Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 46, 2023, pp. 161-176
https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.09

Manuel Atienza, el activismo judicial y el consejo de Circe

Manuel Atienza, Judicial Activism and Circe's Advice

Leopoldo Gama[1]

Autor:
Leopoldo Gama
pologama@gmail.com
Universidad Autónoma de Tlaxcala, México
https://orcid.org/0000-0003-2121-705X

Recibido: 10/06/2022
Aceptado: 10/09/2022

Citar como:
Gama, Leopoldo (2023). Manuel Atienza, el activismo judicial y el consejo de Circe. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 161-176. https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.09

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).

© 2023 Leopoldo Gama

Resumen

En este texto se aborda la caracterización del activismo judicial en la teoría de la argumentación jurídica de Manuel Atienza. En primer lugar, se enmarca el activismo judicial en la concepción postpositivista del Derecho desarrollada por Atienza y se vincula su postura teórica con el modelo de democracia constitucional. A continuación, se caracteriza al activismo judicial por oposición al formalismo y se les considera como dos extremos o desviaciones institucionales en la interpretación del Derecho que deben ser evitadas por la judicatura, como el Escila y Caribidis en el texto de Homero. Posteriormente, se señala que la virtud judicial, la actitud interpretativa ideal de los jueces en los casos difíciles, se encuentra a medio camino entre el formalismo y el activismo judicial. No obstante, en la resolución de casos difíciles es preferible en ocasiones optar por un formalismo, pero más bien de tipo reflexivo, que atienda a las razones subyacentes a las normas en lugar por salidas activistas. Esto equivale a escuchar el consejo de Cirse que recomendaba acercarse a Escila (formalismo) y alejarse lo más posible de Caribdis (activismo).

Palabras clave: Activismo judicial; formalismo jurídico; argumentación jurídica; interpretación jurídica.

Abstract

This text addresses the characterization of judicial activism in Manuel Atienza's theory of legal argumentation. In the first place, judicial activism is framed in the post-positivist conception of Law developed by Atienza and his

1. Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante y profesor del Núcleo Académico del Doctorado en Derecho y Argumentación Jurídica, Centro de Investigaciones Jurídico Políticas de la Universidad Autónoma de Tlaxcala.

theoretical position is linked to the model of constitutional democracy. Next, judicial activism is characterized by opposition to formalism, and both are considered as two extremes or institutional deviations in the interpretation of Law that must be avoided by the judiciary, such as Scylla and Charibidis in Homer's text. Subsequently, it is pointed out that judicial virtue, the ideal interpretive attitude of judges in difficult cases, is halfway between formalism and judicial activism. However, in the resolution of difficult cases it is sometimes preferable to opt for a formalism, but rather of a reflexive type, which attends to the underlying reasons of the norms instead of activist solutions. This is equivalent to listening to Cirse's advice, which recommended getting closer to Scylla (formalism) and getting as far away from Charybdis (activism) as possible.

Keywords: Judicial activism; legal formalism; legal argumentation; legal interpretation.

1. EL ENFOQUE POSTPOSITIVISTA Y ARGUMENTATIVO HACIA EL DERECHO DE MANUEL ATIENZA

Manuel Atienza ha insistido en una serie de textos[2] que el formalismo y el activismo judicial son los dos extremos, en el sentido de que se trata de desviaciones institucionales (según mi interpretación) que se deben evitar a toda costa por los jueces. De ahí que los asemeje a uno y a otro con Escila y a Caribdis de la Odisea, los dos monstruos marinos que amenazan con hundir el barco de Ulises o devorar a su tripulación, de acuerdo con la narración de Homero.

Considero relevante reflexionar sobre el activismo judicial, especialmente por la presencia que tiene este concepto para comprender las diversas actitudes prácticas que adoptan los jueces en los casos prácticos, fundamentalmente en la comunidad jurídica latinoamericana. En esos países se espera por lo regular que los jueces sean activistas. A esa expectativa se une también un persistente acercamiento de corte «neoconstitucionalista»[3] al Derecho caracterizado por una excesiva confianza en los tribunales para generar equilibrios sociales, sumada a una suspicacia en los cuerpos legislativos para el manejo de los derechos.

El activismo judicial ha sido uno de los temas que se han mantenido constantes en la amplia red de preocupaciones del filosofó del Derecho español en sus análisis sobre las decisiones judiciales. La postura de Atienza a este respecto se vincula con su concepción del Derecho y de la argumentación jurídica de las que intentaré dar cuenta muy someramente.

Respecto a las concepciones del Derecho en nuestro ámbito cultural, Atienza señala que se han elaborado tres enfoques usuales: uno estructural, típico del positivismo

2. Reconstruyo la caracterización que traza del activismo fundamentalmente a partir de dos textos: Atienza, Manuel, (2013a), *Curso de Argumentación Jurídica,* Trotta, Madrid, y Atienza, Manuel, (2020) «Siete tesis sobre el activismo judicial» en *Una apología del Derecho y otros ensayos*, Trotta, Madrid, 2020.
3. Una etiqueta que, como ha insistido el propio Atienza, conduce a la confusión pues no es descriptiva de los autores que pretende englobar.

jurídico normativista; un enfoque valorativo, característico del iusnaturalismo y un enfoque sociológico o funcional. A las anteriores perspectivas hacia el Derecho, Atienza añade una comprensión adicional que sobreviene por el carácter argumentativo del Derecho. El Derecho es una empresa colectiva, una técnica para solucionar problemas prácticos. El Derecho no puede observarse únicamente a través de los ojos del positivista, como un fenómeno ya dado. Tampoco consiste meramente en lenguaje, del legislador o de los juristas. Esa es la forma en la que habitualmente lo concibe el positivismo jurídico de inspiración iusanalítica. El Derecho es, además, una práctica con la que se trata de obtener ciertos fines y valores sociales dentro de los límites que marca el sistema de normas. Aquí es donde entra la perspectiva o enfoque argumentativo hacia el Derecho o, como dice Manuel Atienza, entender el Derecho como argumentación.

