



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.40.23>

**ESTUDIO COMPARADO Y SISTEMATIZADOR DEL ACTIVISMO
JUDICIAL: ANÁLISIS HETERODOXO SOCIO-JURÍDICO DE LA
FIGURA Y SUS EFECTOS NO DESEADOS***

*COMPARATIVE AND SYSTEMATIZED STUDY ON JUDICIAL
ACTIVISM: SOCIO-LEGAL HETERODOX ANALYSIS OF THE
INSTITUTION AND ITS UNWANTED EFFECTS*

MARÍA NIEVES NAVARRO MOZO

Universidad Europea Miguel de Cervantes, Valladolid

ANTONIO SÁNCHEZ-BAYÓN

Universidad Rey Juan Carlos, Madrid

Recibido: 30/10/2024 Aceptado: 20/11/2024

RESUMEN

Revisión crítica de Derecho Comparado, Sociología Jurídica, Filosofía Político-Jurídica y Nueva Economía Política, aplicado a la figura del activismo judicial y sus efectos. Se trata de un problema creciente en democracia y Estado de Derecho, al no respetarse la separación efectiva de poderes y tenderse a la confusión entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. Se ofrece aquí un análisis de naturaleza político-jurídica y de efectos no

* Agradecimientos: *Grupo de Investigación en Comunicación e Información Digital* (GICID-UNIZAR), GESCE-Universidad Rey Juan Carlos (URJC) y GID-TICTAC CCEESS-URJC, CIELO-ESIC Business & Marketing School.

deseados de la figura y su sistematización, ilustrada empíricamente con sentencias. Se completa todo ello con un dictamen sobre la supuesta crisis institucional y de régimen político-jurídico que comporta.

Palabras clave: Activismo judicial, guerra judicial, separación de poderes, crisis institucional, enfoques heterodoxos.

ABSTRACT

This is a critical review on Comparative Law, Legal Sociology, Political-Legal Philosophy and New Political Economy, applied to the institution of judicial activism and its effects. This is a growing problem in democracy and the rule of law, as the effective separation of powers is not respected and there is a tendency towards confusion between the Executive Branch and the Judicial Branch. Here, there is an analysis of the political-legal nature and unwanted effects on the figure and its systematization, empirically illustrated with sentences. All of this is completed with a ruling on the alleged institutional crisis and political-legal regime that it entails.

Keywords: Judicial activism, Lawfare, division of powers, institutional crisis, heterodox approaches.

Sumario: 1. 1. *Presentación: un fantasma recorre las democracias liberales.* 2. *Objetivos y métodos.* 3. *Activismo judicial: noción y desarrollo.* 4. *Sistematización de sentencias.* 4.1. *Manipulativas.* 4.2. *Atípicas.* 4.3. *Heterodoxas.* 4.4. *Imaginativas.* 4.5. *Vanguardistas.* 4.6. *Fundamentalistas.* 4.7. *Constructivistas.* 4.8. *Maximalistas.* 4.9. *Anti-formalistas.* 4.10. *Hipergarantistas.* 4.11. *Contrapotestativas.* 4.12. *Justicieras.* 5. *Resultados y discusión: efectos y dictamen.* 6. *Conclusión. Referencias bibliográficas.*

1. PRESENTACIÓN: UN FANTASMA RECORRE LAS DEMOCRACIAS LIBERALES

Como ya advirtieran Marx y Engels (1848), un *fantasma recorre Europa* y el resto de Occidente, poniendo en riesgo las democracias liberales. Durante la Guerra fría (1949-89) estaban activadas las alertas para velar por la calidad institucional de las democracias liberales (con una separación clara de poderes y mecanismos de frenos y contrapesos), frente a las repúblicas socialistas y sus

injerencias (sin dichas restricciones al estatalismo y intervencionismo *ultra vires* del ejecutivo); sin embargo, las citadas injerencias tuvieron lugar durante las guerras culturales (entre los años 60 y 80, Sánchez-Bayón, 2013a, 2014a y 2019a-b; Yarnold, 1999 y 2000). Fue entonces cuando, al aprovecharse el movimiento de libertades civiles, surgió el activismo judicial moderno (basado en un supuesto Derecho sociológico, resultando más bien constructivismo jurídico y uso alternativo del derecho) con figuras como *affirmative action* o discriminación positiva (Sánchez-Bayón, 2013a, 2014a, 2015 y 2019a-b). En los años 80 tuvo su contestación con el movimiento originalista (Berger, 1987; Kirk, 1999), más la Economía Constitucional (Brennan y Buchanan, 1985; Buchanan, 1987; Buchanan, 1990). Al terminar la Guerra fría, con la caída de la URSS (1989-91), se confió en el triunfo de las democracias liberales y su Estado de Derecho (calificándose como *el fin de la Historia*, Fukuyama, 1989 y 1992), pero en la década del 2000 comenzó otra nueva guerra fría (con la *Guerra contra el terror* y el *eje del mal o anti-occidentales*, Sánchez-Bayón, 2017), así como otras guerras culturales, por el control de la cultura y la educación (Gramsci, 1948-51), y condicionar de este modo la justicia (su noción, su naturaleza, sus instituciones, etc.), ya no vista desde el *logos* (racionalidad individual), sino desde el *pathos* (sentimiento colectivo), por influjo de las políticas identitarias y sus sentido de la justicia social (Lilla, 2017; Fukuyama, 2018). De tal suerte, en Occidente se pasó del *activismo judicial* (retorsión del sentido de la ley fuera altavoz ideológico, Sánchez-Bayón, 2010) a las *guerras judiciales* (polarización e intentos de deslegitimación de posturas y deconstrucción del Ordenamiento, Kittrie, 2016): se pasa así introducir nuevas narrativas mediante el uso alternativo del Derecho (impulsado por posturas progresistas –con contrarreacción originalista, Breyer, 2005; Marshall, 2011) a poner bajo sospecha al conjunto del Ordenamiento y sus instituciones, siendo necesaria una crisis institucional y de régimen político-jurídico (Sánchez-Bayón, 2013b). De este modo, se han ido incluyendo vía legislativa y/o judicial neodelitos de autor, de memoria, de odio, etc. (Sánchez-Bayón, 2023 y 2024a), así como nuevas relaciones institucionales en favor del Poder Ejecutivo, con mayor influencia en el Poder Judicial (v.g. nombramiento de los jueces que han de juzgar los posibles casos delictivos por cargos políticos; nombramientos en Fiscalía, condicionándose las causas y su instrucción, Sánchez-Bayón y Peña, 2021).

Este fantasma que recorre las democracias liberales, hace necesario un estudio como este. Se pretende así analizar la figura del activismo judicial, ofreciéndose una síntesis de su desarrollo y una sistematización de sentencias (con ilustraciones empíricas), más una evaluación de sus efectos (especialmente los

indeseados), de modo que sea posible dictaminar a la postre si ha habido una mutación efectiva en *Lawfare* o guerras judiciales, y si se está produciendo una crisis institucional y de régimen político-jurídico (inspirada por el constructivismo y el uso alternativo del derecho).

2. OBJETIVOS Y MÉTODOS

Para poder ofrecer un análisis satisfactorio del activismo judicial y sus efectos, ello requiere de una demarcación científica previa (Popper, 1959[1934] y 1994: cap. 1; Hayek, 1952a-b), fijándose las bases del estudio, con especial atención a sus objetivos y métodos empleados.

