constitucional como, por ejemplo, la división de poderes. De esta manera, solo una práctica judicial activista podría estar excusada si esta resultase imprescindible para mantener tales pilares estructurales de la democracia constitucional.

En síntesis, una concepción activa, mas no activista, de la función judicial ha de articular una noción robusta del derecho al acceso a la justicia con un respeto del contenido mínimo de la separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos. Así se podrá asegurar tanto los pilares de la democracia constitucional como el acceso a la justicia y, por añadidura, la vigencia material de los derechos fundamentales.

## **Referencias bibliográficas**

### ***Jurisprudencia***

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia (2017).

- Recuperado de: <http://www.cidh.org/countryrep/Bolivia2007sp/Bolivia07indice.sp.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-268/96 (1996). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-268-96.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-246/04 (2004). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-246-04.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-122/11 (2011a). Recuperado de: [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-122-11.htm#\\_ftn121](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-122-11.htm#_ftn121)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-799/11 (2011b). Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-799-11.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-296/18 (2018). Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-296-18.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-9/87 (1987). Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1264.pdf?view=1>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso «Maritza Urrutia vs. Guatemala» (2003). Recuperado de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_103\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_esp.pdf)
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *Houssay, Abel F. A. representando a Kot, Samuel S.R.L., denuncia Kot, Juan (1958). Fallos: 241:291*. Recuperado de: <https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=habeascorpus>

## Bibliografía

- Abramovich, V. (2007). Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. *Estudios Socio-Jurídicos*, 9 (Especial), 9-33. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/454>.
- Alberdi, J. B. (1852). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Sopena.
- Anand, S. (2006). The Truth about Canadian Judicial Activism. *Constitutional Forum*, 15(2), 87-98. Disponible en: <https://doi.org/10.21991/C9ND5W>.
- Atienza, M. (2019). Siete tesis sobre activismo judicial. *Grand Place: Pensamiento y Cultura*, Julio, 39-48.
- Benvindo, J. Z. (2014). *On the Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Dordrecht: Springer. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/978-3-642-11434-2>.
- Brewer-Carias, A. R. (1995). *Sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia & Pontificia Universidad Javeriana. Disponible en: <https://bit.ly/2VS8Vqq>.
- Brown, C. (1986). Judicial Activism. *Ohio Northern University Law Review*, 13(2), 157-164.

- Campbell, T. (2001). Judicial Activism - Justice or Treason? *Otago Law Review*, 10(3), 307-326.
- Canon, B. C. (1982). Defining the Dimensions of Judicial Activism. *Judicature*, 66(5), 236-247.
- Cappelletti, M. (1993). Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement. *The Modern Law Review*, 56 (3), 282-296. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.1993.tb02673.x>.
- Cappelletti, M. y Garth, B. (1978). Access to Justice: The Newest Wave in the World-wide Movement to Make Rights Effective. *Buffalo Law Review*, 27(2), 181-292.
- (1981). Access to Justice as a Focus of Research. *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 1, ix-2.
- Cappelletti, M., Garth, B. y Trocker, N. (1982). Access to Justice, Variations and Continuity of a World-Wide Movement. *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 46(4), 664-707.
- Casal Hernández, J. M. (2005). Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia. En J. M. Casal Hernández, C. L. Roche, J. Richter y A. C. Hanson (eds.). *Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia* (pp. 11-43). Caracas: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales.
- Castaño Peña, J. A. (2013). Análisis económico del activismo judicial: el caso de la Corte Constitucional Colombiana. *Revista Derecho del Estado*, 31(2), 119-160. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n31/n31a04.pdf>.
- Cepeda-Espinoza, M. J. (2011). Transcript: Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court. *Texas Law Review*, 89(7), 1699-1706.
- Cepeda Espinosa, M. J. y Landau, D. (2017). *Colombian Constitutional Law: Leading Cases*. New York: Oxford University Press.
- Cianciardo, J. (1999). Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales. *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*, 41, 45-56. Disponible en: [http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/13887/1/PD\\_41-2\\_03.pdf](http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/13887/1/PD_41-2_03.pdf).
- (2009). *El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Ábaco.
- (2010). The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights. *Journal of Civil Law Studies*, 3, 177-186. Disponible en: <https://bit.ly/2KlwG-Bw>.
- (2014). Argumentación, principios y razonabilidad entre la irracionalidad y la racionalidad. *Dikaion: Revista de Fundamentación Jurídica*, 23(1), 11-36. Disponible en: <https://doi.org/10.5294/DIKA.2014.23.1.2>.
- Clérico, L. (2015). Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación. *Anuario de filosofía del derecho*, 31, 73-99. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5231548.pdf>.
- Cohn, M. y Kremnitzer, M. (2005). Judicial Activism: A Multidimensional Model. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence: An International Journal*