La concepción argumentativa del Derecho está ligada además con el modelo de estado constitucional, caracterizado por la necesidad de motivar las decisiones estatales, particularmente en el ámbito judicial. Los jueces deben exponer las razones que justifican sus decisiones, deben pues argumentar, afirma insistentemente Atienza. De tal suerte, la perspectiva argumentativa hacia el Derecho está vinculada con la función justificativa de las decisiones propia del estado constitucional de Derecho.

Los autores que se sitúan en un paradigma no-estrictamente-positivista (o «postpositivista», en términos del propio Atienza) como Ronald Dworkin, Carlos Nino o Robert Alexy, consideran que el razonamiento jurídico es de carácter justificativo, es decir, incluye necesariamente alguna premisa de carácter político-moral. En una concepción del Derecho, como por ejemplo la de Nino, esto significa que, en el razonamiento práctico en el ámbito del Derecho, apelar meramente a las normas jurídicas es insuficiente para justificar una acción o una decisión. En cambio, una decisión, como la judicial, estará justificada a la luz de un conjunto de principios morales de los que se derivan los derechos fundamentales. Ello significa que el conjunto de derechos que se derivan de los principios morales se encuentra en el nivel último de justificación de las decisiones jurídicas[4].

Merece también señalarse que, en la obra de Atienza, la vinculación entre la teoría del Derecho, la filosofía moral y también política, se hace patente en el ámbito de la interpretación, propiamente de la interpretación constitucional y es explicada en sus palabras del siguiente modo: «la interpretación del Derecho, de la Constitución, exige una filosofía moral y política, la cual, en algún sentido, forma parte del Derecho»[5]. Y en sentido similar, más recientemente ha dicho que: «[u]na teoría de la interpretación constitucional requiere una filosofía moral y política para dar cuenta de la Constitución y el ordenamiento jurídico»[6].

4. Véase Gama, Leopoldo, (2019), *Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional.* Madrid, Marcial Pons.
5. Atienza, 2013a, p. 86.
6. Atienza, (2013b), *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el derecho,* Madrid.

Este marco teórico es relevante pues el modo como propone Atienza –y muy acertadamente en mi opinión–, aproximarse al activismo judicial, no puede hacerse al margen de una teoría del Derecho, pero, sobre todo, dejando a un lado la filosofía moral y política. Sirva este marco general, expuesto a trazos muy gruesos, para contextualizar la idea de activismo judicial en la teoría del Derecho de Manuel Atienza.

2. EL ACTIVISMO JUDICIAL SEGÚN ATIENZA

Por lo general, el empleo del término 'activismo judicial' no es uniforme. La expresión se ha usado y se usa en términos muy disímiles. En los Estados Unidos de Norteamérica, por ejemplo, eran calificados de activistas los jueces que se opusieron a la legislación de corte socialista en tiempos del *New Deal*: se trató del caso *Lochner v. New York* (1905), en el que se declaró inconstitucional una ley del estado de Nueva York destinada a mejorar la situación laboral en las fábricas[7]. Asimismo, en el contexto europeo el uso del término suele ser en ocasiones negativo: calificar a un juez de activismo se suele hacer con una clara finalidad descalificatoria. Aunque también suele verse como algo deseable que los tribunales asuman un papel «represor y justiciero»[8].

En cambio, el uso que se da a ese término en Latinoamérica y, sobre todo, por los propios jueces es radicalmente contrario, y más a raíz del influjo neoconstitucionalista y la consolidación del sistema interamericano de derechos humanos en la región. En esos países se espera que la judicatura adopte un rol activista en su función. Ahí donde imperan grandes niveles de desigualdad social y altos niveles de corrupción institucional y desconfianza hacia la clase política y los partidos, se exige de los jueces un papel protagónico en la defensa de los derechos y los remedios a las injusticias sociales. El fracaso de la política representativa pretende compensarse con un judicialismo protagónico. ¿Se trata de un mal remedio para un grave padecimiento?

Atienza señala en repetidas ocasiones que el juez de ideología tanto «progresista» como «conservadora» puede adoptar actitudes activistas: el activismo no distingue pues entre ideologías y es imposible distinguir el bueno del mal activismo judicial. Por eso me parece adecuada la estrategia de Atienza consistente en caracterizar al activismo judicial por oposición al formalismo: la actitud judicial que se encuentra en el extremo opuesto en la interpretación y aplicación del Derecho.

7. La Suprema Corte norteamericana sostuvo que las cláusulas del debido proceso contenidas en la quinta y decimocuarta enmiendas a la Constitución de ese país protegían la libertad contractual y la propiedad privada frente a toda intromisión estatal por interferir en estas, como lo fue la ley de Nueva York que pretendió limitar el trabajo a 10 horas diarias, seis días a la semana.
8. La frase es de Fernandes-Viagas, Plácido, (1998), «Activismo judicial, medios de comunicación y estado de derecho», *Revista de las Cortes Generales,* No 43, https://doi.org/10.33426/rcg/1998/48/251.

En 1993 Atienza oponía a «la más cruda de la ética del legalismo» la más «ingenua de las éticas del activismo»[9]. La ética del legalismo consistiría en considerar como justo todo aquello que prescriba el Derecho positivo, sin entrar en ningún tipo de evaluación: lo ético –lo justo– se confunde así con lo jurídico. Por el contrario, la ética del activismo es la que caracteriza al juez que toma sus decisiones considerando únicamente sus propias concepciones éticas o políticas, prescindiendo de la existencia de normas autoritativas. Desde este momento, Atienza empieza a destacar, como un rasgo característico del activismo, el desconocimiento de lo que más tarde en otros textos identificaría como razones autoritativas.