Las bases para este estudio permiten conocer cómo se ha llegado al concepto de la figura a evaluar. Dicho concepto puede establecerse por, al menos, dos vías (Fernández y Rodríguez, 1982; Sánchez-Bayón y Arpi, 2024): a) la dogmática, procurándose una explicación posterior de manera lógico-deductiva; b) la empírica, partiéndose de unos datos y sus correlaciones, de modo que desde el cúmulo de casos pueda esbozarse la teoría correspondiente. Tal visión contrapuesta ha llevado a asumir dos posiciones en tensión: de un lado, los apriorismos-axiomáticos (Rothbard, 1957), y de otro lado, el ultra-empirismo (Blaug, 1968). No obstante, claro que caben otras posturas intermedias (como reivindicar Aristóteles, para su búsqueda virtuosa), como la jurídico-económica aquí seguida (que alcanza y tiende puentes entre racio-naturalistas, positivistas e institucionalistas): se corresponde con los enfoques heterodoxos *mainline* (Boettke et al, 2016; Sánchez-Bayón, 2020) o de fundamentos de Ciencias Sociales (opuestos al *mainstream* o pensamiento dominante, de corte aplicado y cuantitativo, para la confirmación y/o supuesta predicción, Sánchez-Bayón et al, 2023), combinándose así los siguientes marcos teóricos y metodológicos, por aceptar como base común de su análisis el principio de realismo, con el individualismo metodológico y compositivo, así como la ilustración empírica (Alonso et al, 2023).

Como notas sobre las escuelas y métodos empleados, se sigue la sistematización de Sánchez-Bayón (2022 y 2024b):

a) Escuela Austriaca de Economía (EAE): se atiende al teorema de Mises sobre la imposibilidad económica del socialismo y su ingeniería social (Mises, 1922, 1929, 1933, 1944), revisado por Hayek (1944, 1988), extendido luego a cualquier intervencionismo coactivo centralizado y represor de la libertad,

según Hoppe (1989) y Huerta de Soto (1992); finalmente, desde este trabajo, se trasplanta dicho teorema al análisis jurisprudencial, el cual también resulta inviable desde el constructivismo y uso alternativo del derecho (incluida la versión reciente de *Lawfare*, como intervencionismo *ultra vires* y pro-ejecutivo). El teorema de Mises tiene su corolario en los teoremas de elección pública de Buchanan-Tullock (sobre la agenda infinita, los bienes públicos y los buscadores de renta, las redes clientelares, etc., vid. siguiente apartado). Otra idea clave de EAE aplicable a este estudio es la tesis de Hayek sobre el orden espontáneo (desarrollando la mano invisible de Smith, 1776), a favor de las instituciones sociales evolutivas (Hayek, 1946; 1952a, 1952b). En términos metodológicos, EAE ofrece diversos recursos desde sus inicios, con su *methodenstreit* o disputa del método, abogando por su pluralismo en Ciencias Sociales (Menger, 1883; Mises, 1929, 1933; Huerta de Soto, 1992, 2000; Hoppe, 1995).

b) Enfoque neo-institucionalista de la Nueva Economía Política (NIE-NEP): a) *Law & Economics* o Análisis Económico del Derecho es importante el teorema de Coase sobre la empresa y los costes transaccionales (Coase, 1937, 1960); b) *Public choice* o Elección pública ofrece una serie de teoremas de Buchanan-Tullock sobre el intervencionismo excesivo, sustentados en el fin del romanticismo político y su Estado paternalista, porque hay muchos juegos de poder y agendas ocultas en las decisiones, con efectos correlacionados: buscadores de rentas, clientelismo, capitalismo de amigos, agenda inconclusa e inclusiva, etc. (Buchanan y Tullock, 1962; Anderson, 1986); c) *Constitutional Economics* o Economía constitucional ofrece el teorema de Buchanan sobre la relevancia y coste de las reglas (Brennan y Buchanan, 1985; Buchanan, 1986, 1987, 1990, en coincidencia con Hayek, 1960, 1973). Su metodología también se basa en el principio de realismo y el individualismo metodológico y (re)compositivo para explicar fenómenos complejos, reforzándose todo ello con ilustraciones empíricas (algo parecido a lo que se hace en el ámbito del Derecho, al acompañar a los argumentos con evidencias).

Por tanto, aplicándose dichos marcos teóricos y metodológicos es posible un estudio mixto, que parta de un concepto fruto de la combinación de la observación de la realidad y su reducción lógica hasta sus elementos más básicos, para luego ofrecer un marco comprensivo que dote de sentido a fenómenos sociales complejos, además de plantearse casos que respalden las explicaciones dadas. De tal manera ha sido factible el ofrecer aquí una aproximación conceptual del activismo judicial, con su casuística sistematizada e ilustrativa de los ejemplos que se pueden encontrar, dejándose para el final un balance de sus efectos en la

realidad social de la que se ha partido. Evidentemente, este enfoque heterodoxo *mainline* entra en conflicto con corrientes cada vez más extendidas –con vocación *mainstream* al impulsarse desde los poderes públicos- como es la del constructivismo jurídico o el uso alternativo del derecho (Sánchez-Bayón, 2017) y su deriva actual del *Lawfare* (como se aclara más adelante).

3. ACTIVISMO JUDICIAL: NOCIÓN Y DESARROLLO

La noción y desarrollo del activismo judicial ya fue estudiado, tres lustros atrás por Sánchez-Bayón (2010, 2012 y 2014c), estableciendo que era la torsión del sentido de la ley para terminar expresando juicios de valor (además de volverse el Derecho en sentido normativo como en otras ciencias sociales donde impera la voluntad transformadora de la realidad, en vez de la comprensión de la misma, Sánchez-Bayón et al, 2023). De tal modo, esta figura comprendía desde los intentos *ultra vires* de regular aquello no tipificado aún hasta la comisión de delitos, relativos a la prevaricación y el cohecho, sumándose en los últimos años también expresiones de uso alternativo del derecho como *Lawfare*. En la actualización de este programa de investigación, la Prof. Navarro ha realizado un estudio comparado de la producción de sentencias, para ampliar la sistematización realizada en los últimos tiempos. El objetivo es conocer mejor el fenómeno, su sistematización e indagar si se trata de una politización de la justicia (activismo judicial tradicional), una judicialización de la política (*Lawfare*), o una hibridación de ambos escenarios (conducente a una crisis del sistema jurídico).

La supuesta intromisión de Jueces y Tribunales de Justicia no es asunto baladí y de ello se hacen eco sesudos autores doctrinales, toda vez que afecta a la vida diaria de los ciudadanos directamente, o indirectamente a través de la percepción no errática que el común de la población tiene, al ver cómo esta injerencia traspasa el plano general, yendo un paso más allá al entrar de lleno en los asuntos políticos, lo cual contribuye a que la ciudadanía pueda sentirse menoscabada o por qué no decirlo discriminada en la aplicación del principio de igualdad, con un trato desigual ante la ley y en tanto en cuanto el poder judicial interviene en asuntos de gestión dentro de la gobernanza de países considerados democráticos, de tal manera que con sus resoluciones desarrollan una proactividad interpretada por no pocos sectores de la intelectualidad mundial como un peligro en las políticas nacionales por sus decisiones, más o menos claramente determinantes en la evolución e involución de los Estados, pues éstos pueden

terminar quedando como simples medios para conseguir los fines que el Poder Judicial dictaminen o al contrario (Martin Méndez, 2018, p.1).

4. SISTEMATIZACIÓN DE SENTENCIAS

4.1. Manipulativas

Con estas sentencias, de alguna manera se usurpa al legislador lo que ha querido plasmar en la ley de que se trate, y esto lo lleva a cabo la justicia mediante la interpretación que hace de las normas (v.g. eliminando o incluyendo palabras para dar una lectura diferente a la prevista *ab initio* por el legislador). Más en concreto, en el caso del texto constitucional, es la interpretación que el Tribunal Constitucional hace de las leyes para que estén dentro del marco constitucional, pero lo que no resulta plausible es que a través de esto se busquen motivaciones tendenciosas que escondan inclinaciones políticas, pues lo que corresponde a este Tribunal es sacar del contexto constitucional aquello que no sea ajustado al mismo, y por consiguiente con este modelo de sentencias, el Tribunal Constitucional mantiene leyes que en principio deberían ser inconstitucionales y lo hace por razones de utilidad u oportunidad (Rubio Llorente, p. 9-51). A propósito de esto, Gascón Abellán (2016) menciona que “(...) El Tribunal puede “salvar” la constitucionalidad de la ley de dos modos: bien *modificando su texto* para provocar una interpretación constitucional (...), bien *manipulando directamente su interpretación* (...)”.

