Artículo

Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, *28*(56), 2027, e21108
e-ISSN: 2448-4881
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

El frágil equilibrio entre democracia, *rule of law* y derechos humanos frente al desafío del populismo

The Fragile Balance Between Democracy, the Rule of Law, and Human Rights in the Face of the Challenge of Populism

Juan **Cianciardo**

https://orcid.org/0000-0003-3719-2512
Universidad de Navarra. España
Correo electrónico: jcianciardo@unav.es

Recepción: 13 de marzo de 2026
Aceptación: 22 de julio de 2026
Publicación: 2 de octubre de 2026

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108

Resumen: Este trabajo analiza el impacto del activismo judicial en el equilibrio del Estado constitucional contemporáneo, con un enfoque particular en el contexto latinoamericano. El punto de partida es el "desencanto" que se detecta dentro de la cultura de los derechos, caracterizado por lo que algunos autores denominan el "constitucionalismo líquido" o la "obsolescencia de los derechos". Una de las causas de esta crisis parecería estar en la actuación desafortunada de los tribunales con jurisdicción constitucional. Con vistas a profundizar en este diagnóstico inicial, en el artículo se clarifica la distinción entre la discrecionalidad judicial, considerada una herramienta inevitable y necesaria debido a la textura abierta del lenguaje jurídico y la presencia de principios, y el activismo judicial, definido como una alteración deliberada que hacen los jueces de su propia regla de competencia, orientada a alcanzar la que consideran es la solución "más justa" del caso que deben resolver. La contribución original del estudio reside en proponer el "populismo judicial" como una modalidad específica de activismo. Este se define por el empleo de la función jurisdiccional como una herramienta para la construcción y preservación del poder populista, justificando la intervención judicial como una técnica para evitar que el *rule of law* restrinja indebidamente el componente democrático o los derechos humanos.

Para validar esta propuesta, se estudian dos casos de la jurisprudencia latinoamericana sobre la reelección presidencial: la Sentencia C-141 de 2010 (Colombia), identificada como un caso de activismo no populista, donde la Corte impuso su visión de justicia procedimental y sustancial para frenar una reforma, y alegó la defensa de la "identidad constitucional", y la Sentencia 0084/2017 (Bolivia), calificada como populismo judicial, donde el tribunal "creó" un inexistente derecho humano a la reelección indefinida para complacer las exigencias del

poder político, debilitando así los cimientos del Estado de derecho. El trabajo concluye que el populismo judicial representa una amenaza crítica al Estado constitucional al reconocer a los jueces no como servidores del derecho, sino como instrumentos de una lógica que erosiona la naturaleza subsidiaria de la función judicial frente al legislador.
Palabras clave: discrecionalidad; activismo; populismo judicial; interpretación constitucional; derechos humanos; razonabilidad.

Abstract: This paper analyzes the impact of judicial activism on the contemporary constitutional State, focusing on the Latin American context and taking as its starting point a certain current "disenchantment" with the culture of rights. The study distinguishes between judicial discretion—necessitated by the openness of legal language and the presence of legal principles—and activism, defined as the deliberate alteration of jurisdictional rules to impose the solution the judge deems "fairest." The article's original contribution is the conceptualization of "judicial populism": a modality of activism that utilizes jurisdiction to build or preserve political power, under the pretext that the *rule of law* should not restrict democratic will or human rights.

To validate this thesis, two cases regarding presidential reelection are contrasted: Judgment C-141/2010 of the Constitutional Court of Colombia, identified as a case of non-populist activism where the Court halted a reform citing the defense of "constitutional identity"; and Judgment 0084/2017 of the Bolivian Plurinational Constitutional Tribunal, identified as a case of judicial populism, as the court "created" a non-existent human right to indefinite reelection to favor the incumbent power. The article concludes that judicial populism represents a critical threat to the Rule of Law. By transforming judges into political instruments rather than servants of the law, the subsidiary nature of the judicial function is eroded, and the very structure of constitutionalism is weakened.
Keyword: judicial activismo; judicial populism; constitutional interpretation; human rights; reasonableness; discretion.

I. Introducción

1. *Planteamiento general*

Si el asombro y las situaciones límite son el origen del filosofar, habría que reconocer que hay algo de asombro y de situación límite en las efemérides. Con frecuencia son ocasión para análisis más reposados, para un pararse a pensar que facilita un balance de lo recorrido y un pronóstico de lo que queda por recorrer. En los últimos años se fueron produciendo algunos aniversarios relevantes para los derechos humanos (la declaración universal, la Ley Fundamental de Bonn, la Constitución Española, la reforma de la Constitución argentina…). Y como consecuencia de ellos, no faltaron trabajos individuales o colectivos en los que se hizo una descripción de lo

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

ocurrido durante esos años, análisis históricos o intentos de evaluar la suerte corrida por los derechos a lo largo del tiempo analizado (Zambrano, 2019).

Entre los diversos trabajos que aparecieron buscando un balance o juicio de conjunto, quisiera detenerme en dos que han procurado hacer una evaluación de las consecuencias, positivas y negativas, del desarrollo del discurso jurídico acerca de los derechos. Con "discurso jurídico" pretendo distinguir estos trabajos de otros que se han dedicado al examen —en el sentido de evaluación que tiene la pretensión de trascender la sola descripción—[1] de los derechos como fenómeno moral, político o incluso religioso. Los selecciono por su actualidad, porque el segundo remite al primero, y porque, en mi opinión, son buenos trabajos: hay ideas frescas, son críticos sin ser catastrofistas, y tienen un aparato crítico sólido. Como se verá, tienen en común el señalamiento de un peligro: el discurso de los derechos tal como es desarrollado actualmente puede conducir a que los derechos acaben perdiendo su atractivo central. Los dos autores abandonan —o matizan— la caracterización general tan positiva con la que solía hacerse referencia a los derechos humanos años atrás, como por ejemplo lo hacía Carlos Nino (1989) en las primeras palabras de Ética y derechos humanos:

> Es indudable que los derechos humanos son uno de los más grandes inventos de nuestra civilización. Con esta afirmación quiero destacar varias cosas: en primer lugar, que el reconocimiento efectivo de los derechos humanos podría parangonarse al desarrollo de los modernos recursos tecnológicos aplicados, por ejemplo, a la medicina, a las comunicaciones o a los transportes en cuanto al profundo impacto que produce en el curso de la vida humana en una sociedad; en segundo término, que tales derechos son, en cierto sentido, "artificiales", o sea que son, como el avión o la computadora, producto del ingenio humano, por más que, como aquellos artefactos, ellos dependan de ciertos hechos "naturales"; en tercer lugar, que, al contrario de lo que generalmente se piensa, la circunstancia de que los derechos humanos consistan en instrumentos creados por el hombre no es incompatible con su trascendencia para la vida social. (p. 1)

El primer trabajo al que me referiré fue escrito por Ignacio Villaverde Menéndez. Según este autor, vivimos en un "constitucionalismo líquido", caracterizado por "un paulatino proceso de disolución del contenido consti-

[1] Aunque, como es sabido, en toda descripción hay también valoración (Finnis, 2026, 3-18). Se volverá sobre esto más adelante.

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

tucionalmente declarado de los derechos fundamentales de la Constitución Española" (Villaverde Menéndez, 2018, p. 532). Nos encontraríamos, sostiene, asistiendo al surgimiento de un nuevo modelo:

> la edad gloriosa, si alguna vez la hubo, del Constitucionalismo ha sido la del Constitucionalismo sólido, donde no se albergaba duda sobre lo que es una Constitución y lo que la Constitución dice, sobre la evidencia de sus normas, incluso allí donde hallar sus reglas ha planteado dificultades en su interpretación. Pero hoy, en el siglo XXI, el paradigma resulta ser otro, y la Constitución Española no es ajena a este hecho. (Villaverde Menéndez, 2018, p. 548)[2]

En el nuevo modelo, la Constitución ha mutado, ya no es "una norma sólida, superior a todas, formalmente identificable y distinta a otras, que contiene reglas constitucionales, no por lo que regulan, sino por su posición respecto de las demás, de la que gozan únicamente por estar en ella" (Villaverde Menéndez, 2018, p. 546).

Esta mutación, continúa este autor, ha sido provocada a su vez por otra transformación: la de los derechos fundamentales, que han dejado de ser "reglas" y han pasado a ser interpretados como "principios". Ha retornado, dice Villaverde Menéndez, con algo de sorpresa, el iusnaturalismo y se ha disuelto la "positividad de los derechos". Según sus propias palabras,

> el derecho natural del nuevo milenio son los derechos fundamentales, que, en vez de servir a la expulsión del factor humano en ciertas esferas de la vida, sirve a su incorporación a través de la definición del contenido de cada derecho al albur de su sustancia única y común revelada por los tribunales en un diálogo constante y al margen de la literalidad de sus respectivas Constituciones; en otras palabras, puro voluntarismo jurídico. La primera consecuencia de este proceso de mistificación es, por un lado, la imposibilidad de su dogmática y la importancia de su interpretación constitucional conforme para que los derechos en cada Estado sean lo que el pueblo ha querido en voz del constituyente (una ficción, que si no la creemos, simplemente destruimos la base democrática del sistema), y no lo que, en definitiva, quieren los jueces en un evidente uso alternativo de los derechos sujetos a sus querencias dogmáticas; y la otra el aban-

[2] Me ha sugerido Lucas Arrimada en un comentario a una primera versión de este trabajo que esa "edad gloriosa" a la que se refiere Villaverde Menéndez no existió. Hubo, quizá, en su opinión, un constitucionalismo menos inconsistente y más homogéneo, pero no "sólido". Sobre este tema, cfr., en general, el ya clásico (Zagrebelsky, 1995).

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

> dono de una teoría general jurídica ahogada en un discurso teórico que termina por reducir los derechos a una mera buena razón para argumentar la solución arbitrista de un conflicto. (Villaverde Menéndez, 2018, pp. 550-551)

El agente que según Villaverde Menéndez ha llevado adelante este proceso pernicioso y peligroso para la democracia y los derechos es el Poder Judicial, abocado no a la tarea que "le es propia: interpretar el precepto que contiene el derecho fundamental para extraer de él las reglas jurídicas que componen su norma constitucional", sino a otra distinta: crear "normas iusfundamentales a partir de esa sustancia única que comparten los distintos sistemas constitucionales occidentales (mejor decir, europeos) que únicamente aluden a la Constitución nacional como un simple pretexto para decidir" (Villaverde Menéndez, 2018, p. 551).