En sentido opuesto, una actuación judicial formalista sería entonces aquella que pretende encontrar soluciones a un caso sin tomar en consideración elementos como las consecuencias sociales de las decisiones o los valores morales de las normas. En *Curso de Argumentación Jurídica* define con gran precisión los dos opuestos judiciales en el siguiente sentido:

> «El formalismo se manifiesta en la tendencia a no tomar en consideración las razones subyacentes a las normas. Y el activismo, en la propensión a subestimar el valor de los textos, del imperio de la ley y de la división de poderes, en cuanto elementos esenciales del Estado de Derecho y cuya razón de ser no es otra que proteger a los individuos frente a la arbitrariedad judicial»[10].

Desde el punto de vista del razonamiento jurídico, el Derecho, para un formalista, se entiende a partir de sus fuentes autoritativas y sólo hasta ahí. Es por eso, que se siente vinculado únicamente por las normas tal y como se encuentran en los textos sin preguntarse por su trasfondo social o justificativo, es decir, por las razones en las que esas normas se fundamentan y por las problemáticas sociales que las enmarcan. La estrategia que el formalismo emplea para no toparse con las razones subyacentes a las normas es, como el propio Atienza señala, optar por interpretaciones literales y descontextualizadas de las mismas. El activista, por su parte, decide de acuerdo con su concepción de lo justo aun cuando ello implique transgredir los límites fijados de antemano por el Derecho.

El Derecho para el formalismo consiste entonces exclusivamente en reglas preexistentes (nunca en principios) que deben interpretarse literalmente. Para el activismo judicial, en cambio, el Derecho se reduce a principios y valores. Precisamente es la noción básica sobre el Derecho que tiene el neoconstitucionalismo, responsable de acuerdo con Atienza de fomentar (y estoy de acuerdo en ello), un irresponsable (ingenuo, añadiría) activismo judicial.

9. Atienza, Manuel, (1993), *Tras la Justicia,* Ariel, Barcelona, p. 240.
10. Atienza, Manuel, (2013a), pp. 154-55.

3. ENTRE CARIBDIS Y ESCILA

Tras este recorrido, puede decirse que la virtud judicial para Atienza se sitúa en una actitud que transita entre el formalismo y el activismo judicial. La propuesta de Atienza es no caer en los errores del neconstitucionalismo, con su reducción del Derecho a los principios y su promoción por un «irresponsable activismo judicial»[11]. Ello no impide negarle importancia a la búsqueda por hacer compatibles las técnicas del razonamiento jurídico con la justicia de los resultados. Desde esta perspectiva, la solución deseable será aquella que haga compatible la justicia del resultado con la justicia del procedimiento.

Para Atienza, al igual que, por ejemplo, para Chaim Perleman, el buen juez (ni formalista ni activista) se encuentra ligado al legislador (o bien al constituyente). Es un juez que no suprime la distinción entre lo justo de *lege lata* y lo justo de *lege lerenda*. Este modo de ver las cosas supone que el razonamiento jurídico no consiste en una simple deducción de reglas a casos concretos, pero tampoco consiste en la mera búsqueda de una solución equitativa o justa.

En resumen: un buen juez, no debe ser ni formalista ni activista. Por eso, me parece que no cabe afirmar simple y llanamente que el activismo «debe ser progresista» (¿cuál progresismo? ¿El progresismo de quién?)[12]. Si el activismo lesiona la dimensión autoritativa del Derecho, ya sea progresista o conservador, debe tenérsele por una posición extrema: una anormalidad institucional.

Llegado este punto puede decirse que, en realidad, la concepción de la argumentación jurídica de Atienza, así como de la función judicial, no se opone a una comprensión sistemática (formalista del Derecho) sino a la aplicación rígida o inflexible de las reglas. Este es un dato importante que merece subrayarse pues, a mi modo de ver, en ocasiones la única salida preferible ante un dilema judicial será optar por una decisión que llamaré, de *formalismo reflexivo*. Además, debe tenerse en cuenta que la argumentación jurídica en la concepción de Atienza es compatible con una comprensión valorativa del Derecho, sin que ello implique reducir el razonamiento jurídico a las razones sustantivas, a la aplicación laxa o dúctil de principios sustantivos. Es el «justo medio», si se quiere: entre el formalismo y el activismo judicial. Por esto, es que sostiene Atienza:

> «[E]l razonamiento jurídico es tanto subsuntivo como ponderativo. Y que los jueces no pueden ser ni activistas ni formalistas, sino que deben esforzarse por encontrar (lo que casi siempre es posible, en el contexto de un Estado constitucional) una solución justa a los casos que se les plantea, pero sin sobrepasar los límites autoritativamente fijados»[13].

11. Atienza, Manuel, (2013b), «Más allá del neoconstitucionalismo y del formalismo», en el *Diario El Universo de Guayaquil* (2-XI-2013); puede consultarse en el blog: lamiradadepeitho.blospot.com
12. García Jaramillo, Leonardo, (2016), *Neoconstitucionalismo, activismo judicial y dogmática de márgenes de acción,* Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, Querétaro, p. 96.
13. Atienza, M., (2019), «Mejor abandonemos el neoconstitucionalismo (con comillas o sin ellas)» Revista i-Latina 1 (2019): 1-8. DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.25, p. 8.

La ruta que señala Atienza para evitar caer en el formalismo o el activismo (acercarse que a Escila o a Caribdis) es el equilibrio. Los órganos judiciales deben preferir aquella interpretación que permita desarrollar al máximo los derechos fundamentales, pero sin que con ello se vea vulnerado el elemento autoritativo del Derecho[14]. Así pues, la justicia que tiene en sus manos el juez es una justicia limitada, una justicia condicionada a los límites impuestos por el Derecho[15]. De ahí que:

> «La mejor interpretación (aquella, pues, por la que tendría que optar el intérprete) es la que (sin vulnerar el elemento autoritativo del Derecho: sin ir contra el Derecho establecido) nos permite desarrollar al máximo los derechos fundamentales» (en Justicia constitucional y escepticismo moral»[16].