Un ejemplo de este tipo de sentencias lo encontramos en la STC 116/1987, de 7 de julio, que trata sobre la cuestión de inconstitucionalidad nº 107/1986, en relación con la Ley 37/1984 de 22 de octubre sobre el reconocimiento de derechos y servicios prestados a aquellos que en la guerra civil formaron parte de las fuerzas armadas, también las de orden público y el cuerpo de carabineros de la república. Actuó como presidente del Tribunal Constitucional en esta sentencia, el Excmo. Sr. D. Francisco Tomás y Valiente.

En la mencionada sentencia 116/1987, se amplían y se hacen extensibles los derechos de los militares profesionales a todos ellos con independencia de si se han incorporado antes del comienzo de la guerra civil o si su nombramiento ha sido con posterioridad al dieciocho de julio de 1936. Y como reflejo de la tipología de sentencias que nos ocupa, está lo recogido en el fallo que estima parcialmente la inconstitucionalidad de los artículos 1 y 4 de la Ley 37/1984, y sin embargo desestima la cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás.

4.2. Atípicas.

Siguiendo los planteamientos neoconstitucionalistas de Gustavo Zagrebelski en su obra *La Justicia Constitucional*, en la que analiza hasta dónde llega esta justicia en la política. De hecho esta su consideración sobre la merma del positivismo, de tal manera que se ve ese decrecimiento del derecho a la ley y cómo ésta culmina siendo una herramienta de la potestad y poder. Por otro lado, también centra su interés a través de la obra *El Derecho Dúctil* en las leyes y en los principios, dónde reflexiona sobre lo concreto de las normas jurídicas y sobre los principios que con carácter general sirven de conductores para la aplicación que de las leyes hace la judicatura en su conjunto.

En la justicia constitucional puede ocurrir que el Tribunal Constitucional dicte sentencias que extralimitan la respuesta que se espera del mismo, como es la inconstitucionalidad o no de determinada norma jurídica, de modo que yendo más allá, lo que termina haciendo es modificar normas fijando criterios de común utilización. En este contexto de actitud proactiva por parte del Tribunal Constitucional, está el que no sólo emite fallos sobre leyes sino que realiza interpretaciones que se deducen de éstas. Dentro de la casuística de este modelo de sentencias atípicas, se podrían encuadrar también las manipulativas *ut supra*, amén de otras muestras.

La separación de poderes que formuló Montesquieu, puede verse amenazada en aquellos casos en que el juez de alguna manera se erige con pronunciamientos más propios del derecho positivo que con pronunciamientos que determinen la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma.

Para mayor abundamiento en estos supuestos de otorgar legitimidad a sentencias atípicas, los Tribunales Constitucionales por ende lo que llevan a efecto son apreciaciones que difieren de las planteadas por el legislador en la letra de la ley de que se trate, y como visión favorable de esta cuestión podría tratarse de la evitación del denominado *horror vacui* o miedo al vacío en este caso legal que supondría declarar una norma inconstitucional y anularla (Chacín Fuenmayor, 2010, p.105-114).

Un ejemplo de esta exposición se puede ver en la STC 31/2010, de 28 de junio, siendo presidenta la Excm. Sra. Dña. María Emilia Casas Baamonde, por el recurso de inconstitucionalidad 8045-2006 interpuesto por diputados del grupo parlamentario popular del Congreso contra varios preceptos de la LO 6/2006 de 19 de julio de reforma del Estatuto Autonómico de Cataluña. En esta sentencia queda en entredicho el Estatuto de Autonomía de Cataluña en tanto en cuanto no

solamente algunas de las disposiciones que recoge se entienden inconstitucionales sino que también se hacen interpretaciones que afectan a lo contemplado en otras (Díaz Revorio, 2011, p. 53 ss.). Y aquí el papel del Tribunal Constitucional para algunos sobrepasa su misión interpretativa del texto constitucional, y Aparicio Pérez contempla (2010) “(...) el Tribunal no se sitúa como intérprete de la Constitución sino como «comisario del poder constituyente» (...)” (p.26).

4.3. *Heterodoxas*

La pregunta de partida sería ¿qué es lo adecuado, tradicional y ortodoxo seguido por la generalidad? ¿Y qué es lo disidente o heterodoxo y por tanto se escapa de un seguimiento generalizado? Pues bien, podría depender de cuál de las dos visiones del derecho se atiende: iusnaturalismo fue la ortodoxia hasta el s. XIX, pasando luego a ser heterodoxia desde el s. XX; y en relación inversa, el iuspositivismo formalista se convirtió en la nueva ortodoxia desde finales del s. XIX, con la consolidación del Estado-nación y sus Facultades de Derecho en su cadena de universidades públicas (Sánchez-Bayón, 2010 y 2015).

Un ejemplo que se puede traer a colación de este hilo argumental, lo podemos ver en el recurso de casación para la unificación de doctrina en sentencias dictadas en suplicación por las salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia y que tienen como finalidad corregir desviaciones y discrepancias en la interpretación que se hace de determinada ley, véase lo que recoge el art. 219-1 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social:

El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.

También procede recordar una STJCE de 24 de noviembre de 1993 en los asuntos C-267/91 y C-268/91, en un procedimiento penal entablado contra Bernard Keck y Daniel Mithouard, y en la que este tribunal se aparta de su jurisprudencia clásica[†].

[†] EUR-Lex - 61991J0267 - ES (24 de noviembre de 1993) Procedimiento penal entablado contra Bernard

4.4. *Imaginativas*

Es una tipología de sentencias que no se caracterizan por su profusión en España, sin embargo se pueden encontrar ejemplos en casos como el de menores donde además de la pena impuesta se quiera también incluir un componente netamente educativo, y así nos encontramos con una figura en la carrera judicial comprometida con esta idea como es Emilio Calatayud, conocidísimo Juez de Menores de Granada. Sus sentencias son esencialmente de enseñanza al infractor, y hay diversas muestras de ello, *v.gr* la que se recoge en distintos medios, en cuyo fallo se condenó a un menor de edad que había sustraído un secador, a matricularse en un curso de peluquería y que tras aprobarle, debería cortar el pelo a su Señoría. Verdaderamente la búsqueda ya no solamente de una retribución con privación de libertad por el delito cometido conlleva la aplicación de la norma, sino que también implica resolver el pleito con medidas alternativas al internamiento y de ir un paso más lejos con sentencias que aboguen por la enseñanza en el buen comportamiento del joven en cuestión, y en base a esto parece que el Consejo General del Poder Judicial no es contrario al dictamen de una imposición con mayor imaginación. Tema éste el de menores infractores, diversamente analizado y en ocasiones cuestionado su tratamiento (García Pablos, 1996).

La imaginación en el ámbito de la justicia, no sólo tiene cabida en España, pues en otros países lejos de nuestro entorno, se pueden encontrar sentencias que apoyan esta cuestión, tal y como describe en su exposición Zuluaga Jaramillo (2022, p.184-199), cuando se refirió a la imaginación en cuanto que: a) Innovación romántica; b) Proyección de la acción; c) Construcción del campo histórico.

4.5. *Vanguardistas.*

En este activismo judicial, en este neoconstitucionalismo presente en diferentes países, donde el juez de manera acertada o no, tiene un papel destacado, no ya en la interpretación de las leyes sino en la propia “creación” de normas. Marín Castán (2016) hace mención y se fija lo siguiente:

El neoconstitucionalismo, como cultura jurídica imperante, es el escenario

Keck y Daniel Mithouard – Asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91 EUR-Lex - 61991J0267 - ES (europa.eu) [fecha de consulta 25-09-2023].

propicio para que el activismo judicial pueda generarse y desarrollarse. La administración de justicia asume un papel creciente en los sistemas políticos democráticos actuales, un fenómeno que, recientemente, ha sido denominado “judicialización de la política”. En el nuevo paradigma neoconstitucional los jueces cobran una gran importancia, no solo los jueces constitucionales, sino también la jurisdicción ordinaria. La relevancia adquirida por el juez en los sistemas jurídicos constitucionalizados plantea serios problemas (pp.111-132).