El segundo trabajo al que me refería al comienzo es del profesor Ángel Gómez Montoro (2019). Se titula "La obsolescencia de los derechos". Este autor se pregunta

> hasta qué punto los derechos fundamentales, como categoría dogmática con perfiles bien precisos desde el nacimiento del constitucionalismo, sirven para dar a lo que hoy muchos esperan de ellos. No es solo ya que exista una inflación en el discurso de los derechos, sino que, además, se pretende que cumplan funciones que difícilmente pueden realizar, al menos sin desvirtuar su naturaleza o sin sacrificar otros de los elementos clave del constitucionalismo a los que los derechos han estado unidos: la división del poder y la primacía del Parlamento. (p. 52)

La respuesta a esta interrogante es negativa: los derechos no servirían para alcanzar lo que con ellos se pretende. Nos encontraríamos, por ello, frente al riesgo de la obsolescencia de los derechos, que tendría como causas

> la extensión inmediata y directa de los derechos a las relaciones privadas, la pretendida eficacia directa de los derechos sociales y la coexistencia de tribunales internacionales de derechos humanos cuyas decisiones pretenden imponerse con independencia de los términos en que los derechos vienen regulados por el derecho interno, Constitución incluida. (Gómez Montoro, 2019, pp. 47 y 72)[3]

[3] Un desarrollo del último elemento, con relación al Caso Verein Klimaseniorinnen Schweiz y Otros contra Suiza, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 9 de abril de 2024, en Acosta Massó 2025. Más ampliamente, Acosta-Massó (2025, pp. 215-245).

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Un repaso de estos y otros trabajos recientes sobre derechos humanos lleva a una conclusión a primera vista sorprendente: a lo largo y a lo ancho de la "cultura de derechos" (Cianciardo 2020, pp. 159-186)[4] se ha ido extendiendo una sensación de decepción, un inocultable desencanto.[5] La causa probablemente central podría tal vez ser la siguiente: los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos —que son quizá el rasgo más sobresaliente de esa "cultura de derechos"— han visto la luz con la pretensión de preservar y promover la democracia, los derechos humanos y el *rule of law*.[6] El equilibrio entre estos ámbitos o componentes —requisito sin el que no resulta posible asegurar el respeto de la dignidad humana, finalidad última de esos sistemas— se encontraría en nuestros días quebrado o, como mínimo, en grave riesgo (López Aguilar 2025, pp. 138-140),[7] como consecuencia de un deterioro del *rule of law* a manos de una exacerbación del elemento democrático que emplea al discurso de los derechos como instrumento.

Otra conclusión tal vez menos compartida que las anteriores pero que va ganando adeptos es incluso demoledora: mediante esta instrumentalización, los derechos humanos no sólo no han dado plenamente aquello que prometían y no alcanzaron a satisfacer las expectativas que se pusieron en ellos, sino que han dejado de ser garantías de la propia democracia que los emplea y del Estado de derecho, y se han convertido en uno de sus peligros principales.

---

4 Se exponen allí los que se consideran son los rasgos centrales de la "cultura de derechos". Una aproximación más actual y muy sugerente en Zambrano (2026, pp. 15-37).

5 Señala Böckenförde, tomando a Bettermann, que asistimos a una "hipertrofia de los derechos fundamentales" (Böckenförde, 2017; la cita de Bettermann en 1988, p. 49). Cfr., más recientemente, Machín Mezher 2025, 58-88, o la idea de "derechos frágiles" en García López (2026). Una propuesta acerca de la medida en la que esto último podría tener impacto en el Estado de Derecho, en Zambrano (2024, pp. 96-105).

6 Haciéndose eco de las dificultades crecientes que genera esa necesidad, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas adoptó el 26 de marzo de 2015 la resolución 28/14, mediante la que estableció un "Foro sobre derechos humanos, democracia y Estado de Derecho", con el objetivo de "proporcionar una plataforma para promover el diálogo y la cooperación en cuestiones relativas a la relación entre estos ámbitos" e "identificar y analizar las mejores prácticas, los retos y las oportunidades para los Estados en sus esfuerzos por garantizar el respeto de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho". Resolución 28/14 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia", A/HRC/RES/28/14 (26 de marzo de 2015). https://undocs.org/es/A/HRC/RES/28/14.

7 *Cfr.* sobre las dificultades del intento, Arrimada (2011).

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

A lo largo de las páginas próximas se intentará explicar cómo y por qué se ha producido la instrumentalización (o apropiación) mencionada. El argumento que se expondrá en el presente trabajo puede ser resumido del siguiente modo: si bien la expresión "populismo judicial" se ha hecho presente en la literatura académica reciente, su uso es aún escaso y no suele tener en cuenta su desarrollo práctico en el populismo latinoamericano. En este trabajo se propondrá que lo dicho obedece a la dificultad que tiene el concepto de populismo,[8] primera parte de la expresión, y "populismo judicial", como expresión completa, en este último caso cuando se la une o asocia a los conceptos de discrecionalidad y de activismo. A lo largo de las siguientes páginas se pretende arribar a un concepto de populismo judicial útil para identificar problemas de la praxis jurisdiccional latinoamericana e intentar resolverlos. El trabajo se estructurará en las siguientes partes o secciones: *a)* una primera parte en la que se tratará el concepto de discrecionalidad, de la que se afirmará, siguiendo un punto en el que existe un acuerdo amplio en la literatura sobre el tema, que es inevitable e incluso, en alguna medida, deseable (Etcheverry, Endicott, Barak); *b)* un segundo momento en el que se expondrá y se criticará el concepto de activismo. Como se verá, trabajos recientes lo vinculan correctamente con la alteración deliberada por parte de los jueces de la regla de competencia, pero afirman, a nuestro juicio equivocadamente, que el fin que persiguen los jueces activistas no debería influir en la definición de activismo (Rivas Robledo, Pulido). Aquí se sostendrá que sin esa referencia a fines la definición de activismo se torna un regreso al infinito (Zambrano, Viola), puesto que las normas de competencia son también objeto posible de una interpretación activista —además de que buena parte del uso del término activismo guarda relación con ciertos fines (ideológicos, culturales, etcétera) perseguidos por los jueces, incluso cuando lo hacen dentro de su competencia. El hecho de tener competencia para algo no quiere decir que sea conveniente ni deseable su ejercicio, pues ello puede poner en jaque el *rule of law* (*v. gr.*, el poder de veto del rey...)—; *c)* la tercera parte estará dedicada a proponer que el populismo judicial es un tipo de activismo: concretamente, el que los jueces ponen en marcha con vistas a debilitar el *rule of law*, a través de la exacerbación del peso del elemen-

[8] Según Paul Taggart, el populismo "posee una esencial ausencia de algo palpable, es un embarazoso concepto escurridizo [...] oscila entre un gran significado y una vaciedad conceptual fundamental" (Taggart, 2000, p. 1). Esto ha conducido, según Fernando Vallespín y Máriam Bascuñán, a que "casi todos los trabajos académicos sobre el populismo (comiencen) advirtiendo de la dificultad de su definición" (Vallespín & Bascuñán, 2017, p. 41).

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

to democrático mayoritario o, según sea el caso, de los derechos humanos. Esto último suele darse a través de un uso ideológico de la distinción entre principios y reglas (Cianciardo, 2003), del principio de proporcionalidad (Cianciardo, 2010) o del principio de razonabilidad (Cianciardo, 2014). Es decir, a través de un uso deliberadamente ambiguo, opaco o directamente irrazonable de herramientas que han surgido y se han ido consolidando dentro del Estado constitucional. En el trabajo se incidirá especialmente en el principio de razonabilidad. Para dotar de mayor claridad a la propuesta y validar sus conclusiones se acudirá a ejemplos de la jurisprudencia constitucional latinoamericana. Esto último contribuirá a intentar clarificar lo que el punto b) dejará abierto: la difícil distinción entre las referencias a fines que son respetuosas de la discrecionalidad y las que no lo son. Se tendrá en cuenta, en este sentido, que el rol de los jueces en la tarea de determinación es subsidiario al de los legisladores y cuando ellos no respetan ese rol subsidiario se están extralimitando.

2. *Algo de contexto*

No es sencilla la conceptualización del populismo político. Existe un abanico amplio de definiciones acerca de lo que el populismo es que coinciden en puntos a los que no siempre es fácil reconocerles relevancia. Se trata, sin embargo, como señaló Carlos I. Massini Correas, de un fenómeno de moda en Iberoamérica: se han publicado varios libros a su favor (E. Laclau, 2005), o en su contra (Wiñazki, 2015; Zanatta, 2015). En general, estos libros se centran en las versiones iberoamericanas del populismo, surgidas bajo la inspiración del modelo chavista.[9] Otros trabajos también relativamente cercanos en el tiempo, como *Populisme. Les demeurés de l'histoire*, de Chantal Delsol (Delsol, 2015), se centran en los movimientos populistas de derecha europeos, tales como el Frente Nacional francés, *Forza Italia* de Berlusconi, el partido Ley y justicia de los hermanos Kaczynski en Polonia y el movi-

[9] Andrés Benaventa Urbina había ya analizado en 2005 cómo lo que él llama "populismo radical" en América Latina representaba una amenaza directa a la estabilidad de los sistemas democráticos regionales. El autor describía de qué modo estos movimientos instrumentalizan el descontento social y las crisis económicas para confrontar las instituciones mediante movilizaciones que suelen derivar en violencia. Se refería, concretamente, a los casos de Bolivia y Ecuador, donde la presión de estos grupos provocó colapsos institucionales y cambios abruptos de gobierno. Se identificaba allí como rasgos clave el discurso antipolítico, el caudillismo carismático y el rechazo a las políticas de libre mercado (cfr. Benavente Urbina, 2005)

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

miento de Jörg Haider en Austria. También se podría sumar a este grupo, sostiene Massini, a los denominados "comunitaristas" estadounidenses, liderados por Mary Ann Glendon (Glendon & Alvira, 2014), Robert Bellah (2012), y el canadiense Charles Taylor (1994).

La dificultad a la que se aludió deriva, en buena medida, de la variedad de actores políticos que son calificados o se califican a sí mismos como populistas, y por el despliegue sincrónico y diacrónico de esa variedad. En mi opinión, sin embargo, existen cuatro notas centrales o fundamentales que permiten una adecuada aproximación:

1) La emergencia de una nueva categoría política que se presenta transversalmente a las anteriores. "Categoría" no significa en este contexto ideología, sino "lógica de acción política": "más importante que los contenidos doctrinales son aquí las fórmulas o estilos de los que hace uso, la retórica empleada, y la manera en la que aspira a hacerse con la hegemonía. Por eso puede hablarse de un populismo de izquierdas y otro de derechas. Si los contenidos ideológicos jugaran un papel central esta distinción no sería posible, o lo sería al precio de perder precisión semántica" (Vallespín & Bascuñán, 2017, 55). Ernesto Laclau es sin dudas el autor que ha hecho más énfasis en este aspecto.
2) La circunstancia de que esa emergencia ocurra como reacción a un proceso de brusco cambio social, que muchas veces consiste en una crisis más o menos generalizada o la produce como una de sus consecuencias. Es en este contexto de cambio en el que las ideas populistas se proponen como una panacea capaz de revertir la situación (Vallespín y Bascuñán 2017, 55).
3) La eliminación o pérdida de significación de instancias intermedias de representación, en conexión con una descripción dramática de la situación que se atraviesa, la elección de uno o varios antagonistas a los que se achaca la responsabilidad en la generación de esa situación, la apelación al "pueblo" como elemento totalizador y el surgimiento de un líder carismático al que no pocas veces se le atribuyen capacidades y competencias fueras de lo común (Vallespín & Bascuñán, 2017, p. 55).
4) La crítica al *rule of law*, que desde el punto de vista institucional se concreta en varias direcciones que se adoptan tácticamente según cuáles sean las circunstancias sobre las que se opera: *a)* la pérdida de relevancia del Poder Legislativo (dentro de un contexto general de cuestionamiento de la representación política en aras de transferir poder a "asambleas

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

de base", lo que muchas veces, paradójicamente, conduce a un decisionismo radical); *b)* la desconfianza en los organismos burocráticos de control de la acción gubernamental (*ombudsman*, defensor del pueblo, etcétera); *c)* la crítica del Poder Judicial, que sigue dos direcciones antagónicas: *c´)* la exacerbación del legalismo (el caso de *Forza Italia*); *c´´)* la cooptación del Poder Judicial mediante su depuración ideológica y la incorporación a sus filas de adeptos a la causa (algunos ejemplos del neoconstitucionalismo relativista latinoamericano).