Y en sentido similar, y llevando el tema a las virtudes judiciales, afirma Atienza lo siguiente:

> «El modelo de juez del Estado de Derecho no es simplemente el de alguien que posee la virtud del valor y del sentido de la justicia, sino el de quien une a ello la cualidad de la prudencia, de la modestia y de la autorrestricción»[17].

Mientras que en *Curso de Argumentación Jurídica* sostiene:

> «Seguramente la virtud más importante de un juez (y de la que ha de quedar algún reflejo en una sentencia) sea el equilibrio. Un equilibrio entre las dosis de imaginación que se necesitan para encontrar soluciones innovadoras que permitan hacer justicia y la exigencia de ser coherente –y leal– con el sistema bajo (no «sobre») el que opera… entre la modestia, la auto-restricción y la resistencia al activismo judicial, y el valor necesario en ocasiones para resistir todo tipo de presiones (provenientes del poder político, económico, de los medios de comunicación o de los propios jueces); entre las convicciones morales fuertes y la exigencia de no imponérselas a los demás, a no ser que lo que esté en juego sean los derechos fundamentales de los individuos»[18].

Llegado este punto surge una interrogante: ¿hay alguna estrategia judicial que logre evitar los extremos representados por el formalismo y el activismo judicial?

14. Atienza, (2013b), p. 93.
15. Así pues, la función que cumple el juez no es similar a la de los abogados, por ejemplo, quienes pueden adoptar una actitud estratégica frente al Derecho. De ahí que tenga sentido, la práctica reciente denominada «litigio estratégico» que pretende llevar ante los tribunales casos que puedan impactar en el Derecho legislado. El juez, adopta en cambio un punto de vista interno, comprometido, no es su papel decidir los casos con una perspectiva estratégica (activista, reformadora o de *lege ferenda*).
16. Atienza, Manuel, (2018), *Filosofía del derecho y transformación social*, Trotta, Madrid, p. 93.
17. Atienza, Manuel, (2010), «El caso Gürtel y la objetividad del derecho», El Notario del siglo xxi, No. 31. Mayo-Junio, disponible en https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-31?id=1207:el-caso-guertel-y-la-objetividad-del-derecho-0-7020989988950072, última visita 3 de junio de 2022.
18. : Atienza, Manuel, (2013a), p. 154.

4. UN FORMALISMO REFLEXIVO: ACERCARSE A ESCILA

Hay casos judiciales que le parecen a Atienza enteramente representativos del activismo judicial. Un ejemplo claro de ello es el auto de quien fuera magistrado de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón, en el que se declaró competente para instruir una serie de denuncias por más de cien mil desapariciones forzadas ocurridas bajo la sublevación militar durante los primeros años de la dictadura franquista. También le parece a Atienza un ejemplo de activismo judicial la sentencia del Tribunal Plurinacional de Bolivia (elegido por vía popular) que declaró la constitucionalidad de la reelección de Evo Morales.

Sin embargo, es distinta su posición en el llamado caso Gürtel, donde el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó un auto en el que anulaba, por considerarlas ilícitas, las intervenciones de las comunicaciones carcelarias entre tres imputados y sus abogados, instruida también por Baltasar Garzón. Aquí Atienza parece decantarse por la posición minoritaria y considera «manifiestamente errónea» la tesis del tribunal[19]. A su juicio, una vez teniendo en consideración todos los elementos relevantes del caso, la solución razonable es la defendida en el voto particular que lleva a considerar válidas las intervenciones y no, en cambio, a considerar que primaba el derecho a la confidencialidad de las comunicaciones entre imputados y letrados.

Al contrario de lo que piensa Atienza, a mí me parece que optar por validar las intervenciones equivale a justificar el activismo judicial y que, considerando todos los elementos del caso, sobre todo el tipo de delito en cuestión y el bien jurídico protegido (de gravedad mucho menor que el terrorismo, vale decir), no se justificaba la intervención de las comunicaciones. De tal suerte que, frente a la colisión de los dos principios en juego, es de mayor peso el de la protección del derecho a la defensa (que lleva a invalidar la intervención de las comunicaciones) frente al de hacer eficaz la persecución de los delitos.

Un caso hipotético de actuación judicial en la que, según mi lectura, Atienza coincidiría en descalificar como activista, sería la posibilidad de inaplicar normas de rango constitucional por un tribunal nacional. La hipótesis en todo caso no está tan alejada de la realidad, en México están pendiente de resolución ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación una serie de juicios que vendrían a plantear, como problema central, la posibilidad de considerar «inconvencional» una disposición de la Constitución nacional que avala la figura de la prisión preventiva oficiosa[20]. Lo anterior, ante la ausencia de una facultad expresa de la Corte mexicana para invalidar o inaplicar una disposición de la propia Constitución, por un lado y, por otro, ante una práctica judicial reiterada en donde la Corte ha rehusado a enjuiciar la validez de las reformas a la Constitución nacional.