En Méjico hay testimonios en medios de comunicación (SCJN es uno de los tribunales más vanguardistas en sentencias sobre aborto, Nación, 2021) donde se recoge este fenómeno sobrevenido trasladado a sentencias, y así nos encontramos con Arturo Zaldívar Lelo de Larrea que actuando como ministro presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación menciona la sentencia emanada de este órgano que marca un hito en dicho país, pues discriminaliza el aborto y por ende a las mujeres que lo ejerzan de acuerdo a los términos recogidos en esta sentencia.

Siguiendo con esta proactividad de la justicia que la lleva a acometer el dictado de sentencias innovadoras, basadas en una interpretación rigurosa o amplificada de la ley, nos topamos con la sentencia de 22 de julio 2021 del Juzgado de lo Penal N^a 2 de Mataró en la que la jueza Lucía Avilés Palacios (2022) que refiere la violencia económica como una forma de violencia machista, y para ello se apoya en la Ley 5/2008, de 24 de abril catalana que tiene un fin profiláctico de ayuda a las mujeres. Esta jueza basándose, como ella explica, en el Código Penal ejerce una labor legislativa de impulso judicial refiriendo la violencia económica como un tipo de violencia hacia la mujer. A continuación se expone el dictado del art. 4-2 e) Ley 5/2008 y del art. 4-2 CP:

4-2 e) Violencia económica: consiste en la privación intencionada y no justificada de recursos para el bienestar físico o psicológico de una mujer y, si procede, de sus hijos o hijas, en el impago reiterado e injustificado de pensiones alimenticias estipuladas en caso de separación o divorcio, en el hecho de obstaculizar la disposición de los recursos propios o compartidos en el ámbito familiar o de pareja y en la apropiación ilegítima de bienes de la mujer.

Y 4-2: En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal.

4.6. *Fundamentalistas*

Dentro del activismo judicial que nos ocupa, hay otro modelo de sentencias denominadas fundamentalistas, en las que de alguna manera la justicia se erige en legislativo a través de su interpretación de las leyes. Y de tal modo esto es así, que *v.gr.* dentro de la comunidad andina un país como Colombia tiene un claro testimonio de ello en dos sentencias, una es de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema y la otra es de la sección tercera del Consejo de Estado, mediante las cuales se limita el poder estatal para afrontar la actuación del terrorismo que padece dicho país (Román Ortiz, 2011).

En España, en torno al sentimiento religioso, cambiante en función de mutaciones en el sistema del estado, ha habido confusas interpretaciones sobre la libertad de expresión *vs* libertad religiosa, y parece haber un decrecimiento en el respeto debido a los que profesan determinada confesión, a su respecto se refiere Salinas Mengual (2019):

“(...) puede llegarse a la conclusión de que la libertad religiosa es un «derecho huérfano». Y lo es por dos causas, principalmente. La primera es una pérdida de sensibilidad en lo que se refiere a las violaciones de este derecho, lo que sin duda es un dato significativo a la hora de valorar cuál es el papel que se asigna a la religión en la sociedad de nuestros días. La segunda es que, mientras que hay una creciente concienciación respecto a las violaciones de derechos relacionados con la raza o el sexo, sin embargo cada vez va decreciendo, de manera alarmante, el consenso social sobre los derechos de quienes profesan una determinada fe religiosa” (p.22).

Según comunicación del Poder Judicial, esto se vislumbra en alguna sentencia como la emitida tanto por un Juzgado de Primera Instancia de Valladolid como por la Audiencia Provincial en vía de recurso de la misma ciudad que desestiman la demanda interpuesta por la Asociación Española de Abogados Cristianos contra un actor, porque a juicio del fallo se considera que no menoscaba el honor de la misma ya que la opinión vertida está dentro de la libertad de expresión, aún cuando les tildó de “organización fundamentalista y troglodita” – curiosamente, desde el constructivismo jurídico y judicial, junto con el uso alternativo del derecho, se ha impulsado la figura de los delitos de odio y de memoria, al mismo tiempo que se busca la despenalización de las ofensas religiosas o a la Corona.

4.7. Constructivistas

Lo visto hasta ahora en cuanto al activismo judicial, se aleja notablemente del aforismo *in claris non fitinterpretatio*, y ello se debe a que hay normas que admiten más de una interpretación y por consiguiente se puede alterar el contenido que el legislador quiso imprimir a las mismas cuando fueron promulgadas.

En referencia a la Norma Constitucional, hay que ser especialmente celosos sobre la interpretación que se haga de la misma, y no sólo porque el propio legislador respete la Carta Magna y cree leyes ajustándose al marco constitucional tal cual es sin adaptarlo a sus deseos, sino también porque el Tribunal Constitucional como su máximo intérprete amén del resto de jueces y magistrados acaten lo que en ella se recoge. Con el resto de normas que componen el ordenamiento jurídico de España deberá darse el mismo rigor interpretativo, por más que una visión constructivista del derecho pudiera permitir ciertas licencias interpretativas y adaptativas a supuestos de hecho variados lo que no significa en modo alguno fantasear a la hora de aplicar determinada norma jurídica porque el principio que debe regir es el de seguridad jurídica que impide actuaciones arbitrarias.

Frente al positivismo jurídico formalista, que simple y llanamente aplica la norma de que se trate, nos encontramos en el otro lado de la balanza al constructivismo jurídico que imprime de interpretaciones personales a la misma norma, y ello está en función del juez o tribunal en el que recaiga la responsabilidad de dictar sentencia en el caso concreto, y que en el segundo escenario de órgano colegiado se llevará a efecto o bien por unanimidad o bien por medio de votos particulares. Un ejemplo de esto es el voto particular que el Magistrado del Tribunal Constitucional don Juan Antonio Xiol Ríos, llevó a cabo en su momento en distintas sentencias, apartándose así de la corriente mayoritaria del Tribunal. Entre otras, traigo a colación una sentencia sobre el derecho a la presunción de inocencia –STC 146/2014, de 22 de septiembre-, en la que junto con otro de los Magistrados (don Luis Ignacio Ortega Álvarez) emitieron sendos votos particulares.

4.8. Maximalistas

Profundizando aún más en el análisis del activismo judicial, si bien es cierto que al mismo se le presupone un fin de defensa de los derechos de la ciudadanía, no es menos cierto que resulta razonable y hasta saludable jurídicamente que la

judicatura tenga un papel activo en el devenir diario lo que le otorga un rol determinante en los asuntos *sub iudice*, pero sus actuaciones podrían estar mal encaminadas si se desarrollan bajo el cobijo escasez o exceso de las mismas. Pues bien, en este sentido hay que añadir que el exceso de activismo desemboca o se enmarca en un maximalismo judicial lo cual configura a jueces y magistrados como actores necesarios de extralimitaciones interpretativas de las normas e inclusive de la Norma Constitucional., algo que puede resultar profundamente arriesgado y que debiera tener críticas tanto desde el propio entorno jurídico como de la sociedad en general.

Hay que hacer referencia a una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, en el asunto *Salduz contra Turquía*, pues es un pronunciamiento donde se cambia la tendencia interpretativa habida del Convenio Europeo de Derechos Humanos para volver a modificarse posteriormente (Martínez Santos, 2020, p.109-137). Trata sobre si restringir el derecho a letrado en las estancias de la policía en los inicios en que se priva de libertad a alguien, es acorde con lo contemplado en los artículos 6-1 y 6-3 c) de dicho Convenio:

6-1: Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso, en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

6-3: Todo acusado tiene como mínimo los siguientes derechos:

c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan (...).