Dentro de este contexto, corresponde plantear que aquí se propone y asume la existencia de dos acepciones de "populismo judicial": *a)* la que tiene como referencia la política respecto del Poder Judicial que desarrollan gobiernos populistas. Dos ejemplos son la Constitución boliviana y su establecimiento de la elección popular de los jueces (Asbun, 2025), por un lado, y la reforma de la justicia impulsada por Andrés Manuel López Obrador en México, por otro (Gargarella, 2025; Espinosa Licón, 2025; González Madrigal & Lovilchin Mendoza, 2025). Se trata de normas que buscan reformar los procesos de designación y remoción de jueces para "democratizarlos"; *b)* la que se refiere a la actuación de los jueces que se consideran o son considerados populistas. Es un activismo que se caracteriza por su fin: el servicio a la causa populista. En el trabajo me enfocaré en esta segunda acepción o dimensión, aún muy poco explorada.[10] La primera excede los propósitos de este trabajo. Baste con decir, muy apretadamente, que su desarrollo suele ir de la mano de otras acciones destinadas a disminuir o atenuar la intensidad del *rule of law*, con consecuencias que pueden llevar a la destrucción del Estado constitucional, aunque no en todos los casos.[11]

---

[10] La profesora Sonja Grover, de Lakehead University, Canadá, ha coordinado recientemente un volumen en el que se exponen lo que se consideran algunas aplicaciones concretas de lo que podría denominarse "populismo judicial", aunque con una explicación general demasiado breve del concepto (Grover, 2023).

[11] Según Akritas Kaidatzēs, el populismo no siempre es incompatible con el constitucionalismo. En su opinión, no hay una única relación entre populismo y constitucionalismo, sino múltiples, dependiendo del tipo de populismo: algunas variantes, especialmente las autoritarias y excluyentes, pueden erosionar la democracia constitucional, mientras que otras, más democráticas e inclusivas, podrían incluso revitalizarla. Este autor ha expuesto esta idea, reivindicatoria de un cierto tipo de populismo, en varios trabajos recientes (Kaidatzēs, 2022; 2024a; 2024b, 3-21). Otros autores han intentado esto mismo desde la Filosofía política. Cfr., por ejemplo, Laclau, 2006. Una crítica a la viabilidad de estas propuestas por sus consecuen-

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

II. El concepto de discrecionalidad

Puede quizá considerarse al activismo como una de las fuentes principales de la decepción a la que se aludía en el epígrafe anterior, aunque Villaverde Menéndez y Gómez Montoro no empleen este concepto en sus trabajos. Por otra parte, más allá de lo dicho, existe un consenso más o menos extendido y en todo caso creciente en admitir que el activismo judicial parece estar relacionado con los peligros que afronta el logro del objetivo de "tomarse en serio" los derechos. Esto conduce a la necesidad de que nos preguntemos qué es el activismo, cuáles son sus notas centrales, y cómo diferenciarlo de un ejercicio no activista de la función judicial. Se trata de preguntas de no fácil respuesta.

Comenzaremos con la descripción de un marco conceptual dentro del que esas preguntas se insertan. Nos plantearemos, en concreto, qué es la discrecionalidad judicial. No trataremos todo el debate sobre el tema, porque no constituye el objeto del argumento que se pretende desarrollar, aunque nos aproximaremos a él. Juan B. Etcheverry, a quien se seguirá en este punto, explica que el abandono del formalismo jurídico, producido luego de las críticas duras que recibió en la segunda mitad del siglo XIX, pudo conducir a la idea de que no había otra alternativa que la irracionalidad o la arbitrariedad. "Sin embargo, existe al menos la posibilidad de que los jueces interpreten y apliquen el Derecho de forma discrecional" (Etcheverry, 2014). El formalismo y el logicismo fueron demolidos por el reconocimiento de que los sistemas jurídicos contienen lagunas y antinomias, y que el lenguaje jurídico es en no pocas ocasiones vago, impreciso, oscuro. La laguna se produce cada vez que el derecho positivo no proporciona una respuesta al caso que debe resolverse. Esto ocurre tanto cuando no existe ninguna respuesta como cuando, ocurre más frecuentemente, existen dos o más respuestas posibles. Si esas dos o más respuestas conducen a resultados contradictorios, estamos ante una antinomia.

La falta de respuesta y la existencia más de una respuesta no plenamente coincidentes conlleva inevitablemente la imposibilidad de resolver el caso dentro del marco estrecho que proporciona la norma. Algo similar ocurre con las antinomias: la pretensión logicista de resolverlas de manera mecánica mediante los criterios de jerarquía, especialidad, competencia

---

cias sobre el Estado de Derecho en Cianciardo (2019). Una crítica más reciente e interesante en Müller (2021, 2026).

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

y temporalidad se enfrenta a dos obstáculos: el primero es que puede haber una antinomia respecto de normas que son idénticas en su jerarquía, especialidad, competencia y temporalidad (es lo que ocurre con los principios jurídicos), el segundo, igualmente complejo, es que la aplicación de un criterio puede conducir en no pocos casos a una respuesta contraria a la que se sigue de la aplicación de otro. Esta última antinomia es de difícil resolución, porque los criterios no tienen un orden de prelación claro.

Una y otra problemática, la de las lagunas y las de las antinomias, pueden ser abordadas también desde la perspectiva que proporciona la textura abierta del lenguaje por medio del cual se expresa el derecho. En concreto, señala Etcheverry (2014):

> Se advierte que el lenguaje jurídico, en tanto lenguaje humano, posee núcleos de significado claro —casos claros o paradigmáticos— en los que existe un acuerdo general sobre la aplicabilidad de un término, y zonas de penumbra en las que se experimentan los límites de la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Por esto, sin importar la técnica legislativa que se utilice para comunicar los criterios generales de conducta, y por más que en muchos casos dichas pautas operen sin dificultades, algún punto de su aplicación será dudoso y, por lo tanto indeterminado. (pp. 150-15)

El derecho se presenta, desde esta perspectiva, como "necesariamente vago" (Endicott, 2001).

Para explicar esto último, Timothy Endicott propuso el "caso del millón de *raves*" (Endicott, 2000, pp. 57-58, 74, 160-161). El ejemplo se basa en la Ley de Justicia Penal y Orden Público de 1994 de Gran Bretaña, que permite a la policía clausurar reuniones donde se toque música caracterizada por "ritmos repetitivos" que causen "angustia grave" (*serious distress*) a los residentes locales. Endicott propone el siguiente escenario para profundizar en el concepto de vaguedad: *a)* el "escenario de la serie", en el que imagina a un millón de organizadores de *raves* procesados uno tras otro en el mismo tribunal; *b)* "la variación gradual": el primer organizador emitió sonidos que sin ninguna duda causaron angustia grave, y fue condenado. Cada organizador sucesivo tocó la música a un volumen imperceptiblemente menor que el anterior, hasta llegar al millonésimo, quien no causó angustia a nadie y fue absuelto; *c)* como conclusión de los dos puntos anteriores, el "problema de la frontera": según Endicott, dado que no existe una diferencia material perceptible entre dos casos sucesivos en la serie (ninguno de los vecinos

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

afectados podría distinguir con nitidez un caso concreto del anterior o del posterior, por la imperceptibilidad de la variación), resulta arbitrario o injustificable establecer un punto exacto donde uno sea condenado y el siguiente absuelto, ya que la ley exige tratar los casos similares de la misma manera. Esto muestra, en opinión del autor, que la indeterminación es una característica necesaria del derecho cuando se emplean expresiones vagas, y que las teorías que intentan eliminar esta vaguedad mediante la interpretación a menudo no pueden ofrecer una solución que mantenga la integridad del sistema. Todo esto conduce a un grave problema: el derecho no proporciona una técnica para dividir al millón de acusados entre culpables y no culpables, pero, sin embargo, exige al tribunal que lleve adelante esa división.

Las lagunas, las antinomias y la textura abierta del lenguaje enfrentan al juez a la necesidad de elegir entre varios modos de actuar. Se abre allí un espacio de deliberación (Barak, 2021, p. 13). ¿Es este un costo inevitable, una consecuencia indeseada por el legislador? En opinión de Etcheverry, la respuesta a esta pregunta es negativa. Por un lado,

> el legislador parece consciente de que la precisión, no siempre es útil para regular las conductas. En este sentido, advierte que sin principios y estándares no podrían regularse la amplia variedad de cosas que necesitan ordenar los sistemas jurídicos. Todo intento de regular la vida social sólo con reglas precisas no sería capaz de prever todas las situaciones que se pretenden regular. Cuanto más precisa pretenda ser la regulación más situaciones quedarán sin regulación y esto afectará más la capacidad del Derecho para regular la vida de la comunidad. Dicho de otra manera, sólo se puede regular la vida de una comunidad en toda su riqueza si además de reglas se utilizan principios y estándares abstractos. (Etcheverry, 2014, p. 152, con cita de Endicott, 2000)

Por otro lado, un grado de discrecionalidad es necesario para el funcionamiento del Estado constitucional de derecho tal como ha sido constituido. Este modelo se caracteriza por haber incorporado principios en los que se reconocen derechos humanos —como derechos fundamentales o constitucionales (Rubio Llorente, 2006; Gómez Montoro, 2019)—, y por haber sujetado la validez de las reglas que dicta el legislador a su respeto del contenido de esos principios. El mecanismo para que esto último se realice es el control de constitucionalidad. La interpretación de los principios "requiere un tipo de razonamiento práctico que no es meramente formal o no valorativo" (Etcheverry, 2014, p. 153). Se requiere, en palabras de Dworkin,

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

una "lectura moral de la Constitución" (Dworkin, 1999, pp. 1-38), es decir, un ejercicio del razonamiento judicial que va más allá de la mera aplicación de normas a casos.[12] Estamos, en resumen, frente a una discrecionalidad buscada y alentada por el propio sistema como herramienta en alguna misma exigida por el derecho e imprescindible para el funcionamiento del Estado constitucional.