19. Atienza, Manuel, (2010).
20. Se trata de la Acción de Inconstitucionalidad 130/2019 y 136/2019.

Me parece que si la Suprema Corte de México abriera la puerta a la revisión judicial de normas de rango constitucional sería un ejemplo claro de actuación activista, bajo las premisas de Atienza. Recojo, a propósito del caso comentado, un supuesto similar planteado por el propio Atienza en una intervención que tuvo, precisamente en México[21]. En esa ocasión señaló lo siguiente:

> «si el control difuso de constitucionalidad reconocido a todos los jueces del país debe estar limitado por la sujeción de los mismos a los criterios jurisprudenciales establecidos por la Suprema Corte, o si, por el contrario, un juez puede inaplicar una norma, incluso de rango constitucional, por considerar que la misma va en contra de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de algún otro tratado suscrito por México, con independencia del criterio fijado por la Corte Suprema. Pues bien, yo creo que en este tema Mariano Otero se habría apartado claramente de las tesis que ahora se suelen calificar de «neoconstitucionalistas» (quienes defienden la segunda de las opciones) y que, en lo esencial, significa desconocer que el Derecho es una práctica autoritativa (aunque no sea sólo eso), de manera que la apertura del sistema jurídico hacia razones sustantivas (el principio «pro persona») tiene que tener un límite en una concepción bastante estricta del precedente (y los precedentes constituyen ejemplos de razones formales o autoritativas)».

El pasaje anterior, a mi modo de ver, revela la falta de justificación de una decisión judicial de la Corte mexicana que, eventualmente, llegase a inaplicar una norma de la propia Constitución federal, a falta de disposición expresa que le otorgue esa competencia y en contra de sus propios precedentes, en aras de favorecer el principio *pro-persona* consagrado en el artículo 1.º de la Constitución Mexicana. Esta postura no encaja exactamente en un formalismo a secas sino en un formalismo justificado o un formalismo reflexivo: aquel que es consciente de los valores subyacentes al Derecho, pero también de los límites en los que debe operar la jurisdicción.

Debe tomarse en consideración que la definición de activismo de Atienza, como él mismo apunta[22], se asienta en dos presupuestos: a) que los jueces deben decidir las controversias conforme a parámetros preestablecidos; y b) que estos parámetros determinan, *en general,* una respuesta correcta para los casos. En todo caso y con independencia de mi discrepancia recién señalada, ¿qué hacer ante supuestos en donde no sea posible optar por la decisión más apegada a los derechos sin erosionar el elemento autoritativo? Es decir, situaciones donde existan genuinos desacuerdos con la solución correcta a un caso. En otras palabras, ¿qué debe hacer el juez ante un caso difícil en el que «hay dos respuestas igualmente bien fundamentadas, de manera que no cabría decir exactamente que una es la correcta y la otra no»[23]? ¿Qué recomienda Atienza cuando

21. En la mesa redonda «Otero universal» que formó parte del «Homenaje a Mariano Otero a 200 años de su nacimiento», organizado por la Suprema Corte de la Nación en la FIL de Guadalajara, el 26 de noviembre de 2017, Atienza, Manuel, «Sobre Mariano» Otero, disponible en https://dfddip.ua.es/es/documentos/sobre-mariano-otero.pdf?noCache=1516703070411
22. Atienza, Manuel, (2020).
23. Atienza, Manuel, (2010).

hay casos de empate en la ponderación o cuando no es posible establecer la certeza en las consideraciones empíricas en las que se asienta la determinación del peso de los principios en juego?

Recordemos que en el canto *XII* de la Odisea, Circe aconseja a Odiseo navegar más cerca de Escila y alejarse lo más posible de Caribdis: Escila devoraría a todos los tripulantes del barco, pero Caribdis lo devoraría por completo. De tal suerte que sería preferible perder a seis hombres que toda la nave. A mí me parece que hay situaciones, en ciertos ámbitos del Derecho, donde optar por una salida activista, mediante lecturas «principialistas» para la solución de casos equivalen a perder toda la nave. Ante esas situaciones es deseable tras previa reflexión, acercarse a Escila, al formalismo, a un formalismo reflexivo. Se trata de una solución que, me parece, es conciliable con la propia postura de Atienza ya señalada y con lo que Carlos Nino llegó a denominar tesis de lo «segundo mejor».

De acuerdo con Nino, el Derecho es una obra colectiva a cargo de los operadores jurídicos, fundamentalmente los jueces, cuyo producto final no está bajo su control. Tratándose de empresas de ese tipo, lo racional para la resolución de las controversias puede ser elegir no el principio sustantivo más defendible, sino otros con méritos menores[24]. Por esa razón, concluye Nino, que tratándose de obras colectivas como el Derecho rige un tipo de racionalidad muy específica que denomina «de lo segundo mejor», la cual en ocasiones nos lleva paulatinamente a un alejamiento de la decisión correcta a la luz de los principios sustantivos.

En palabras de Nino:

> «[C]uando sólo podemos hacer un aporte a una obra colectiva cuyo producto final no controlamos [como el caso de la construcción de una catedral], lo racional puede ser elegir no el modelo o principio más defendible sino otros con méritos menores»[25].

La idea es que en contextos como el Derecho de una sociedad compleja y plural no es posible (y es poco realista) razonar fuera de la práctica constitucional vigente, por lo que deberá intentarse, ante todo, justificar las decisiones bajo la premisa de que, si el órden jurídico vigente (la Constitución) es valioso pero mejorable y perfectible, es necesario preservarlo si es lo segundo mejor cercano a la Constitución ideal.

La postura de Nino tiene como punto de partida el carácter justificativo del razonamiento jurídico. Desde ese punto de partida el intérprete debe conducirse conforme a un razonamiento de dos niveles: en el primer nivel se debe valorar la legitimidad de la práctica constitucional a la luz de los ideales participativos y de los derechos fundamentales. Si de ese razonamiento se deriva que la Constitución es legítima por su coherencia con tales parámetros, entonces (segundo nivel), esta puede usarse como premisa para justificar una decisión, a pesar de que llegue a reconocerse que la práctica

24. Nino, C. S. (1980a): Fundamentos de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Astrea, p. 66 y Nino, C. S. (1987), *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 53.
25. Nino, 1980a, p. 66.

es relativamente defectuosa a la luz de la Constitución ideal (tesis de lo segundo mejor). Por el contrario, si se concluye que la práctica vigente está tan dañada que no es posible justificar legítimamente una decisión, es preferible optar por su refundación es decir instituir una nueva práctica constitucional. A partir de las afirmaciones anteriores, se deriva la obligación de los jueces de preservar, en la medida de lo posible, la práctica jurídica vigente.