4.9. *Anti-formalistas*

En la misma línea argumental que se viene manteniendo, hay que destacar en este activismo judicial preponderante en diversos países, el llamado antiformalismo de la justicia en sus pronunciamientos (García Amado, J.A., 2013,

pp.13-43). Por obvia contraposición al formalismo, este último hace una exégesis general de las normas cuando se aplican a supuestos esencialmente coincidentes quedando el juez como portavoz del objetivo resultado final que se vea en la sentencia, mientras que en el otro lado de la balanza están las teorías anti-formalistas que propugnan lo contrario, es decir, evitan esa aplicación generalista del derecho dando paso para ello a una cierta discrecionalidad y equidad de los jueces. En el *iusmoralismo*, normalmente también se da la circunstancia de esa evitación de actuaciones discrecionales, aunque va un paso más allá al considerar que el derecho en general y las normas jurídicas de rango superior en particular tienen una esencia ética o moral además de su carácter jurídico, y por esta razón hay normas que no deben ser empleadas en la resolución de casos si produce efectos inmorales.

Una figura crítica del positivismo la encontramos en Ronald Dworkin porque sólo toman en consideración lo plasmado en las normas, mientras que esa corriente tiene seguidores como Herbert Lionel Adolphus Hart.

Volviendo *stricto sensu* al activismo judicial, éste no deja de ser una intromisión en las competencias de otros poderes *v.gr.* como es el legislativo, quizás con la finalidad de defender derechos, algunos fundamentales, de la población. Se puede dar a conocer el caso de Colombia, cuando en los años noventa su Corte Constitucional redacta sentencias anti-formalistas. La Corte Constitucional emitió en el año dos mil dieciocho una sentencia, la SU-095 de 2018, en la cual revisó resoluciones en instancia que trataban sobre la tutela implantada por determinado emporio empresarial, como era la multinacional Mansarovar Energy Colombia Ltda. (Benavidez Vega, 2021).

4.10. Hipergarantistas

En Iberoamérica fundamentalmente, aunque posiblemente en otros países, el papel activo que asumen jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones, a veces no exento de críticas y en ocasiones no exento de alabanzas, lo que sí sucede es que en estos estados el activismo judicial conlleva la garantía de defensa de derechos fundamentales de los ciudadanos, lo que sin embargo a juicio de los positivistas lleva aparejado una cierta quiebra del respeto debido a las Constituciones (García y Verdugo, 2013, p.31 ss.; Duquelsky Gómez, 2018).

Si se polarizan ambas posturas, los argumentos de los defensores de este tipo de actuaciones, basan su justificación en que por un lado las mismas

promueven la defensa de las clases más desfavorecidas social y económicamente, y por otro lado y entre alguna razón más, contribuyen a salvaguardar el texto constitucional.

También vemos que se encuentran los sectores críticos con esta proactividad judicial, pues algunos entienden que no se cumple la Constitución, o bien que al asumir los jueces funciones que no les competen porque *v.gr.* que pertenecen al poder legislativo, esta extralimitación conlleva deficiencias técnicas generadoras de efectos indeseados.

En este estado de cosas, y en referencia a la praxis de este modelo de entendimiento del ejercicio judicial, hay una sentencia que adquiere este nivel de garantismo social, como fue la sentencia del Caso Brown *versus* Board of Education of Topeka, el cual marca un hito en cuanto a la segregación racial se refiere. Nos situamos en el año 1954 en los Estados Unidos de América, y la corriente mayoritaria seguida hasta ese momento de “iguales pero separados” es superada a partir de este fallo judicial de la Corte Suprema.

4.11. *Contrapotestativas*

En este maremágnum de sentencias donde el papel de la justicia en la persona de los jueces viene siendo especialmente activo, lo potestativo es lo que se incluye y desarrolla dentro de las facultades de quién lo lleva a efecto y por tanto lo contra-potestativo tiene el sentido opuesto. La secuencia de todos estos modelos de pronunciamientos judiciales definitivamente podemos basarla en un exceso de diligencia competencial judicial solventando deficiencias burocráticas en la resolución de conflictos, y así las cosas, sería imprudente afirmar o postular posiciones maniqueístas que podrían ser erráticas, pues como se viene exponiendo tanto doctrinalmente como en fallos judiciales emitidos cabe la posibilidad de hacer valoraciones en un sentido constructivo y en el contrario. Marañello “refiere el italianismo “aggiornamento” del servicio de justicia como significado de remozar, o actualizar más que reinventar y por tanto adaptar algo a los cambios competitivos” (2012, p.46-83).

Este actuar judicial excediéndose de sus naturales atribuciones, tiene unos significados consustanciales de corte axiológico que se traducen, como hemos venido viendo, en el amparo de derechos de las personas lo que consecuentemente conlleva marcar una línea de actuación al resto de la población y a los poderes públicos –ya sea el poder legislativo o el poder ejecutivo–, lo cual añade

que se fijen posibles reformas jurídico-normativas en ciertos temas, y en definitiva implica una defensa constitucional en toda regla.

Sobre esto ha escrito Ezequiel Malarino, dejando patente negro sobre blanco, como en Iberoamérica la Corte Interamericana llega a incluir normas bajo su criterio en cuanto que no han sido introducidas por las autoridades estatales, a la vez que puede también modificar o eliminar otros preceptos (2011).

En alusión al estado español, de algún modo cabría mencionar la opinión de Mariano Yzquierdo Tolsada sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de abril del 2016 en relación a la inconstitucionalidad de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano por invadir en materia civil la competencia estatal, el mismo dice:

El Derecho civil que se puede y se debe desarrollar por los Parlamentos autonómicos se limita a las instituciones que se encontraban vigentes cuando entró en vigor la Constitución de 1978. Y es que ésta se refiere a los derechos civiles forales o especiales “allí donde existan”, no “allí donde hayan existido alguna vez”.

4.12. *Justicieras*

Al ser el acervo jurídico un conjunto de normas dónde rige la letra de la ley pero también el espíritu de la ley, se podría afirmar que la autoridad judicial tiene margen en cuanto a la interpretación que de las mismas se haga, pero obviamente también tiene que haber limitaciones marcadas por las propias leyes (...) pues en caso contrario se caería fácilmente en manejar el derecho de forma discrecional como si de algo dúctil se tratara y sirviendo a determinados intereses en función del momento, lo que conllevaría inseguridad jurídica al no respetar el principio de legalidad.

Siguiendo el testigo de la anterior argumentación, sobre si las sentencias deben o no ser justicieras, conforme recoge Jesús Manuel Villegas, en palabras de San Agustín *Nam mihi lex esse non videtur, quae iusta non fuerit*, es decir, no me parece que sea ley aquella que no sea justa; y expone que “(...) para ser juez hay que ser valiente”. Siguiendo este postulado, bajo mi punto de vista se puede entender meridianamente claro cómo una ley no puede dar la espalda al acaecer social, y aún cuando la tan deseada y no siempre respetada división de poderes deba serlo, no es menos cierto que aún evitando caer en posiciones demagogas, el tan manido espíritu de la ley enviste al juez de una cierta elasticidad en la interpretación y aplicación de las normas al caso concreto, salvaguardando

así el cumplimiento de la justicia a través de sentencias justas.

Un ejemplo que bien podría llegar a encajar en este modelo de sentencias, está en la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2022, de 29 de septiembre, siendo ponente el magistrado don Antonio Narváez Rodríguez; Recurso de Amparo 7211-2021; promovido por Saltoki Araba, S.A., en relación con las resoluciones dictadas por las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en proceso de despido. La anterior sentencia establece:

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido estimar el recurso de amparo interpuesto por la entidad Saltoki Araba, S.A., y, en su virtud:

1ª. Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2º. Restablecerla en su derecho y, en consecuencia, declarar la nulidad de la sentencia núm. 1211/2020, de 6 de octubre, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de suplicación núm. 956-2020; y del auto de 14 de septiembre de 2021, dictado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por el que se acordó la inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina núm. 28-2021, interpuesto contra la anterior; quedando firme la sentencia de 3 de junio de 2020 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Vitoria-Gasteiz, dictada en el marco del procedimiento núm. 449-2019.