III. El concepto de activismo

Siendo la discrecionalidad inevitable y además deseable, es posible que los jueces que la ejercen se extralimiten. Hay distintos conceptos que aluden, con matices que según los contextos pueden adquirir relevancia, a ese exceso: activismo, arbitrariedad, irrazonabilidad. En las páginas siguientes nos referiremos al activismo. A la vez que difícil, es útil, al menos por dos razones. En primer lugar, porque, como se verá de inmediato, se encuentra ampliamente extendido; en segundo lugar, porque una de las tesis que se expondrán consiste en afirmar que se trata de un género dentro del cual puede incluirse como tipo el del populismo judicial.

Una primera dificultad que presenta el concepto de activismo proviene de la profusión de trabajos referidos al tema. Este hecho revela el éxito del concepto. Con mayor o menor precisión, se refiere a una realidad que suscita interés. A la vez, multiplica la cantidad de enfoques y potencia la posibilidad de un uso ambiguo o inexacto. Keenan D. Kmiec señalaba en 2004, en un trabajo que ha tenido alto impacto, que

> durante los años noventa, los términos "activismo judicial" y "activista judicial" aparecieron en tres mil ochocientos quince artículos de revistas y revistas jurídicas. En los primeros cuatro años del siglo XXI, estos términos aparecieron en otros mil ochocientos diecisiete artículos, a un promedio de más de cuatrocientos cincuenta por año. (Kmiec, 2004, p. 1442)

[12] Dentro de ese marco, los tribunales con jurisdicción constitucional tienen como tarea la definición de qué significa la Constitución en cada caso concreto, aunque, como ha señalado acertadamente Amy Coney Barrett, no tengan la palabra final sobre lo que significa la Constitución (Barrett, 2025).

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

A pesar de esa extensión, o quizá como consecuencia de ella, el concepto no es claro, y, según Atienza, "analizar en qué consiste esa obscuridad ha de ser, por ello, una operación previa a la de emitir un juicio fundado en favor o en contra de esa manera de entender la función judicial (Atienza, 2019, p. 1).[13] Estudios recientes reconocen la importancia del tema ("universalmente reconocida"), a la vez que afirman que "no existe hasta el momento una explicación del activismo judicial" (Rivas-Robledo, 2022, p. 74).

A lo largo de las siguientes páginas se expondrán, sucesivamente, el concepto de activismo que provee el profesor Kmiec en el trabajo que se acaba de citar, una crítica a su aproximación, y la propuesta alternativa, a mi juicio superadora, de Pablo Rivas-Robledo (2022a, 2022b) y de Fabio Pulido (2024).

1. *La propuesta de Kennan D. Kmiec y sus límites*

El profesor Kmiec comienza su trabajo exponiendo que el primer uso documentado de la expresión "activismo judicial" se dio en 1947 y estuvo a cargo de Arthur Schlesinger Jr., quien en un trabajo publicado en la revista *Fortune* clasificó a los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos en tres grupos: los "*judicial activists*" (Black, Douglas, Murphy y Rutledge), los "campeones de la autocontención" (Frankfurter, Jackson y Burton), y un grupo intermedio (Reed y Vinson) (Schlesinger Jr., 1947, citado por D. Kmiec, 2004, p. 1445).

Según el autor, el análisis histórico permite identificar un uso de la expresión elogioso o positivo: se la empleó para referirse a un ejercicio de la jurisdicción que favorecía el reconocimiento de los derechos civiles. Se pretendía avalar e impulsar a un juez comprometido con la Constitución y con el control de constitucionalidad. Con el tiempo, sin embargo, la connotación fue tornándose progresivamente negativa. Este segundo uso es el que finalmente primó.[14] Con algunas excepciones, el juez que es calificado como "activista" es aquel que se extralimita, que va más allá de lo que se espera de él. Según Kmiec, habiéndose consolidado el uso peyorativo de la expresión, su definición clara podría contribuir a una discusión constructiva sobre el ejercicio de la judicatura.

---

[13] Esto mismo se encuentra también en Atienza (2025, p. 17).

[14] Aunque hay excepciones. Cfr., por ejemplo, Grover (2020, pp. 1-10).

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Kmiec entiende que las referencias de la expresión han sido históricamente las siguientes: *a)* la anulación por parte de los jueces de las actuaciones de otros órganos del Estado que son posiblemente inconstitucionales (“*Striking Down Arguably Constitutional Actions of Other Branches*”); *b)* la no consideración de un precedente (“*Ignoring Precedent*”), ya sea vertical (obediencia a un tribunal superior) u horizontal (obediencia a las propias decisiones previas del tribunal); *c)* la legislación a través de sentencias (*Judicial Legislation*). Aparece cuando los jueces “legislan desde el estrado”, realizando un papel asignado a la legislatura; *d)* el apartamiento de los métodos de interpretación aceptados (*Departures from Accepted Interpretive Methodology*); *e)* un ejercicio de la jurisdicción “orientado a resultados” (*Result-Oriented Judging*). Esta variante se verifica, según Kmiec, cuando los jueces tienen una intención o motivo ulterior para resolver que los mueve en una dirección que no es la indicada por el derecho.

Kmiec acierta en su descripción de las diversas manifestaciones del activismo judicial dentro del sistema jurídico estadounidense, pero falla al no trascender esa perspectiva y no procurar ni alcanzar una explicación o comprensión del fenómeno descrito. Según Pablo Rivas-Robledo, diversos trabajos sobre el tema (cita, concretamente, los de Harwood (1996) y Canon (1983) y podría agregarse también una aproximación indirecta al tema de Posner (1983), incurren en un defecto parecido:

> Los investigadores han estado preocupados por estudiar manifestaciones del activismo, más que el concepto como tal. Además, normalmente los estudios al respecto están limitados al sistema jurídico y político desde el cual escriben, por lo que sus conclusiones sobre el activismo también están igualmente limitadas a sus contextos, lo que los ha llevado a tildar algunas manifestaciones de activismo como universales solo por el hecho de que en Estados Unidos lo son, aun cuando en muchos países de tradición civilista no lo son. (Rivas-Robledo, 2022a, p. 74)

Rivas-Robledo propone como ejemplo concreto el del control de constitucionalidad. Según explica, hay sistemas jurídicos dentro de los cuales es una manifestación de activismo, mientras que en otros no lo es. Centrarse en manifestaciones del activismo, por tanto, no permite su conceptualización correcta o definición.

Por otro lado, detenerse o conformarse con la mera descripción de una realidad que es un producto cultural o un constructo es innecesario, y ade-

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

más insuficiente: si se pretende llegar a un concepto, debe trascenderse la descripción. La pregunta por el en qué consiste la realidad estudiada debe prolongarse al análisis de cuáles son los fines que mediante ese constructo se pretende alcanzar. Sólo así es posible llegar a un concepto, a una explicación. Alcanzar un concepto abre el horizonte de la comprensión. La siguiente cita de Pedro Serna permite entender las limitaciones de un planteamiento como el de Kmiec y los restantes autores a los que se refiere Rivas-Robledo:

> Cabe un estudio de la realidad jurídica en términos descriptivos, pero lo que parece una renuncia innecesaria e injustificada es la interrupción del proceso de pensar: no es necesario, ni razonable, limitar el estudio de la realidad jurídica al ámbito de lo que puede abordarse desde la mera descripción; ello equivaldría a convertir la pregunta por el "cómo" en la última pregunta de la teoría jurídica. Y la pregunta por el "cómo" no puede ser la última si el objeto por el cual se pregunta es un artefacto, una construcción humana.[15]

Quizá convenga proponer un ejemplo para explicar mejor lo que se acaba de decir. Podríamos describir a un reloj como una esfera blanca con números y manecillas que se mueven rítmicamente. Esta descripción, siendo fiel, no nos permitiría explicar o definir a un reloj. No arribaríamos, con esa mera descripción, a un concepto o definición. Tratándose, como el derecho o como el activismo, de un producto cultural, entenderlo exige que nos preguntemos cuál es el fin o cuáles son los fines que persigue quien ha creado ese artefacto. En el caso del ejemplo, se trata de dar la hora, de medir el tiempo. Esa herramienta o constructo fue pensada para alcanzar ese fin. Situados aquí es posible entender de qué hablamos cuando hablamos de un reloj. Dicho con otras palabras, se ha llegado a un concepto o definición que permite entenderlo. Cabría, no obstante, una pregunta posterior, que apunte al sentido que tiene en la vida humana medir el tiempo o dar la hora. Es el plano de la comprensión, de la pregunta última, por el sentido de aquello que el ser humano ha construido. En el caso del ejemplo, se trata de preguntarse por qué medir el tiempo. La comprensión presupone la explicación, y esta última, a su vez, presupone una descripción.

---

[15] Serna se refiere a las limitaciones del planteamiento positivista, pero según mi opinión lo que afirma es aplicable también al planteamiento que se expone en el texto Serna (2014, p. 207).

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

2. *La propuesta alternativa de Pablo Rivas-Robledo y Fabio Pulido*

Para resolver el problema planteado en el punto anterior Pablo Rivas-Robledo propone distinguir entre descripción y conceptualización, y sugiere que el punto de partida correcto es la identificación del activismo judicial con una violación de las normas de competencia. Según su opinión, este concepto permite englobar a todas las manifestaciones concretas de activismo que se encuentran recogidas en los trabajos relevantes sobre el tema, a la vez que evita una referencia a fines. Esto último es, sostiene, muy importante, puesto que si se vinculara al concepto de activismo con la búsqueda de un fin moral existiría la tentación de aceptar usos aceptables e inaceptables de activismo, según que en el caso concreto el fin perseguido por el juez activista esté alineado o no con los que persigue el intérprete que analiza o juzga su práctica concreta.

Dicho con otras palabras, Rivas-Robledo, preocupado por evitar una instrumentalización del concepto de activismo que conduzca a la aceptación de un "activismo bueno" o al rechazo de un "activismo malo" según quién sea el intérprete, propone, por un lado, la eliminación de toda indagación teleológica, y, por otro, hacer del concepto de activismo que postula —la alteración deliberada de la norma de competencia— un punto de partida de su análisis. Es decir, el autor rechaza que el concepto de activismo pueda ser el resultado al que arribe luego de un intento de explicar o entender qué es lo que conecta o vincula a las distintas realidades que, quiéralo el autor o no, son referencias de la expresión que se analiza.