Precosamente para Atienza, la tesis de lo segundo mejor de Nino:

> «lleva a subrayar los ingredientes institucionales del Derecho, la necesidad de preservar el mantenimiento de esa institución (la práctica constitucional, de la que depende la práctica del Derecho en general), puesto que, de otra forma, no se podrían satisfacer ciertos valores morales»[26].

La racionalidad de lo segundo mejor hace referencia a mi parecer a un tipo de justicia más respetuosa con el legislador democrático. No se trata de optar por un formalismo ciego a las razones subyacentes sino por un formalismo justificado. Si en un caso concreto se encuentran una multiplicidad de principios en juego, o bien, si ante su indentificación no es posible establecer cuál de ellos posee prevalencia sobre otro, un tribunal se encontrará frente a un ejercicio muy difícil de justificar y correrá el riesgo de reemplazar al legislador democrático. Me parece más preferible optar por esta salida que abrirse a un claro activismo judicial principialista en el cual la decisión se termine rigiendo por la interpretación de los principios que más se acerque a las preferencias del juzgador.

Debe tomarse en cuenta por otro lado, que el papel del control judicial de las leyes en una sociedad democrática es siempre complejo. A ello debe añadirse el riesgo siempre latente de que, mediante el ejercicio por ejemplo de herramientas como el test de proporcionalidad, los tribunales ejerzan un control intenso de los actos legislativos de tal suerte que no deja de estar presente la cuestión sobre la amplitud del espacio que debe tener la jurisdicción constitucional.

En estas situaciones, entra en juego el principio de la competencia del legislador democrático que le reconoce aptitud para determinar los alcances de los derechos en situaciones de incertidumbre. Se trata a mi modo de ver del tipo de actuación judicial que Juan Carlos Bayón identifica como del «juez deferente», es decir, el que no es un mero formalista y aplica mecánicamente reglas sin considerar sus razones subyacentes. Tampoco se trata de un juez principialista para el cual la ley no establece un parámetro para regir sus decisiones, las cuales «han de resultar directamente de la ponderación –*su* ponderación– de las razones en juego, sino que además no toma en serio que dichas razones hayan de ser *las del legislador*, las que este haya tenido en cuenta y con el peso que haya pretendido darles». Bayón (2017: 70)[27].

26. Atienza, Manuel, (2013a), p. 357.
27. Bayón, Juan Carlos, (2017), «El imperio de la ley y la interpretación y aplicación del Derecho: dos visiones», Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial.

5. BREVES NOTAS SOBRE EL ACTIVISMO JUDICIAL EN MATERIA ELECTORAL EN MÉXICO

Es probable que no todos los subsistemas del Derecho requieran una salida como la recién propuesta, pero uno de los campos del Derecho donde creo que cabe una racionalidad de lo segundo mejor, tendente más al formalismo reflexivo del que se ha venido hablando, es el ámbito del Derecho electoral. El activismo judicial en esa rama daña a mi modo de ver el aspecto autoritativo del Derecho y, a fin de cuentas, el imperio de la ley.

El imperio de la ley es un rasgo característico de todo Estado de Derecho, que cobra especial relevancia en la regulación de la política. Para Elías Díaz, el Estado de Derecho «es el Estado sometido al Derecho, o mejor, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley. El Estado de Derecho consiste así fundamentalmente en el imperio de la ley»[28]. Para lograr ese fin, es necesario que las normas provengan de autoridades competentes, que sean resultado de un procedimiento institucionalizado previamente diseñado, que sean públicas, generales, no retroactivas y claras. Este ideal exige que las normas creadas por los poderes públicos sean previsibles para los ciudadanos. Si la libertad es posible bajo un régimen de reglas y la libertad mediante éstas es compatible con los planes de vida de cada persona, debe estar a su alcance la posibilidad de prever las consecuencias que surgirán a partir de sus acciones y las de otros agentes.

El imperio de la ley se erige pues como un instrumento necesario para proteger la autonomía personal, la idea del ser humano como agente capaz de diseñar su plan de vida y elegir los medios para llevarlo a cabo. Para que sea posible la coexistencia entre personas autónomas, cada una con sus propios planes de vida, es necesario establecer reglas e instituciones. Las personas poseen intereses y preferencias contrapuestas. La persecución de los planes de una puede entrar en conflicto con los de otras, presentándose contextos de interacción estratégica que excluyen la cooperación: pues un agente prefiere *A* mientras otro prefiere *B* (dilema del prisionero). Incluso, aunque los intereses y preferencias sean coincidentes, pueden generarse problemas de coordinación entre las personas para satisfacerlos.

Bajo estos contextos de incertidumbre, es una necesidad urgente contar con instituciones, reglas (legales y jurisprudenciales) y prácticas que hagan previsible el actuar de las personas bajo la expectativa de que se cumplirán sus consecuencias normativas. Únicamente las normas que poseen esos rasgos permiten la realización efectiva de los intereses y preocupaciones fundamentales de las personas.

El imperio de la ley se robustece además cuando las reglas poseen origen democrático. Las normas resultantes de un proceso democrático son fruto de deliberaciones, compromisos y consensos entre las fuerzas políticas que representan los principales desacuerdos existentes en la sociedad sobre la justicia, la política, la economía, la

28. Díaz, Elías, Estado de Derecho y sociedad democrática, Edicusa, Madrid, 1973, p. 13.

seguridad nacional, etc. Lleva algo de razón Jeremy Waldron[29] cuando afirma que la ley resultante del método de decisión mayoritaria, goza de un especial estatus por haber sido producida bajo lo que denomina las 'circunstancias de la política', esto es, bajo un escenario en el que se requieren acciones conjuntas a pesar de la existencia de fuertes y profundos desacuerdos sustantivos entre los individuos. Siguiendo esa línea de pensamiento, la ley democrática merece respeto: (a) por el logro que representa haber tomado una decisión bajo las circunstancias de la política; (b) porque el procedimiento mayoritario es respetuoso con las diversas opiniones que los ciudadanos poseen acerca de la justicia y el bien común dado que otorga igual peso a todos los puntos de vista de los participantes; (c) porque respeta a cada persona en el proceso a través del cual los ciudadanos acordamos que la decisión final sea considerada como nuestra decisión, a pesar de la presencia de desacuerdos[30].

A mi modo de ver, en ciertos ámbitos de regulación de la conducta, como en el Derecho electoral, la mejor actitud judicial es evitar el activismo. Esto cobra especial importancia debido a la clase de conductas y sujetos regulados, así como a la posición estratégica que desempeñan los actores políticos en un juicio como litigantes. El Derecho electoral, además, atiende institucionalmente problemas de coordinación muy específicos y hace frente a contextos de interacción estratégica mediante procesos y normas. Los actores políticos requieren diseñar planes, trazar estrategias, lograr la cooperación entre sus miembros, generar pactos y consensos internos, todo con cierto tiempo de antelación. Sus intereses se contraponen a los de otros partidos y cada cual buscará maximizar sus ganancias y reducir sus pérdidas. En este sentido, las sentencias activistas que pretenden extraer reglas de actuación concretas a partir de una interpretación de principios abstractos haciendo caso omiso de disposiciones legislativas claras, resta normatividad al Derecho electoral.

Uno de los recientes ejemplos de activismo judicial electoral ejercido sin la menor cautela, de clara inspiración neoconstitucionalista o principialista, se puede hallar en algunos ejercicios del test de proporcionalidad en manos de algunas salas regionales del Tribunal Electoral de México. Por ejemplo, en la sentencia SCM-JDC-137/2019 donde una Sala determinó la falta de proporcionalidad de las disposiciones que establecían una temporalidad de seis años para registrar un partido político de nueva creación. Así, se invalidó el artículo de una Ley electoral local al considerar que la limitante temporal no cumple con el criterio de necesidad porque, para preservar el sistema de partidos políticos y el principio de certeza, existen medidas menos lesivas que no limitan en un

29. Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999a [hay trad., cast., de Martí, J.L, y Quiroga A, Derecho y desacuerdos (2005), Marcial Pons, Madrid], pp. 101 y ss. [123 y ss]. Véase, además, Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999b.
30. Esto quiere decir que, para Waldron, las leyes que son el resultado de un procedimiento mayoritario representan –y tienen la pretensión de representar–, el punto de vista que obtuvo el mayor número de votos y no, el punto de vista correcto, como apunta Stone, A. (2002): «Disagreement and an Australian Bill of Rights: Review Essay: Jeremy Waldron, Law and Disagreement», *Melbourne University Law Review*, 26p. 483.

periodo tan extenso a la ciudadanía para ejercer sus derechos político-electorales. La Sala resolvió el caso como si no existiera prácticamente una disposición legal.

Otra muestra de activismo judicial bajo el influjo neoconstitucionalista en la justicia electoral mexicana se presenta a mi juicio en una sentencia de la sala regional especializada del Tribunal Electoral SRE-PSC-34/2022 que impuso fijar, sin una determinación legal previamente existente y bajo un ánimo claramente perfeccionista, una especie de disculpa pública a los llamados *influencers* de redes sociales que divulgaron propaganda a favor de un partido político en período de veda.

La jurisdicción electoral en México ha presentado un terreno muy fructífero para los ejercicios de activismo judicial. Uno de los más significativos a mi parecer, fue el de la llamada 'paridad horizontal' en las presidencias municipales. El problema que presentó ese caso puede formularse así: ¿es inconstitucional una ley que no reconoce la 'paridad horizontal' en las candidaturas a las presidencias municipales de México? Al respecto la Suprema Corte de México en una acción de inconstitucionalidad[31] ya había resuelto que se encontraba bajo el ámbito de libre configuración del legislador local garantizar el respeto a la igualdad de género en la postulación de candidatos en tanto la naturaleza del órgano lo permitiese. En cambio, el Tribunal Electoral, y a pesar de aquella determinación confirmó unos lineamientos emitidos por una autoridad administrativa electoral local que, en ausencia de desarrollo legal en ese sentido, ordenaba a los partidos políticos registrar planillas atendiendo a la 'paridad horizontal'.

6. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Los jueces latinoamericanos deben evitar a toda costa los riesgos del activismo judicial. Ello equivale a cerrar las puertas a la arbitrariedad. Siguiendo a Atienza, tienen el deber de evitar acercarse al formalismo y al activismo judicial: alejarse del formalismo, como una actitud ciega a los valores subyacentes a las disposiciones jurídicas. Apartarse también del activismo judicial, pues erosiona el estado de derecho y la división de poderes y los coloca por arriba del legislador democrático o, incluso, por encima del constituyente. Sin embargo, en ocasiones será difícil optar por uno de los dos extremos, en esas situaciones es preferible optar por un formalismo más equilibrado (lo segundo mejor). Es preferible acercarse a Escila, siguiendo el consejo de Cirse, que optar por el activismo judicial que equivale tanto como arriesgarse a perder el barco.

Atienza señala que «el sometimiento a la Constitución debe ir unido a la deferencia hacia el legislador como principio interpretativo fundamental. Si las cosas no fueran así, no habría Estado de Derecho, simplemente porque el imperio de la ley habría pasado a ser imperio o gobierno de los jueces»[32].