5. RESULTADOS Y DISCUSIÓN: EFECTOS Y DICTAMEN

Formalmente, el activismo judicial alude a la capacidad reconocida que tienen los jueces y tribunales para interpretar el derecho empleando como herramienta sus propias sentencias *ut supra*, pero llevando a cabo esta cometido por medio de la apropiación de funciones que *a priori* no corresponden al poder judicial (no forman parte de las *fontes constituendi* originarias sino derivadas – al menos así era la teoría para los sistemas jurídicos de Derecho continental o Derecho Civil, frente a los sistemas de Derecho común anglosajón, pero tras la globalización se han producido profundos trasplantes jurídicos, Sánchez-Bayón, 2012 y 2014c). Este hecho tiene tintes positivos *vs* a otros peyorativos en función del país en que nos encontremos, y no parece aventurado decir que España estaría encuadrada en la segunda de las opciones y algunos países de Iberoamérica

lo estarían en la primera. Verdaderamente en estos momentos hay un problema de crisis político institucional que abarca gran parte del espectro territorial mundial, lo cual unido a un aumento de la potestad en la judicatura, implica un caldo de cultivo para poner en riesgo la seguridad jurídica de cualquier estado, pues el arbitrio de aquellos jueces y magistrados que transgreden las reglas, en tanto no se sienten obligados a respetar las normas que emanan del poder legislativo pues sus actuaciones judiciales se resuelven aplicando y sometiendo a principios más generales, en definitiva puede ser entendido como que una cosa es defender la independencia judicial y otra que los jueces se arroguen en una posición de no sometimiento al imperio de la ley.

Ya en 1947 en Estados Unidos de América, Arthur Schlesinger Jr usa este calificativo de activismo judicial para referirse a sentencias judiciales que dejan de lado la que debiera ser aplicación ortodoxa de la legalidad y de este modo buscan apoyar cuestiones políticas –en realidad, justo lo contrario: se califica de activismo judicial a toda sentencia que se aleje del apoyo a las políticas públicas del partido demócrata, aunque sean coherentes con el resto del Ordenamiento; así paso con *affirmative action* o discriminación positiva (Sánchez-Bayón, 2019a-b).

En esta cuestión y dada su relevancia, como en muchas otras, existen posiciones encontradas, y así Eugenio Bulygin habla de reglas constitutivas y normas de la competencia, y en determinados casos los jueces pueden transgredir las funciones que les corresponden para asumir otras que no son sus atribuciones (2005), de modo que se cubran las lagunas del Ordenamiento y su integridad (Sánchez-Bayón, 2010). También hay que traer a la palestra la posición defendida por Ronald Dworkin que plantea una crítica al poder discrecional que puedan ostentar los jueces, mientras que Herbert Hart (2011), entiende que hay supuestos difíciles en los que, para su resolución, la justicia puede ser susceptible de dar soluciones donde aplique la discrecionalidad interpretativa sobre conceptos de carácter general.

En definitiva, la justificación inicial de la emergencia del activismo judicial en los años 60, fue para acelerar los cambios jurídico-sociales, introduciéndose la visión normativa de Ciencias Sociales (valorativa de transformación social, conforme a una planificación centralizada de ingeniería social). Esto es, se trata de la actualización del Ordenamiento, no por el poder legislativo, sino por el poder ejecutivo, pretendiéndose que no pudiera corregir tal desviación potestativa por parte del poder judicial. Entre los efectos indeseados del activismo judicial, además de los evidentes e inmediatos como es la vulneración de principios jurídicos

como el de legalidad, la seguridad jurídica, la interdicción de la arbitrariedad, etc. También tienen lugar una serie de efectos negativos de segunda ronda como son los denunciados por la síntesis heterodoxa de EAE y NIE-NEP: intervencionismo *ultra vires*, inflación de sentencias, redes clientelares, etc.

6. CONCLUSIÓN

Difícilmente puede concluirse sobre un proceso en curso. El mayor mérito de esta publicación ha sido el estudio comparado de sentencias para establecer una sistematización más amplia, con ilustraciones empíricas y conforme a las tendencias. Las categorías comprendidas de sentencias han sido: manipulativas, atípicas, heterodoxas, imaginativas, vanguardistas, fundamentalistas, constructivistas, maximalistas, anti-formalistas, hipergarantistas, contrapotestativas y justicieras. Este amplio repertorio, en comparación con el establecido en 2010 por el Prof. Sánchez-Bayón, sigue observando el amplio abanico que comprende desde el activismo judicial hasta el delito judicial, por prevaricación y cohecho. No obstante, sobre la llamada guerra judicial o *Lawfare*, no parece haberse asentado aún entre las sentencias, pues si hubiera alguna, resulta estadísticamente despreciable hasta la fecha (primavera de 2024). Por tanto, cabe pensar que dicho fenómeno no procede tanto de las sentencias del poder judicial, como por parte de los políticos (en cargos públicos, especialmente del poder ejecutivo) que lo denuncian; aunque bien pudiera parecer que están buscando garantizarse cierta inmunidad complementaria, más allá de los vigentes estatutos y aforamientos.

En definitiva, el activismo judicial surgió como excusa para acelerar la actualización del Ordenamiento, favoreciéndose así el reconocimiento de cambios sociales deseados; sin embargo, ya desde los años 60 se probaron sus efectos nocivos, pues además de restar seguridad jurídica y probarse el menoscabo que supone un intervencionismo *ultra vires* en la calidad y eficiencia jurídica del sistema, por fomentarse las contradicciones normativas, además de incentivar las cuotas frente los méritos personales. Con el *revival* o revitalización tras la globalización (con la nueva edición de las guerras culturales basadas en políticas identitarias), los problemas que comporta el activismo judicial se han incrementado, pues es más clara la influencia del constructivismo jurídico y el uso alternativo del derecho, cuya estrategia pasa por deslegitimar el Ordenamiento precedente, para poder instaurar el nuevo pretendido. Ello explica el porqué del auge del *Lawfare* como derivada del activismo judicial actual. Conforme al teorema de Mises, puede inducirse que, del creciente intervencionismo *ultra vires* de planificación centralizada

coactiva por parte del poder ejecutivo, se está poniendo en peligro la continuidad del sistema democrático y de derecho vigente, ya que supone un ejercicio colonizador por parte del ejecutivo frente al resto de poderes estatales (no resulta tanto una judicialización de la política, sino una intensificada politización de la judicatura y con ella el Ordenamiento efectivo).

Como futuras líneas de investigación, se pretende abordar la materia de manera cuantitativa, ofreciéndose un estudio estadístico que respalde de manera robusta este programa de estudio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alonso-Neira, M.A., Sánchez-Bayón, A., Castro-Oliva, M. (2023). Teoría austriaca del ciclo económico aplicada al caso español: del inicio del euro a la gran recesión y su recuperación. *Revista De Métodos Cuantitativos Para La Economía Y La Empresa*, 35, 280–310. <https://doi.org/10.46661/revmetodoscuanteconempresa.6837>
- Anderson, M. (1986). *The Unfinished Agenda: Essays on the Political Economy of Government Policy in Honour of Arthur Seldon*. London: Institute of Economic Affairs.
- Aparicio, M.A. (2010). Alguna consideración sobre la sentencia 31/2010 y el rol atribuido al Tribunal Constitucional, *Revista Catalana de Dret Públic – Especial sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*, Generalitat de Catalunya – Escola d'Administració Pública de Catalunya, diciembre 2010, p. 26 (URL: https://eapc.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/varia/33_especial_sentencia_estatut/documents/especial_estatuto_es.pdf; consultado en enero 2024).
- Avilés Palacios, L. (2022). La violencia económica y la proactividad judicial, *IDEES*, 59 (revistaidees.cat ; consultado en enero 2024).
- Benavidez Vega, C.A. (21 de julio de 2021). Gobierno de los jueces o gobierno del pueblo? Consultas populares ambientales y activismo judicial regresivo en Colombia, *Estudios de Derecho* (<https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/346805/20805938>; consultado en enero 2024).
- Berger, R. (1987). Originalist Theories of Constitutional Interpretation. *Cornell L. Rev.*, 73: 350-58.
- Blaug, M. (1968). *Economic Theory in Retrospect*. Homewood: Richard Irwin
- Boettke, P., Haeffele-Balch, S. & Storr, V. (2016). *Mainline Economics*. Arlington: Mercatus
- Brennan, G. y Buchanan, J. (1985). *The reason of rules. Constitutional Political Economy*. Cambridge: Cambridge University Press
- Breyer, S. (2005). *Active Liberty: A Progressive Alternative to Textualism and Originalism*. New York: Alfred Knopf.
- Buchanan, J. (1987). *Constitutional Economics*. New York: Mac-Millan.