En nuestra opinión, Rivas-Robledo acierta al identificar entre las notas del activismo a la alteración deliberada por parte de los jueces de la regla de competencia, pero se equivoca cuando afirma que el fin que persiguen los jueces activistas —y que permite calificar a esa alteración como "deliberada"— no debería influir en la definición de activismo. Esto último se justifica en lo siguiente: sin esa referencia a fines la definición de activismo se torna un regreso al infinito,[16] puesto que las normas de competencia

[16] La problemática del regreso al infinito en el positivismo analítico se manifiesta, según Pilar Zambrano, en la tensión irresoluble entre la tesis del sistema y la tesis de las fuentes sociales. En el plano justificativo, esta autora señala que un sistema jurídico requiere, o bien una cadena infinita de validación, o bien la aceptación de normas que se auto-justifican. Esta última opción, según Zambrano, fue asumida por Bentham al recurrir a ideales de seguridad jurídica y utilidad, pero ha sido eludida por autores posteriores. Mientras Hart intenta detener este regreso en el "hecho del uso" de las reglas de reconocimiento, Zambrano argumenta con

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

son también objeto posible de una interpretación activista. En efecto, como se ha sostenido, un enfoque "epistémico" como el de Alexy, que pretende incorporar a los principios formales en la ponderación de los principios materiales,

> no logra abordar la cuestión central de los principios formales: la ponderación de las normas de competencia cuando entran en conflicto. Según esta visión, los principios formales son un instrumento para una adecuada delimitación de competencias de ponderación y de toma de decisiones. Un sistema constitucional sin principios formales ofrecería «soluciones extremas» en la distribución de competencias: o bien los tribunales con jurisdicción constitucional deberían decidir de forma material, incluso en caso de dudas o cuando es ampliamente discutida la afectación de un derecho fundamental; o bien retirarse en estos casos y no ponderar tal afectación. Este tipo de soluciones no parecen ser compatibles con el Estado de Derecho Constitucional. (Etcheverry, 2021a)[17]

En cambio, se afirma que una solución más acorde con esta forma de organización política y jurídica sería la ponderación de los principios formales en colisión: aquellos en los que descansan la legitimidad democrática del legislador y de los tribunales como intérpretes autorizados y vinculantes de la Constitución.[18]

---

acierto que un mero hecho social no logra fundamentar la obligatoriedad normativa sin incurrir en una premisa moral autoevidente, lo que pone en duda la pureza del positivismo. Desde una perspectiva epistemológica, Zambrano critica el convencionalismo de Andrei Marmor, quien intenta evitar el regreso interpretativo distinguiendo entre la comprensión de reglas y la interpretación creativa. Para esta autora, la inteligibilidad de las fuentes sociales no puede emanar exclusivamente de la observación del uso empírico, pues el uso por sí solo es una fuente necesaria pero insuficiente para guiar la decisión judicial. Frente a la teoría dualista de la acción, Zambrano propone una concepción unitaria, donde la inteligibilidad del Derecho depende de su conexión con un orden antropológico y axiológico previo. Bajo este esquema, el regreso al infinito solo se detiene mediante la instanciación de razones o bienes humanos básicos que informan la elección del agente. En conclusión, la publicidad y prospectividad del Derecho exigen una racionalidad compartida —entendida como la adecuación de las acciones a fines inteligibles— que actúe como anclaje no convencional de la práctica jurídica. *Cfr.*, entre otros, Zambrano (2021; 2026, pp. 100-134).

[17] Una aproximación complementaria y muy sugerente, en Rivas, 2025, 9-15, passim.

[18] Cfr. *idem*, con remisión a Jan Sieckmann (2017, pp. 295-297).

Francesco Viola sostuvo en un trabajo de hace unos años que el derecho contemporáneo impone desafíos críticos a la definición y ejercicio de las competencias de los órganos de gobierno, como consecuencia de haber transitado desde sistemas cerrados hacia un modelo

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Un ejemplo de la necesidad de ponderar normas de competencia puede hallarse en un caso relativamente reciente de la Corte Suprema de la Argentina. Se trata de la sentencia "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" (CSJ 567/2021, del 4 de mayo de 2021), dictada en el marco del conflicto suscitado por la suspensión de las clases presenciales dispuesta por el Decreto de Necesidad y Urgencia 241/2021 durante la pandemia de COVID-19. El Tribunal declaró que el decreto era inconstitucional en cuanto afectó la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en materia educativa. Sostuvo que la educación es una competencia concurrente entre el Estado nacional y las jurisdicciones locales, y que estas últimas conservan facultades propias para decidir sobre la modalidad de prestación del servicio educativo. La Corte señaló que el Poder Ejecutivo nacional no había acreditado de manera suficiente la necesidad ni la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada. Asimismo, afirmó que la autonomía reconocida constitucionalmente a la Ciudad de Buenos Aires la habilita a adoptar políticas públicas en el ámbito educativo sin interferencias indebidas. En consecuencia, el fallo reafirmó el principio federal y delimitó los alcances de la intervención estatal en contextos de emergencia sanitaria.

En lo que respecta de modo concreto a lo que aquí se trata, en la causa CSJ 567/2021, la Corte Suprema realizó un examen expreso de las normas de competencia que habilitaban su intervención originaria, en tanto el litigio enfrentaba a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el Estado Nacional.

---

de pluralismo jurídico y constitucionalización. En el nuevo escenario, las competencias de los distintos órdenes dejan de ser exclusivas para dar paso a solapamientos normativos donde diversos órdenes jurídicos compiten y concurren en la regulación de las mismas materias sin que existan jerarquías de fuentes claramente distinguibles. Esta dinámica se ve agravada por la crisis de la soberanía estatal, erosionada tanto por la expansión de poderes transnacionales como por el reconocimiento de facultades a grupos identitarios y entes locales, lo que a menudo convierte a la propia Constitución en un foco de conflicto, más que en un programa de vida común. La configuración del ordenamiento ya no es una prerrogativa prioritaria del legislador o de la política, sino una obra conjunta de jueces, legisladores y juristas en la que incluso los sujetos privados adquieren un rol activo a través de sus elecciones e iniciativas. Los órganos de gobierno deben operar ahora en un "espacio jurídico" interconectado en lugar de un sistema nacional completo, lo que obliga a las instituciones internas a administrar las interrelaciones entre órdenes y a determinar la relevancia de normas producidas en otros lugares o *lex alius loci*. En opinión de Viola, la prescripción jurídica de estos órganos depende cada vez menos de la fuerza imperativa de la autoridad y más de la solidez de sus argumentos en el ámbito de la razón práctica, un espacio de debates infinitos donde las decisiones deben justificarse frente a opiniones contrastantes (Viola, 2018).

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

El Tribunal sostuvo que la ciudad posee un estatus constitucional equiparable al de una provincia a los efectos del artículo 117 de la Constitución Nacional, lo que justifica la competencia originaria de la Corte cuando se encuentra en conflicto directo con el Estado federal. De este modo, los jueces no asumieron su jurisdicción de manera implícita, sino que la fundamentaron en una interpretación sistemática de la Constitución y de su propia jurisprudencia previa. Se vieron obligados a ponderar las normas que rigen su propia competencia.[19] Asimismo, la Corte delimitó el objeto de su intervención, circunscribiéndolo al control de constitucionalidad del DNU cuestionado, y evitó pronunciarse sobre cuestiones de mérito o de oportunidad de las políticas sanitarias. En este sentido, el Tribunal destacó que su función no consistía en evaluar la conveniencia de la suspensión de clases presenciales, sino en verificar si el Poder Ejecutivo nacional había actuado dentro del marco de competencias constitucionales que le son propias. Esta autolimitación funcional refleja una concepción restrictiva del rol judicial en contextos de emergencia, orientada a preservar el principio de división de poderes. En resumen, la Corte evaluó de manera explícita tanto los fundamentos de su competencia como los límites de su actuación.

Por otra parte, como es imposible describir por completo la realidad, cualquier intento de descripción parte de una valoración, puesto que se considera que lo descrito es más relevante que lo que se omite describir.[20] Teniendo esto en cuenta, podría tal vez afirmarse que no es de extrañar que Rivas Robledo defina al activismo por medio de una de sus notas, la de la altera-

---

[19] Como señaló Florencia Ratti, "El régimen peculiar que la reforma constitucional de 1994 confirió a la Ciudad de Buenos Aires impactó en la procedencia de la competencia originaria de la Corte Suprema en causas en las que la Ciudad es parte. La jurisprudencia del tribunal sobre este tópico no ha sido pacífica; por el contrario, al menos dos veces la Corte dio un giro copernicano en su criterio". Ratti propone en una reconstrucción de la línea jurisprudencial de la Corte sobre competencia originaria en causas entre la Ciudad y una provincia, y analiza las sentencias en las que el tribunal abandonó su propio precedente (cfr. Ratti Mendaña, 2021). *Cfr.* un análisis exhaustivo de un especialista en la competencia originaria de la Corte, en Bianchi (2021). Según este autor, "aforar a la ciudad de Buenos Aires en la competencia originaria de la Corte suprema es [...] un error pues (a) lejos de favorecer su autonomía, la limita; (b) no es un medio adecuado para lograr el fin perseguido, es decir, el trasado de los jueces nacionales al Poder Judicial de la Ciudad; y (c) es el fruto de una interpretación forzada del artículo 117 CN que (i) está orientado en la dirección opuesta a la limitación de la competencia originaria que la Corte ha tenido tradicionalmente y (ii) generará en la Corte Suprema una sobrecarga de trabajo, que algún día se verá obligada a limitar" (Bianchi, 2021, p. 125).

[20] *Cfr.*, en este sentido, el magistral comienzo de *Ley natural y derechos naturales*, de John Finnis (2026, pp. 13-18). Asimismo, Serna Bermúdez (2006, pp. 127 y ss.).

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

ción deliberada de las normas de competencia. Se trataría del fruto de una valoración inevitable. La pregunta que surge a continuación es la siguiente: siendo inevitable una valoración que anteceda a la descripción, ¿existe un criterio que permita distinguir entra las distintas valoraciones posibles a aquellas que incurren en un apriorismo de las que no lo hacen? La respuesta es afirmativa: la mejor descripción es aquella que sea lo más completa posible de toda la realidad que se pretende abordar, sin despreciar ningún elemento, que permita en un segundo momento unificar los diferentes sentidos en un concepto comprensivo, como el que proporcionaría la identificación de una práctica social concreta, que es teleológica, determinada por un sentido o finalidad, como sucede con las realidades artificiales y, más en general, humanas[21].

Finalmente, es indudable que buena parte del uso del término activismo guarda relación con ciertos fines (ideológicos, culturales, etc.) que los jueces persiguen incluso cuando lo hacen dentro de su competencia. El hecho de tener competencia para algo no quiere decir que sea conveniente ni deseable el ejercicio de esa competencia, pues ello puede poner en jaque bienes públicos relevantes, como el *rule of law* (v.g., el poder de veto del rey...).