31. Acción de inconstitucionalidad 36/2015 y sus acumulados
32. Atienza, Manuel, (2013a), p. 50.

Una de las propuestas actuales de teoría constitucional y constitucionalismo comparado que de manera inconsciente (o quizás, subrepticia) promueve un abierto activismo judicial es la de los *unconstitutional constitutional amendments*[33]. Esta corriente tiene como punto de partida la existencia reciente de una práctica en diversas cortes del mundo (principalmente en democracias no consolidadas) de invalidar enmiendas constitucionales por vicios de «inconstitucionalidad»: por violar principios básicos irreformables. La idea detrás de esta corriente es que el poder de reforma constitucional es la máxima expresión jurídica de la soberanía. No obstante este poder podría ser limitado e, incluso, anulado por los tribunales constitucionales al declarar que las enmiendas constitucionales, a pesar de estar debidamente promulgadas son «inconstitucionales» por violar principios constitucionales básicos expliciticos o implícitos de carácter sustantivo. Las constituciones, en esencia, contienen un conjunto de «principios y reglas supremos» así como los arreglos y prácticas institucionales básicos del estado y expresan «los valores más duraderos» de la nación. El control judicial de las enmiendas constitucionales vendría a ser el remedio para limitar el poder de reforma constitucional.

A mi modo de ver, el argumento de fondo de esta propuesta peca de cierta circularidad: la Constitución (lo que según los tribunales 'dice' expresa o implícitamente) vendría a ser el parámetro para evaluar cuándo una enmienda a sí misma es como ella misma. La propuesta estaría abierta a que los tribunales, sobre la base de su interpretación de los principios, invaliden normas constitucionales bajo un marco en donde ya no hay límites claros de carácter jurídico sino sólo aquello que los jueces consideren para tales efectos: una corriente que opta porque los jueces se encuentren atados nada más y nada menos que al resultado de sus propias consideraciones interpretativas, lo cual equivale, en el fondo, a una propuesta que sugiere que el barco sea devorado por Caribdis.

¿Serían para Manuel Atienza las propuestas recién señaladas una clara invitación al activismo judicial? Y, a fin de cuentas ¿cómo distingue Atienza entre el activismo judicial justificado del injustificado? ¿Encontraría Manuel Atienza una diferencia desde el punto de vista del activismo judicial, por ejemplo, entre *Roe vs Wade* y la reciente sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos en *Dobbs vs Jackson* que invalida ese precedente, tras cas cincuenta años? ¿Cómo nos podría convencer Atienza de que la salida en Roe fue correcta mientras que en Dobbs fue una decisión incorrecta desde una postura que quiere alejarnos del formalismo y el activismo judicial? ¿Estaría de acuerdo Atienza en añadir una dimensión adicional en la caracterización del activismo judicial consistente en considerar las consecuencias contramayoritarias de la decisión judicial, en el sentido de que con su intervención, el juez termina frustrando la voluntad mayoritaria expresada en la regla que ha sido ignorada por la interpretación principialista? ¿En qué ocasiones Atienza nos sugeriría acercarnos a Escila? ¿Sería capaz Atienza de sugerirnos caer en manos de Caribdis u optaría por seguir el consejo de Circe?

33. Véase Roznai, Yaniv, *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, 2017.

BIBLIOGRAFÍA

Atienza, Manuel, (1993), Tras la Justicia, Ariel, Barcelona,

Atienza, Manuel, (2010), «El caso Gürtel y la objetividad del derecho», El Notario del siglo xxi, No. 31. Mayo-Junio, disponible en https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-31?id=1207:el-caso-guertel-y-la-objetividad-del-derecho-0-7020989988950072, última visita 3 de junio de 2022.

Atienza, Manuel, (2013a), Curso de Argumentación Jurídica, Trotta, Madrid

Atienza, Manuel, (2013b), «Más allá del neoconstitucionalismo y del formalismo», en el Diario El Universo de Guayaquil (2-XI-2013); puede consultarse en el blog: lamiradadepeitho.blospot.com

Atienza, Manuel, (2017), «Sobre Mariano Otero», Homenaje a Mariano Otero a 200 años de su nacimiento, FIL de Guadalajara.

Atienza, Manuel, (2018), Filosofía del derecho y transformación social, Trotta, Madrid.

Atienza, Manuel, (2019), «Mejor abandonemos el neoconstitucionalismo (con comillas o sin ellas)» Revista i-Latina 1 (2019): 1-8. DOI: 10.14198/i-Latina.2019.1.25, p. 8.

Atienza, Manuel, (2020), «Siete tesis sobre el activismo judicial» en Una apología del Derecho y otros ensayos, Trotta, Madrid.

Atienza, Manuel, (2013b), Podemos hacer más. Otra forma de pensar el derecho, Madrid

Bayón, Juan Carlos, (2017), «El imperio de la ley y la interpretación y aplicación del Derecho: dos visiones», Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, edición especial.

Díaz, Elías, Estado de Derecho y sociedad democrática, Edicusa, Madrid

Fernandes-Viagas, Plácido, (1998), «Activismo judicial, medios de comunicación y estado de derecho», Revista de las Cortes Generales, No 43, https://doi.org/10.33426/rcg/1998/48/251.

Gama, Leopoldo, (2019), *Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional*. Madrid, Marcial Pons

García Jaramillo, Leonardo, (2016), Neoconstitucionalismo, activismo judicial y dogmática de márgenes de acción, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, Querétaro

Nino, C. S. (1980a): Fundamentos de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Astrea

Nino, C. S. (1987), La Constitución de la democracia deliberativa, Barcelona, Gedisa, 1997

Roznai, Yaniv, *Unconstitutional constitutional amendments. The limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, 2017

Stone, A. (2002): «Disagreement and an Australian Bill of Rights: Review Essay:Waldron, Jeremy, Law and Disagreement», Melbourne University Law Review, 26

Waldron, Jeremy, (1999a) *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford,

Waldron, Jeremy, (1999b), *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, Cambridge