- Buchanan, J. (1990). The Domain of Constitutional Economics. *Constitutional Political Economy*, 1(1), 1-18.
- Buchanan, J., Tullock, G. (1962). *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. The University of Michigan Press.
- Bulygin, E., Mendonca, D. (2005). *Normas y sistemas normativos*. Madrid: Marcial Pons.
- Chacín Fuenmayor, R. (2010). Argumentación en base a principios, sentencias atípicas y habilitación legislativa, *Cuestiones Políticas*, 26(44): 105-114.
- Coase, R. (1937). The nature of the firm. *Economica*, 4(16), 386-405.
<https://doi.org/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x>
- Coase, R. (1960). The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, 3(1), 1-44.
<https://bit.ly/3Q5mtJZ>
- Comunicación Poder Judicial (17 de marzo de 2021), El juez desestima la demanda de Abogados Cristianos contra el actor Willy Toledo y por considerar que no lesionó el honor de la asociación, *Poder Judicial España-Noticias Judiciales*, El juez desestima la demanda de Abogados Cristianos contra el actor Willy Toledo y por considerar que no lesionó el honor de la asociación | CGPJ | Poder Judicial | Noticias Judiciales
- De Rosas Andreu, J. (2019), Una mirada a la evolución del concepto de Derecho y la fractura de la “novela en cadena” en Ronald Dworkin, *Revista de la Facultad de Derecho*, 47.
- Díaz Revorio, F.J. (2011), La tipología de los pronunciamientos en la STC 31/2010, sus efectos sobre el Estatuto Catalán y otras normas del Ordenamiento vigente, *Revista Catalana de Dret Public*, Núm. 43, Barcelona-Generalitat de Catalunya-Escuela de Administración Pública de Catalunya.
- Duquelsky Gómez, D.J. (2018), La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 41, <https://doxa.ua.es/article/view/2018-n41-la-falsa-dicotomia-entre-garantismo-y-activismo-judicial>
- EUR-Lex - 61991J0267 - ES (24 de noviembre de 1993) Procedimiento penal entablado contra Bernard Keck y Daniel Mithouard – Asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91 EUR-Lex - 61991J0267 - ES (europa.eu) [fecha de consulta 25-09-2023].
- Fernández, A., Rodríguez, L. (1982). *Introducción y metodología de la política económica*. Madrid: Ed. ICE.
- Fukuyama, F. (1989). The end of history? *The National Interest*, 16, 3-18.
- Fukuyama, F. (1992). *The end of history and the last man*. New York: Macmillan.
- Fukuyama, F. (2018). *Identity: Contemporary identity politics and the struggle for recognition*. New York: Farrar, Straus and Giroux.
- García Amado, J.A. (2012-13). Sobre formalismos y antiformalismos en la teoría del derecho, *Eunomía-Revista en Cultura de la Legalidad*, Núm. 3.
- García, G., Verdugo, R. (2013). *Activismo Judicial en Chile ¿Hacia el Gobierno de los Jueces?* Santiago de Chile: LYD.
- García Pablos, A. (1996). Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores, en *Menores privados de libertad*, Cuadernos de Derecho Judicial.

- Gascón Abellán, M. (2016), Interpretación de la Constitución ¿gobierno de los jueces?, *TEORDER*, Núm. 20.
- Gramsci, A. (1948-51). *Quaderni del carcere* (6 vols.). Torino: Einaudi
- Hart, H. (2011). *El Concepto de Derecho* (trad.). Buenos Aires: Perrot.
- Hayek, F. (1944). *The Road to Serfdom*. London: Routledge
- Hayek, F. (1946). *Individualism and Economic Order*. Princeton: Princeton University.
- Hayek, F. (1952a) *The sensory order*. Chicago: The University of Chicago.
- Hayek, F. (1952b) *The counter-revolution of science: Studies on the Abuse of Reason*. New York: Free Press.
- Hayek, F. (1960). *The Constitution of Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Hayek, F. (1973). *Law, Legislation, and Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Hayek, F. (1988). *The fatal conceit: the errors of socialism*. Chicago: The University of Chicago Press
- Hoppe, H. (1989). *A theory of socialism and capitalism*. Kluwer.
- Hoppe, H. (1993). *The Economics and Ethics of Private Property* (reprint. 2006). Ludwig von Mises Institute.
- Hoppe, H. (1995). *Economic science and the Austrian method*. Auburn: Mises Institute.
- Huerta de Soto, J. (1992). *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*. Madrid: Unión Editorial.
- Huerta de Soto, J. (2000). *La escuela austriaca: mercado y creatividad empresarial*. Madrid: Ed. Síntesis.
- Kirk, J. (1999). Constitutional Interpretation and a Theory of Evolutionary Originalism. *Federal Law Review*, 27(3), 323-366.
- Kittrie, O. (2016). *Lawfare: Law as a weapon of war*. Oxford University Press.
- Lilla, M. (2017), *Once and Future Liberal: After Identity Politics*. New York: Harper Co.
- López Bajo, L.P. (2017). *Límites constitucionales, activismo judicial e incidencia de las organizaciones civiles: las controvertidas decisiones de la corte constitucional colombiana sobre derechos humanos*, Estudios Políticos Tesis Maestrías, Quito-Ecuador: Flasco Ecuador.
- Malarino, E. (2011). Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias anti-democráticas y antiliberales de la Corte de Derechos Humanos. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, untitled (unam.mx)
- Maraniello, P. (2012). El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional, *Tla-Melaua-Revista de Ciencias Sociales-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Nueva Época*, 6(32): 46-83.
- Mariani, K. (2023). El papel de Zaffaroni y la red jurídica del Vaticano para influir en América. *La Gaceta de la Iberosfera*. El papel de Zaffaroni y la red jurídica del Vaticano para influir en América (gaceta.es)
- Marín Castán, M.L. (2016). Activismo judicial y paradigma neoconstitucional: algunas reflexiones. *La Albolafia Revista de Humanidades y Cultura*, 6: 111-132.
- Marshall, W. (2011). Progressive Constitutionalism, Originalism, and the Significance of Landmark Decisions in Evaluating Constitutional Theory. *Ohio St. LJ*, 72, 1251.