¿Cuándo aparece entonces el activismo? Cuando la interpretación de las normas aplicables resulta guiada no por el afán de controlar si el legislador o el funcionario cuestionado ha elegido algunas de las alternativas razonables —es decir, alguna de las alternativas de interpretación de la Constitución a favor de la cual podían darse razones de peso—, sino por la pretensión de verificar que uno u otro han elegido la opción más justa según el entendimiento de lo justo que posee el juez. Cuando esto ocurre, se produce un proceso de modificación de la norma de competencia que conduce al juez a interpretar forzadamente el resto de las reglas aplicables (primarias y secundarias, por emplear la conocida terminología de Hart). Esta propuesta conecta el concepto de activismo con el principio de razonabilidad.[22] Como han señalado diversos autores (Etcheverry, Webber, Yowell, Ekins, Köpcke, Miller y Urbina) (Webber et al., 2018, passim; Etcheverry, 2024), tras esta expansión de la propia jurisdicción subyace una negativa a aceptar que el rol de los jueces en la tarea de determinación del derecho es subsidiario al de los legisladores. En contra de esta tesis subyacente puede argumentarse que el Poder Legislativo está bien posicionado para asegurar y promover

[21] Debo esta idea a una conversación mantenida con el profesor Pedro Serna.

[22] Sobre este último, *cfr*: Cianciardo (2006).

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

los derechos humanos: tiene no sólo la obligación sino también la capacidad de dar una forma jurídica específica y relativamente precisa a los estándares amplios y orientados a objetivos incluidos en instrumentos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos o las partes dogmáticas de las Constituciones. Desde esta perspectiva, el discurso constitucional no debería asumir que la legislación es sólo una amenaza potencial para los derechos. Según se desprende de los avances de Webber, Yowell, Ekins, Köpcke, Miller y Urbina, el método adecuado para un correcto enfoque del problema de la regulación de los derechos no consiste en poner atención exclusiva a los casos patológicos o defectuosos de legislaturas, sino en estudiar la institución en su forma más plena, es decir, cuando responde a las razones que justifican su existencia: "hacer leyes para la paz, el orden y el buen gobierno". Desde esta perspectiva, la función principal de la legislatura es participar en una deliberación razonada para promover el bien común, que se define como el conjunto de condiciones que permiten a todos y cada uno de los miembros de la comunidad realizar su desarrollo y bienestar. Los derechos humanos son considerados una parte integral de este bien común.

IV. El populismo judicial como tipo de activismo

En resumen, el activismo aparece cuando los jueces distorsionan las normas que rigen su competencia y ejercen su jurisdicción más allá de los límites que la demarcan, y lo hacen de modo deliberado, movidos por una finalidad, consistente en identificar el control de razonabilidad con la verificación de si se ha optado o no por la alternativa más justa, en lugar de una evaluación acerca de si se ha seleccionado una de las alternativas razonables, o dicho con otras palabras, que no se ha elegido una alternativa irrazonable. En definitiva, el juez activista no reconoce estar sometido al derecho: a sus regulaciones explícitas o a sus principios (porque los manipula).[23]

A continuación, se examinarán dos casos judiciales referentes a la reelección. En el primero de ellos se verificará un activismo no populista. En el segundo, un activismo populista. Luego de la exposición de los hechos, de la

[23] Señala Lucas Arrimada en un comentario a una primera versión de este trabajo que un juez "autorrestrictivo" puede ser también activista. Lo hace pensando en "el uso populista de los tiempos judiciales": "los silencios de los jueces y la cronoterapia pueden ser formas de no sentirse obligados por el Derecho".

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

decisión y de los argumentos, se propondrá una valoración. Se trata, como se verá, de dos sentencias que versan sobre el mismo tema: la aceptabilidad de las regulaciones constitucionales de la reelección.

1. *La sentencia C-141 de 2010 de la Corte Constitucional de Colombia*

La sentencia C-141 de 2010 tuvo por objeto el examen de constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009, norma mediante la cual el Congreso de la República de Colombia convocó al pueblo a un referendo constitucional de iniciativa popular con el propósito de reformar el artículo correspondiente de la Constitución Política en relación con la figura de la reelección presidencial. La Corte Constitucional trató el asunto en ejercicio del control automático, integral y previo previsto en los artículos 241.2 y 379 de la Constitución, limitado a los vicios de procedimiento en la formación de la ley y a los eventuales vicios de competencia que pudieran comprometer la validez del mecanismo de reforma constitucional. En concreto, el artículo que se proponía establecía lo siguiente: "Quien haya sido elegido a la Presidencia de la República por dos períodos constitucionales, podrá ser elegido únicamente para otro período".

La Corte partió de la premisa según la cual el referendo constitucional, incluso en su modalidad de iniciativa popular, constituye un ejercicio del poder constituyente derivado, esto es, un poder instituido por la propia Constitución y sujeto a las condiciones, límites y procedimientos que ella establece. Por ello, sostuvo el tribunal, el procedimiento mediante el cual un grupo de ciudadanos promueve un proyecto de articulado con miras a someterlo a votación popular es, en esencia, un acto jurídico complejo que se desarrolla en varias fases sucesivas: conformación del comité de promotores, inscripción ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, verificación inicial de apoyos, entrega de formularios para la recolección de firmas, recolección misma de los apoyos requeridos, verificación final de los requisitos por parte de la autoridad electoral y expedición de las certificaciones previstas en los artículos 24 y 27 de la Ley Estatutaria de Mecanismos de Participación (Ley 134 de 1994). Solo una vez cumplidas dichas etapas se encontraría habilitada la presentación del proyecto de ley de convocatoria ante el Congreso de la República, dando inicio al trámite legislativo ordinario, con la particularidad de que su aprobación requiere mayoría absoluta en cada cámara.

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Desde una perspectiva competencial, la Corte afirmó que su facultad de control no se limitaba en el caso al examen del procedimiento legislativo en sentido estricto, sino que abarcaba también las actuaciones previas realizadas ante las autoridades de la Organización Electoral, en atención al carácter complejo del acto. Esta interpretación se sustentó tanto en el precedente fijado en la sentencia C-551 de 2003 como en una lectura sistemática del artículo 241.2 de la Constitución, que alude de manera expresa a los "vicios de procedimiento en su formación", expresión que la Corte entendió como comprensiva de todas las etapas que integran el procedimiento de convocatoria, incluso aquellas cumplidas por los ciudadanos y por la Registraduría antes de que el proyecto de ley ingresara al Congreso.

En el análisis del procedimiento para la iniciativa de referendo la Corte identificó una serie de irregularidades, especialmente en materia de financiación de la campaña previa a la presentación del proyecto ante el Congreso. La Ley 134 de 1994, interpretada sistemáticamente con la Ley 130 de 1994, establecía topes individuales y globales para la financiación privada de las campañas favorables a mecanismos de participación ciudadana. Tales límites cumplían, según el tribunal, funciones constitucionales esenciales, como la protección del pluralismo político, la transparencia electoral y la igualdad de participación. En el caso concreto, el Comité de Promotores del referendo superó ampliamente los topes permitidos, tanto en el monto total invertido como en los aportes individuales recibidos, lo cual, entiende la Corte, vulneró de manera grave los principios constitucionales mencionados. Adicionalmente, se comprobó que una organización privada no inscrita como comité de promotores actuó en la práctica como gestora de la campaña, recaudando recursos, administrándolos y desarrollando actividades reservadas legalmente al comité inscrito, lo que constituye una usurpación de funciones y un quebrantamiento de la estructura procedimental diseñada por el legislador estatutario.

En cuanto al trámite legislativo desarrollado en el Congreso, la Corte afirmó la existencia de múltiples vicios sustanciales e insubsanables. En primer lugar, el proyecto de ley fue radicado sin la certificación prevista en el artículo 27 de la LEMP, requisito que acreditaba el cumplimiento de las reglas sobre financiación y que, por su naturaleza, constituía un presupuesto habilitante para la iniciación válida del proceso legislativo. La omisión de esta certificación significó que el proyecto ingresó al Congreso sin la validación previa que garantiza que la iniciativa ciudadana se haya desarrollado dentro de los parámetros de transparencia y respeto por el pluralismo

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

político, razón por la cual la Corte consideró que este vicio es insubsanable y afecta la validez integral del trámite.

En segundo lugar, durante el trámite en el Senado, la Corte consideró que el Congreso había modificado sustancialmente el contenido de la pregunta sometida por los ciudadanos, puesto que había sustituido la expresión "haya ejercido" por "haya sido elegido". Según la Corte, este cambio alteró de manera radical el sentido de la propuesta respaldada por el 5 % del censo electoral, transformando una iniciativa de segunda reelección mediata en una iniciativa de segunda reelección inmediata, lo cual excedía la facultad de enmienda permitida al legislador y desconocía el principio de identidad del proyecto en el marco de la iniciativa popular. Según el tribunal, esta modificación era sustancial, con el agravante de que habiendo sido introducida en una etapa avanzada del trámite, comportaba la vulneración tanto del principio de identidad como del de consecutividad, vicios que afectaban de manera definitiva la validez de la ley.

A estos defectos se sumaba el modo en el que se sustanció la convocatoria a sesiones extraordinarias del Congreso para culminar el trámite del proyecto. El decreto de convocatoria fue publicado en el *Diario Oficial* con posterioridad al inicio de la sesión en la que se debatió el proyecto, por lo que, al no haberse cumplido el requisito de publicidad, la sesión carecía, según la Corte, de validez constitucional y reglamentaria. En aplicación del artículo 149 de la Constitución, la consecuencia era, sostuvo el tribunal, la nulidad de la sesión y de todas las decisiones adoptadas en ella, incluyendo la votación en segundo debate en la Cámara de Representantes.

Finalmente, la Corte examinó la incidencia del régimen de bancadas en la aprobación del proyecto, constatando que varios representantes sujetos a sanción disciplinaria por su partido político cambiaron de grupo antes de la votación, con la finalidad de sustraerse al alcance de las sanciones y modificar el resultado de la decisión legislativa. Esta práctica, calificada como transfuguismo coyuntural, resultaba contraria, según el tribunal, al artículo 108 de la Constitución y vulneraba el régimen de bancadas, configurando un vicio adicional en la formación de la ley. La Corte aplicó la denominada "prueba de resistencia del voto" y estableció que, una vez descontada la participación irregular de dichos congresistas, no se alcanzaba la mayoría exigida para la aprobación, lo cual constituía un vicio insubsanable.

En conjunto, todas estas irregularidades condujeron a la Corte Constitucional a declarar la inconstitucionalidad de la Ley 1354 de 2009, no por razones materiales relativas al contenido de la reforma propuesta, sino exclu-

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

sivamente por considerar que en el caso se habían dado múltiples y graves vicios de procedimiento y de competencia que afectaron la validez del proceso de formación de la ley, comprometiendo la legitimidad democrática del mecanismo de reforma constitucional. La Corte declaró la ley inexequible en su totalidad al considerar que el cúmulo de vicios de procedimiento y la sustitución de ejes estructurales de la Constitución (como la alternancia en el poder y la separación de poderes) hacían la norma incompatible con la identidad de la Carta de 1991.