- of Legal Thought*, 18(2), 333-356. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0841820900004033>.
- Descartes, R. (1644). *The Principles of Philosophy*. London: Blackmask.
- Didier, M. (2015). El derecho a la objeción de conciencia: criterios para su interpretación. *Dikaion: Revista de Fundamentación Jurídica*, 24(2), 253-281. Disponible en: <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.5294/DIKA.2015.24.2.3>.
- Errandonea, J. y Martin, A. (2015). El acceso a la justicia en el sistema interamericano y su impacto en el ámbito interno. En H. Ahrens, F. Rojas Araena y J. C. Sáinz Borgo (eds.). *El acceso a la justicia en América Latina: retos y desafíos* (pp. 347-360). San José, Costa Rica: Universidad para la Paz.
- Evans, D. M. (1997). Access to Justice. *Liverpool Law Review*, 19(1), 37-45. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/BF02810630>.
- Fein, D. E. (2017). Access to Justice: A Call for Progress. *Western New England Law Review*, 39(2), 211-226. Disponible en: <https://bit.ly/2ytc1cm>.
- Feoli Villalobos, M. (2015). El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 22(2), 173-198. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-97532015000200006>.
- Goldford, D. J. (1990). The Political Character of Constitutional Interpretation. *Polity*, 23(2), 255-281. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/3235074>.
- Goldsworthy, J. (2017). Tom Campbell on Judicial Activism. *Australian Journal of Legal Philosophy*, 42(1), 247-255.
- Graglia, L. A. (1996). It's Not Constitutionalism, It's Judicial Activism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 19(2), 293-300.
- Green, C. (2009). An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, 58(5), 1195-1264.
- Grossman, J. B. y Sarat, A. (1981). Access to Justice and the Limits of Law. *Law & Policy Quarterly*, 3(2), 125-140. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9930.1981.tb00239.x>.
- Hasle, L. (2003). Too Poor for Rights? Access to Justice for Poor Women in Bangladesh. *The Bangladesh Development Studies*, 29 (3/4), 99-136. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/40795683>.
- Holland, K. (1991). Introduction. En K. Holland (ed.). *Judicial Activism in Comparative Perspective* (pp. 1-11). London: Macmillan. Disponible en: [https://doi.org/10.1007/978-1-349-11774-1\\_1](https://doi.org/10.1007/978-1-349-11774-1_1).
- Jackson, V. C. (2015). Constitutional Law in an Age of Proportionality. *Yale Law Journal*, 124(8), 3094-3197. Disponible en: <https://bit.ly/2V0dbXI>.
- (2016). Thayer, Holmes, Brandeis: Conceptions of Judicial Review, Factfinding, and Proportionality. *Harvard Law Review*, 130(9), 2348-2396. Disponible en: <https://bit.ly/2zjX1Ok>.
- Jones, G. (2001). Proper Judicial Activism. *Regent University Law Review*, 14(1), 141-180.
- King, J. (2012). *Judging Social Rights*. New York: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139051750>.

- Kirby, M. D. (1997). Judicial Activism. *Commonwealth Law Bulletin*, 23, 1224-1237. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/03050718.1997.9986485>.
- Kmiec, K. D. (2004). The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *California Law Review*, 92 (5), 1441-1478. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/3481421>.
- Landau, D. (2010). Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law. *Harvard International Law Journal*, 51(2), 319-378. Disponible en: <https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1566&context=articles>.
- Linares, J. F. (2002). *Razonabilidad de las leyes: el «debido proceso» como garantía innominada en la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Astrea.
- Lizarazo-Rodríguez, L. (2011). Constitutional Adjudication in Colombia: Avant-garde or Case Law Transplant? A Literature Review. *Estudios Socio-Jurídicos*, 13(1), 145-182. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v13n1/v13n1a06.pdf>.
- Lorenzetti, R. (2008). Acceso a la justicia de los sectores vulnerables. En *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia, III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas* (pp. 61-74). Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29270.pdf>.
- McFarland, S. T. (1998). The Solution to Judicial Activism. *Christian Legal Society Quarterly*, 19(1), 17-18.
- Morales, D. C. (2012). Corte Constitucional y cambios en la política pública de atención a la población desplazada por la violencia: una mirada al activismo judicial desde el enfoque institucional. *Con-Texto: Revista de Derecho y Economía*, 38, 55-86. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/3317>.
- Nettel Díaz, A. L. (2017). Acceso a la verdad y a la justicia: dos derechos humanos complementarios. *Alegatos*, 96, 277-286. Disponible en: <http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/download/165/150>.
- Nogueira Alcalá, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Oxoby, R. (2009). Understanding Social Inclusion, Social Cohesion, and Social Capital. *International Journal of Social Economics*, 36(12), 1133-1152. <https://doi.org/10.1108/03068290910996963>
- Perry, M. J. (1984). Judicial Activism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 7(1), 69-75.
- Ramos, M. (2015). Algunas consideraciones teóricas y prácticas sobre el acceso a la justicia. En H. Ahrens, F. R. Aravena y J. C. Sainz Borgo (eds.). *El acceso a la Justicia en América Latina: retos y desafíos* (pp. 57-80). San José, Costa Rica: Universidad para la Paz.
- Rhode, D. L. (2001). Access to Justice. *Fordham Law Review*, 69 (5), 1785-1820. Disponible en: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol69/iss5/11>.
- (2004). Access to Justice: Connecting Principles to Practice. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 17(3), 369-422.

- (2008). Whatever Happened to Access to Justice. *Loyola of Los Angeles Law Review*, 42 (4), 869-912. Disponible en: <https://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol42/iss4/2/>.
- (2013). Access to Justice: An Agenda for Legal Education and Research. *Journal of Legal Education*, 62(4), 531-550. Disponible en: <https://jle.aals.org/home/vol62/iss4/2/>.
- Santiago, A. (1999). *La Corte Suprema y el control político: función política y posibles modelos institucionales*. Buenos Aires: Ábaco.
- Sarrabayrouse Oliveira, M. J. (2015). Desnaturalización de categorías: independencia judicial y acceso a la justicia. Los avatares del proceso de democratización de la justicia en Argentina. *Colombia Internacional*, 84, 139-159. <https://doi.org/10.7440/colombiant84.2015.05>.
- Smith, S. D. (2015). Judicial Activism and «Reason». En L. Pereira Coutinho *et al.* (eds.). *Judicial Activism: an Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences* (pp. 21-30). Dordrecht: Springer. Disponible en: [https://doi.org/10.1007/978-3-319-18549-1\\_3](https://doi.org/10.1007/978-3-319-18549-1_3).
- Sowell, T. (1989). *Judicial Activism Reconsidered*. Stanford: Hoover Institution.
- Swygert, L. M. (1982). In Defense of Judicial Activism. *Valparaiso University Law Review*, 16(3), 439-458. Disponible en: <https://scholar.valpo.edu/vulr/vol16/iss3/1>.
- Thayer, J. B. (1893). The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, 7(3), 129-156. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1322284>.
- Toller, F. M. (2014). Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales. En J. C. Rivera (h.), J. S. Elías, L. S. Grosman y S. Legarre (eds.). *Tratado de derechos constitucionales* (pp. 107-199). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Urbina, F. J. (2012). A Critique of Proportionality. *American Journal of Jurisprudence*, 57, 49-80. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ajj/57.1.49>.
- (2017). *A Critique of Proportionality and Balancing*. New York: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/9781316796276>.
- Young, E. A. (2002). Judicial Activism and Conservative Politics. *University of Colorado Law Review*, 73(4), 1139-1216. Disponible en: <https://bit.ly/3aoBikX>.