- Martín Méndez, P. (2018). Neoliberalismo y judicialización de la política: una genealogía posible. *Revista en línea del grupo de Investigación Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, 20.
- Martínez Santos, A. (2020). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante las restricciones del derecho a la asistencia letrada en los primeros momentos de la privación de libertad. *Revista Española de Derecho Constitucional* 118, 109-137.
- Menger, C. (1871). *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre*. Braumüller.
- Menger, C. (1883). *Untersuchungen über die Methode der Socialwissenschaften und der Politischen Oekonomie Insbesondere*. Duncker & Humblot.
- Mises, L. (1922) *Die Gemeinwirtschaft: Untersuchungen über den Sozialismus*. Gustav Fischer Verlag.
- Mises, L. (1929). *Kritik des Interventionismus*. Gustav Fischer Verlag.
- Mises, L. (1933). *Grundprobleme der Nationalökonomie: Untersuchungen über Verfahren, Aufgaben und Inhalt der Wirtschafts- und Gesellschaftslehre*. Gustav Fischer Verlag.
- Mises, L. (1944). *Omnipotent Government: The Rise of the Total State and Total War*. Yale University Press.
- Mises, L. (1949). *Human Action: A Treatise on Economics*. Yale University Press.
- Mises, L. (1956). *The Anti-Capitalistic Mentality*. Van Nostrand.
- Mises, L. (1957). *Theory and History: An Interpretation of Social and Economic Evolution*. Yale University Press.
- Nación (8 de septiembre de 2021) SCJN es uno de los tribunales más vanguardistas tras sentencia sobre aborto: Zaldívar. *Contra Réplica periodismo de investigación*, SCJN es uno de los tribunales más vanguardistas tras sentencia sobre aborto: Zaldívar - ContraRéplica - Noticias (contrareplica.mx) [fecha de consulta 26-09-2023]
- Pérez-Huertas, J.L., Sánchez-Bayón, A. (2013). Nuevas aportaciones en Teoría económica y empresarial: la escuela de juegos de poder y la evaluación de su desarrollo. *Torre de los Lujanes. Revista semestral de Humanidades y Ciencias Sociales-Real Sociedad Económica Matritense*, 69: 127-151.
- Rivas-Robledo, P. (2022), ¿Qué es el activismo judicial? Parte II: una definición más allá de la extralimitación de funciones, *Dikaion*, 31(2), <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.2.6>
- Román Ortiz, P. (2011). Poder judicial, seguridad y democracia. *Razón pública*, 27. Poder Judicial, Seguridad y Democracia - Razón Pública
- Rothbard, M. (1957). In Defense of "Extreme Apriorism". *Southern Economic Journal*, 23(3): 314-320
- Rubio Llorente, F. (1988). La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 8: 9-51.
- Salinas Mengual, J. (2019). Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Perspectiva actual, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 35.
- Sánchez-Bayón, A. (2010). Au revoir, loi de l'État. El fin del derecho estatal de bienestar.

- Bajo Palabra*, 5: 143-162.
- Sánchez-Bayón, A. (2012). *Sistema de Derecho Comparado y Global*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Sánchez-Bayón, A. (2013a). Historia, Historiología e Historiografía de los Estudios Inter-culturales en EE.UU. *Revista Banda de Moebius*, Univ. Chile, 48: 147-57. DOI: 10.4067/so717-554x2013000300003
- Sánchez-Bayón, A. (2013b). *Concordia Constitucional*. Madrid: Delta Publicaciones.
- Sánchez-Bayón, A. (2014a). Freedom of religion at large in American Common Law: a critical review and new topics, *Journal for the Study of Religions and Ideologies*, 13(37): 35-72. EID: 2-s2.0-84893552007
- Sánchez-Bayón, A. (2014b). Fundamentos de Derecho Comparado y Global: ¿cabe un orden común en la globalización? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 141: 1021-51. DOI: 10.1016/S0041-8633(14)71183-4
- Sánchez-Bayón, A. (2017). Revelaciones conceptuales y lingüísticas de la posglobalización: Retos de construcción moral de la sociedad del conocimiento y aportes del humanismo hispánico. *Carthaginensia*, 33(64): 411-58.
- Sánchez-Bayón, A. (2019a). American identity crisis: attack to American civil religion & trans-Westernness risk, *Cogito, Multidisciplinary Research Journal-Splaiul Unirii* (Bucharest), 11(1): 23-51
- Sánchez-Bayón, A. (2019b). Sociología de la identidad estadounidense. Oporto: Ed. Sindéresis.
- Sánchez-Bayón, A. (2020). Renovación del pensamiento económico-empresarial tras la globalización, *Bajo Palabra*, 24: 293-318 DOI: <https://doi.org/10.15366/bp.2020.24.015>
- Sánchez-Bayón, A. (2022). Gestión comparada de empresas colonizadoras del Oeste americano: una revisión heterodoxa. *Retos. Revista de Ciencias de Administración y Economía*, 12(24): 330-348. DOI: <https://doi.org/10.17163/ret.n24.2022.08>
- Sánchez-Bayón, A. (2023). Fallos estatales y paradojas sociales por el intervencionismo en cuestión de género. *Procesos de Mercado*. 20(2): 301-342.
- Sánchez-Bayón, A. (2024a). Análisis neoinstitucional de la cuestión de género: paradoja y efectos indeseados. *Dixi*, 26(1): 1-43. DOI: <https://doi.org/10.16925/2357-5891.2024.01.01>
- Sánchez-Bayón, A. (2024b). Ortodoxia versus heterodoxias sobre la colonización del Oeste estadounidense por empresas religiosas e ideológicas. *Carthaginensia*, 40(77): 117-156. DOI: <https://doi.org/10.62217/carth.457>
- Sánchez-Bayón, A., Peña, J.A. (2021). *Instituciones Públicas a debate: problemas y retos de un Sector Público difuso*. Madrid: Delta Publicaciones
- Sánchez-Bayón, A., Urbina, D., Alonso-Neira, M.A, Arpi, R. (2023). Problema del conocimiento económico: revitalización de la disputa del método, análisis heterodoxo y claves de innovación docente. *Bajo Palabra*, (34), 117-140. <https://doi.org/10.15366/bp2023.34.006>
- Sánchez-Bayón, A., Arpi, R. (2024). Disputa del método en Economía: monismo vs.

- pluralismo. *Ad-gnosis*, 13(14). e-711 (1-20). <https://doi.org/10.21803/adgnosis.13.14.711>
- Sentencia caso Brown vs Board of Educational of Topeka (1954), siendo ponente el Excmo Sr. D. Chief Justice Earl Warren, *UNAM – Lecturas sobre Instituciones políticas y principios constitucionales estadounidenses* Sentencia Brown vs. Board of Education of Topeka (1954) - Lecturas sobre Instituciones políticas y principios constitucionales estadounidenses (unam.mx)
- Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-660/21 | K.B. y F.S. (Apreciación de oficio en el ámbito penal) (iustel.com)
- Sentencia del Tribunal Constitucional 146/2014, de 22 de septiembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2022, de 29 de septiembre
- Sentencia caso Salduz vs. Turquía (URL: <https://lpderecho.pe/tedh-derecho-asistido-abogado-absoluto-salduz-vs-turquia/>)
- Smith, A. (1776). *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. London: W. Strahan & T. Cadell.
- Yarnold, B. (1999). *Religious wars in the Courts I: The Lower Federal Courts and the U.S. Supreme Court in religious freedoms cases, 1970-1990*. Huntington: Nova Science Publishers.
- Yarnold, B. (2000). *Religious wars in the Courts II. Who were the litigants in the US Courts, religious freedom cases 1970-1990?* Huntington: Nova Science Publishers.
- Villegas Fernández, J.M. (2023). Los límites de la decisión judicial: ¿juez literalista o justiciero? Conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid, salón académico el 17 de noviembre de 2016, *El Notario del Siglo XXI*, 110.
- Yzquierdo Tolsada, M. (2016). ¿Por qué Cataluña puede y Valencia no? *Notario del Siglo XXI*.
- Zuluaga Jaramillo, A. (2022). Imaginación y sentencia judicial: un estudio desde el caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Estudios Constitucionais, Hermenéutica e Revista de Direitoi*, 14(2): 184-199, Unisinos-doi: 10.4013 rechtd.

MARÍA NIEVES NAVARRO MOZO

Universidad Europea Miguel de Cervantes, Valladolid.

Prof. Criminología de la Universidad Europea Miguel de Cervantes.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4635-2584>

ANTONIO SÁNCHEZ-BAYÓN

Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.

Prof. Economía Aplicada en Universidad Rey Juan Carlos

(URJC, antonio.sbayon@urjc.es), investigador de GICID-UNIZAR,

GESCE-URJC, GID-TICTAC CCEESS-URJC y CIELO-ESIC

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4855-8356>