2. *La sentencia 0084/2017 del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia*

Pasemos a continuación a un segundo caso, también latinoamericano y complejo. En 2017 el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia tenía que decidir lo siguiente (*STCP 0084/2017*, 2017): un grupo de miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional había iniciado una acción abstracta de inconstitucionalidad pidiendo la "inaplicabilidad" de normas constitucionales que limitaban la posibilidad de algunos cargos públicos de ser reelegidos, y la inconstitucionalidad de normas legales que regulaban esas normas constitucionales. Se pidió, en definitiva, el reconocimiento de un derecho humano a ser reelegido indefinidamente.[24]

Respecto de lo primero, los demandantes planteaban la existencia de una "contradicción intraconstitucional" entre los siguientes artículos de la Constitución:

> Artículo 26.I. Todas las ciudadanas y los ciudadanos tienen derecho a participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político, directamente o por medio de sus representantes, y de manera individual o colectiva. La participación será equitativa y en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres. II. El derecho a la participación comprende: 1. La organización con fines de participación política, conforme a la Constitución y a la ley. 2. El sufragio, mediante voto igual, universal, directo, individual, secreto, libre y obligatorio, escrutado públicamente. El sufragio se ejercerá a partir de los dieciocho años

[24] Las críticas de la doctrina a esta sentencia han sido justificadamente duras. *Cfr.*, sólo como ejemplo, Viciano Pastor y Moreno González (2018) y Alanoca (2023, pp. 509-550). Según los dos primeros autores, por ejemplo, en el caso se da "una confusión doctrinal y una errónea interpretación de categorías teóricas inadecuadas, en el marco, además, de la asunción hipertrofiada de funciones impropias a la naturaleza y fines de la justicia constitucional".

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

cumplidos. 3.Donde se practique la democracia comunitaria, los procesos electorales se ejercerán según normas y procedimientos propios, supervisados por el Órgano Electoral, siempre y cuando el acto electoral no esté sujeto al voto igual, universal, directo, secreto, libre y obligatorio. 4.La elección, designación y nominación directa de los representantes de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo con sus normas y procedimientos propios. 5.La fiscalización de los actos de la función pública.
Artículo 168. El periodo de mandato de la Presidenta o del Presidente y de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado es de cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua.

El Tribunal Constitucional hizo lugar a la demanda sobre la base de dos tipos de consideraciones. En primer lugar, interpretó que la prohibición de reelección indefinida contenida en el artículo 168 de la Constitución es una regla constitucional contraria al principio constitucional consagrado en el artículo 26, y que colisiones de ese tipo, es decir, entre una regla y un principio, deben resolverse a favor del principio. En segundo lugar, sostuvo que dentro del sistema interamericano de derechos humanos se habría reconocido un derecho humano a la reelección indefinida contradictorio con lo establecido en el artículo 168 de la Constitución, y que esa contradicción debía ser resuelta aplicando la norma internacional, de jerarquía superior a la interna. Los dos argumentos eran débiles. En el primer caso, el principio no se encontraba en colisión con la regla, sino que esta última era una regulación o limitación proporcionada del primero. En el segundo, el Tribunal directamente introdujo una fuente inexistente: no hay norma internacional que prohíba los límites a la reelección. Una y otra refutación fueron expuestas, pocos años después, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Opinión Consultiva 28, "La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 2021). Con conclusiones semejantes se había pronunciado en 2018 la Comisión de Venecia —"Informe sobre los límites a la reelección – Parte I: Presidentes", aprobado en marzo de 2018 (CDL-AD(2018)010) a solicitud de la Organización de los Estados Americanos (OEA)—. En los dos casos la conclusión fue que no existe un derecho humano a la reelección indefinida.

Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, *28*(56), 2027, e21108
Juan Cianciardo • El frágil equilibrio entre democracia, *rule of law* y derechos humanos frente al desafío del populismo
e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

3. *Una valoración*

El primer caso constituye un ejemplo de activismo. Revisando la sentencia, su argumento central consiste en afirmar que el proyecto de enmienda no suponía una reforma constitucional sino una sustitución de la Constitución, un cambio por una Constitución distinta. En tales condiciones, lo que se propone no respetaría los principios democráticos y de división de poderes. Sin embargo, como se ha sostenido, si bien puede coincidirse con que la habilitación de una segunda reelección para el presidente no es el mecanismo más republicano de distribución de poder, lo cierto es que la argumentación desarrollada por la Corte la conduce a imponer al poder constituyente su opinión —respetable, eso sí— "acerca de cuál es la forma más justa de organizar el poder, incluso contra un proyecto de enmienda que no resultaba manifiestamente contrario al resto de la Constitución de la República de Colombia, ni estaba expresamente prohibido por el texto constitucional" (Etcheverry, 2021, p. 346).[25] Nos encontramos también, probablemente, ante un buen ejemplo de "defección estratégica" por parte de la Corte. Según Gretchen Helmke, esto ocurre cuando los jueces de una alta corte comienzan a fallar en contra del gobierno saliente a medida que este pierde poder, con el fin de ganar el favor del gobierno entrante y evitar represalias (Helmke, 2002).[26] El concepto fue desarrollado luego por Diana Kapizsweski. Mientras que la defección estratégica de Helmke se centra en el tiempo y el cambio de gobierno (especialmente en contextos inestables como Argentina), el equilibrio táctico de Kapiszewski busca explicar por qué una corte puede ser asertiva o deferente de manera constante pero selectiva, basándose en el tipo de caso y el contexto económico-político (como el caso de Brasil) (Kapiszewski, 2011).

---

[25] Sobre la distinción entre "reemplazo" y "sustitución" de una Constitución, cfr. Bernal Pulido 2018. Según Bernal Pulido, la idea tradicional de que el poder para crear o reformar una Constitución es jurídicamente ilimitado y soberano debe ser cuestionada. El autor propone una alternativa basada en la "ontología social": argumenta que la creación constitucional debe entenderse como un poder deóntico limitado ejercido por representantes. Bajo esta premisa, la validez de una nueva Constitución depende de la institucionalización del constitucionalismo, incluyendo elementos esenciales como la división de poderes y el respeto a los derechos. El texto utiliza algunos ejemplos —de Colombia y Venezuela— para ilustrar cómo el concepto de "poder constituyente" puede ser manipulado para justificar regímenes autoritarios.

[26] Debo este argumento a Lucas Arrimada.

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

La segunda sentencia es un ejemplo de populismo judicial. El Tribunal Constitucional Plurinacional modifica su regla de competencia hasta el extremo tal de transformarse prácticamente en Poder Constituyente. Y lo hace movido por la voluntad de complacer las exigencias del gobierno de corte populista que ha designado a sus integrantes. Desde el punto de vista que aquí se ha intentado sostener, el populismo judicial es un tipo de activismo: concretamente, el que los jueces ponen en marcha con vistas a debilitar el *rule of law*, a través de la exacerbación del peso del elemento democrático mayoritario (es decir, la absolutización de la regla de la mayoría) o, según sea el caso, de los derechos humanos. El propio gobierno populista empodera en ocasiones a los jueces para que le sirvan como herramientas para la validación de su discurso antisistema, como instrumentos en la lucha contra las "élites".[27] En estas condiciones, es fácil que el ansiado equilibrio entre estos tres elementos se vea dramáticamente afectado.

V. Referencias

Acosta Massó, A. (2025). ¿Está realmente el Tribunal de Estrasburgo en la "era de la subsidiariedad" tras la entrada en vigor del Protocolo núm.15? *Revista general de derecho constitucional*, *42*, 104-140. https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=428223&d=1

Acosta-Massó, A. (2025). *La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=400757

Alanoca, J. L. C. (2023). *Epítome disruptivo en el derecho contemporáneo: Política Criminal, Teoría, Dogmática y Proceso*. Bosch.

Arrimada, L. (2011). El constitucionalismo como amenaza para los derechos. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones «Ambrosio L. Gioja»*, (V), 15-20. https://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R000E01A005_0004_p-d-constitucional1.pdf

[27] Lucía Corso sostiene que, en contextos como los de Italia y Brasil, la judicatura puede actuar como un aliado estratégico del populismo al utilizar el derecho penal para combatir a las élites políticas tradicionales. A través de un enfoque en el "anti-elitismo radical", explora cómo el activismo judicial y el populismo penal pueden, según su opinión, sustituir el debate político por procesos legales de "limpieza moral" (Corso, 2024).

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Asbun, J. (2025). Elección de jueces de las altas cortes por voto popular. *Revista de Derecho de la UCB*, *9*(16). https://doi.org/10.35319/lawreview.202516117

Atienza, M. (2019). *Siete tesis sobre el activismo judicial*. https://dfddip.ua.es/es/documentos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial.pdf?noCache=1540204326938

Atienza, Manuel. (2025). *Activismo judicial*. Palestra.

Barak, A. (2021). *Discrecionalidad judicial* (L. E. Misseri & I. Lifante Vidal, Trads.). Palestra.

Barrett, A. Coney. (2025). *Listening to the law : reflections on the court and constitution*. Sentinel.

Bellah, R. N. (2012). The Heritage of the Axial Age: Resource or Burden? [Bookitem]. En R. N. Bellah & H. Joas (Eds.), *The Axial Age and Its Consequences* (pp. 447-468). Harvard University Press. https://doi.org/10.4159/harvard.9780674067400.c18

Benavente Urbina, A. (2005). Populismo radical y fragilidad democrática. *Revista Enfoques*, *4*, 59-72. https://www.revistaenfoques.cl/index.php/revista-uno/article/view/264

Bernal Pulido, C. (2018). Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional. Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una constitución. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (22), 59-99. https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.22.03

Bianchi, A. B. (2021). La Ciudad de Buenos Aires como sujeto aforado de la competencia originaria de la Corte Suprema. Preguntas y reflexiones críticas. *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, *59*(LXVI), 85-125.

Böckenförde, E. W. (2017). *Constitutional and Political Theory. Selected Writings* (M. Künkler & T. Stein, Eds.). OUP.

Canon, B. (1983). Defining the Dimensions of Judicial Activism. *Judicature*, *66*(6), 237-247.

Cianciardo, J. (2003). Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción. *Boletin Mexicano de Derecho Comparado*, (108), 891-906. https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2003.108.3771

Cianciardo, J. (2006). Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad. En J. Cianciardo (Ed.), *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria* (pp. 21-36). Ábaco. https://portalcientifico.unav.edu/documentos/65e76abbcd317367053699f6

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Cianciardo, J. (2010). The Principle of Proportionality: Its Dimensions and Limits. *Journal of Civil Law Studies*, *3*. https://www.cianciardo.com/wp-content/uploads/2012/03/2010-A-Cianciardo-The-principle-of-proportionality.pdf

Cianciardo, J. (2014). Argumentación, principios y razonabilidad. Entre la irracionalidad y la racionalidad. *Díkaion*, *23*(1), 11-36. https://doi.org/10.5294/dika.2014.23.1.2

Cianciardo, J. (2019). Populismo y rule of law. *Revista PyD. República y Derecho*, *IV*, 1-31. https://revistaryd.derecho.uncu.edu.ar/revista/article/view/159

Cianciardo, J. (2020). *La cultura de los derechos humanos. Razón, voluntad, diálogo*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Corso, L. (2024). The Judge as a Populist Actor. En A. Kaidatzēs, E. Kalampakou, I. Kamtsidou, C. Papastylianos, & C. Stratilatis (Eds.), *The People's Constitution. The Populist Transformation of Constitutional Law?* (pp. 121-132). Springer Nature Switzerland. https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-031-71889-2

Delsol, Chantal. (2015). *Populisme*. Éditions du Rocher.

Dworkin, R. (1999). Freedom's Law. En *The Moral Reading of the American Constitution* (p. 427).

Endicott, T. (2000). Vagueness in Law. En *Vagueness in Law* (Número May 2012, pp. 1-29). https://doi.org/10.1093/acprof

Endicott, T. (2001). LAW IS NECESSARILY VAGUE [Article]. *Legal Theory*, *7*(4), 379-385. https://doi.org/10.1017/S135232520170403X

Espinosa Licón, D. (2025). Reforma constitucional judicial en México: entre la democracia y el populismo judicial [Article]. *Trayectorias Humanas Trascontinentales*, (20). https://doi.org/10.25965/trahs.7425

Etcheverry, J. B. (2014). Discrecionalidad judicial. Causas, naturaleza y límites. *Teorder*, (15), 148-171. https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/123

Etcheverry, J. B. (2021a). El papel de los principios formales en la ponderación de los derechos fundamentales. Desafíos a la propuesta de Robert Alexy. *Prudentia Iuris*, (92), 221-248. https://doi.org/10.46553/prudentia.92.2021.pp.221-248

Etcheverry, J. B. (2021b). Formalismo, activismo y discrecionalidad judicial. *Díkaion*, *29*(2), 336-351. https://doi.org/10.5294/dika.2020.29.2.1

Etcheverry, J. B. (2024). Determinación judicial del derecho: el eslabón perdido. Comentario a "Legislated Rights – Securing Human Rights

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

through Legislation". En J. Crego & C. Pereira Sáez (Eds.), *Los nuevos derechos humanos: teoría jurídica y praxis política*. Comares, 179-204.
Finnis, J. (2026). *Ley natural y derechos naturales* (P. Zambrano, Trad.). Comares. https://www.comares.com/libro/ley-natural-y-derechos-naturales_197301/
García López, D. J. (2026). Nomos/anomos y la fragilidad de los derechos. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, *60*(60), 5-8. https://doi.org/10.30827/acfs.v60i.36203
Gargarella, R. (2025). El sometimiento de la justicia en México: Rabia pasoliniana [Article]. *Ratio Decidendi*. https://doi.org/10.21555/rd.2025.3582
Glendon, M. A., & Alvira, R. (2014). *Religion and civil society : the changing faces of religion and secularity /* (M. A. Glendon, R. Alvira, & Religion and Civil Society (Conference) (2012 Harvard Law School), Eds.) [Proceeding]. Olms.
Gómez Montoro, Á. J. (2019). La obsolescencia de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, *115*, 47-79.
González Madrigal, J. A., & Lovilchin Mendoza, C. E. (2025). Implicaciones sociales y legales de la reforma judicial en México [Article]. *Revista Jurídica Jalisciense*, *6*(11), 181-205. https://doi.org/10.32870/rjj.v6i11.242
Grover, S. C. (2023). *Judicial activism in an age of populism* (S. C. Grover, Ed) [Book]. Routledge, Taylor & Francis Group. https://doi.org/10.4324/9781003371656
Harwood, S. (1996). *Judicial activism: a restrained defense* [Book]. Austin & Winfield.
Helmke, G. (2002). The Logic of Strategic Defection: Court–Executive Relations in Argentina Under Dictatorship and Democracy [Article]. *American Political Science Review*, *96*(2), 291-303. https://doi.org/10.1017/S0003055402000175
Jan Sieckmann. (2017). Principios Formales [Bookitem]. En Jorge A. Portocarrero Quispe (Ed.), *Ponderación y discrecionalidad. Un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional. Serie Teoría Jurídica n° 76* (p. 261). Universidad del Externado de Colombia. https://doi.org/10.2307/j.ctv1503jxh.8
Judicial activism and the democratic rule of law: Selected case studies, Judicial Activism and the Democratic Rule of Law: Selected Case Studies 1 (2020). https://doi.org/10.1007/978-3-030-35085-7

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108
Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Kaidatzēs, A. (2022). Progressive populism and democratic constitutionalism. *Revus*, *47*. https://doi.org/10.4000/revus.8068

Kaidatzēs, A. (2024a). Constitutional Populism. En Y. Stavrakakis & G. Katsambekis (Eds.), *Research Handbook on Populism* (pp. 226-238). Edward Elgar Publishing Limited. https://www.e-elgar.com/shop/usd/research-handbook-on-populism-9781800379688.html

Kaidatzēs, A. (2024b). *The People's Constitution* (A. Kaidatzis, E. Kalampakou, I. Kamtsidou, C. Papastylianos, & C. Stratilatis, Eds.; Vol. 17). Springer Nature Switzerland. https://doi.org/10.1007/978-3-031-71889-2

Kapiszewski, D. (2011). Tactical Balancing: High Court Decision Making on Politically Crucial Cases [Article]. *Law & Society Review*, *45*(2), 471-506. https://doi.org/10.1111/j.1540-5893.2011.00437.x

Kmiec. K. D. (2004). The origin and current meanings of «judicial activism». *California Law Review*, *92*(5), 1441. https://doi.org/10.2307/3481421

Laclau, E. (2005). *La razón populista*. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2006000100017

Laclau, E. (2006). *La razón populista* (S. Laclau, Trad.). Fondo de Cultura Económica.

López Aguilar, J. F. (2025). La UE y sus valores comunes frente a sus amenazas: Estado de Derecho, democracia, derechos (inmunodeficiencias e inmunoterapias) en actos legislativos y resoluciones del parlamento. *Revista de las Cortes Generales*, (120), 131-167.

Machín Mezher, J. A. (2025). *El debate sobre los conflictos entre derechos: una aproximación desde el principio de proporcionalidad, el contenido esencial y la doctrina del doble efecto*. Tirant Lo Blanch.

Müller, J.-W. (2021). *Democracy Rules*. Macmillan + ORM, 2021.

Müller, J.-W. (2026). Political Trust in the New Age of Autocratization [Article]. *Philosophy & Social Criticism*. https://doi.org/10.1177/01914537261434866

Nino, C. S. (1989). *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. https://philpapers.org/rec/NINEYD

Opinión Consultiva 28, "La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre (2021). https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_28_esp.pdf

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Posner, R. A. (1983). The Meaning of Judicial Self-Restraint. *Indiana Law Journal*, *1*(59), 1-24. https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles

Pulido-Ortiz, F. E. (2024). Activismo judicial. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, (27), 217-235. https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9008

Ratti Mendaña, F. S. (2021). La competencia originaria de la Corte Suprema y la Ciudad de Buenos Aires: análisis del cambio de precedente. *Revista RYD. República y Derecho*, *VI*, 1-39. https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/200380

Rivas, P. (2025). *Los aspectos no discursivos del razonamiento jurídico*. Editorial Tirant Lo Blanch.

Rivas-Robledo, P. (2022a). ¿Qué es el activismo judicial? Parte I. Desiderata para una definición de activismo judicial. *Díkaion*, *31*(1), 70-92. https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.1.4

Rivas-Robledo, P. (2022b). ¿Qué es el activismo judicial? Parte II: una definición más allá de la extralimitación de funciones. *Díkaion*, *31*(2), 1-28. https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.2.6

Rubio Llorente, F. (2006). Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho. *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e historia constitucional*, 203-233.

Schlesinger Jr., A. (1947). The Supreme Court: 1947. *Fortune*, *January*. https://www.scirp.org/reference/referencespapers?referenceid=4009566

Serna Bermúdez, P. (2006). *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*. Porrúa.

Serna, P. (2014). Presupuestos Programáticos para la Elaboración de un Concepto Hermenéutico-Ontológico de Derecho. *Revista Portuguesa de Filosofía*, *70*(2), 205-230. https://doi.org/10.17990/RPF/2014_70_2_0205

STCP 0084/2017 (2017). https://jurisprudenciaconstitucional.com/resolucion/16361-sentencia-constitucional-plurinacional-0084-2017

Taggart, P. A. (2000). *Populism*. Open University Press.

Taylor, C. (1994). *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition*. https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004

Vallespín, F., & Bascuñán, M. M. (2017). *Populismos*. Alianza Editorial.

Viciano Pastor, R. (2018). Cuando los jueces declaran inconstitucional la Constitución: la reelección presidencial en América Latina a la luz de las últimas decisiones de las Cortes constitucionales. *Anuario*

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Iberoamericano de Justicia Constitucional, (22), 165-198. https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.22.06

Villaverde Menéndez, I. (2018). El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales del siglo XXI. *Revista da AJURIS*, *45*(144), 529-555. https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/908

Viola, F. (2018). Il futuro del diritto. *Persona y Derecho*, *79*, 9-36. https://doi.org/10.15581/011.79.9-36

Webber, G. C. N., Yowell, P., Ekins, R., Köpcke, M., Miller, B. W., & Urbina, F. J. (2018). *Legislated rights: securing human rights through legislation* (G. C. N. Webber, P. Yowell, R. Ekins, M. Köpcke, B. W. Miller, & F. J. Urbina, Eds.) . Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/9781108551069

Wiñazki, M. (2015). *Crítica de la razón populista*. Margen Izquierdo.

Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (p. 156).

Zambrano, P. (2019). Convencionalismo jurídico e inteligibilidad del Derecho. El uso como espejo de las fuentes sociales en la teoría jurídica de Andrei Marmor. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, *42*, 35-61. https://doi.org/10.14198/DOXA2019.42.02

Zambrano, P. (2021). Comprender o interpretar el Derecho. El convencionalismo semántico en su laberinto. *Revista Chilena de Derecho*, *48*, 131-154. https://doi.org/10.7764/R.483.6

Zambrano, P. (2024). "Artavia Murillo", "Beatriz", y la disolución del Rule of Law. En D. Ranieri de Cechini, L. M. Traverso, & S. Calderone (Eds.), *El aborto ante la Corte IDH: a propósito del caso Beatriz vs. El Salvador* (pp. 81-105). Pontificia Universidad Católica Argentina.

Zambrano, P. (2026). *Derecho, acción y discurso*. Tirant Lo Blanch.

Zanatta, L. (2015). *El populismo* (F. Villegas, Ed.). Katz. https://doi.org/10.2307/j.ctvndv7jj

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Declaración de conflicto de intereses

El autor declara que no existe conflicto de interés de ninguna naturaleza que dificulte la publicación del texto.

Cómo citar

IIJ-UNAM

Cianciardo, Juan, "El frágil equilibrio entre democracia, *rule of law* y derechos humanos frente al desafío del populismo", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 28, núm. 56, enero-junio de 2027, e21108. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108

APA

Cianciardo, J. (2027). El frágil equilibrio entre democracia, rule of law y derechos humanos frente al desafío del populismo. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *28*(56), e21108. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108

e-ISSN: 2448-4881 | DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2027.56.21108

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional