

LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN, CONCEPCIONES DEL DERECHO Y ACTIVISMO JUDICIAL*

Jesús Vega

Universidad de Alicante
jesus.vega@ua.es

RESUMEN. En este trabajo se aborda el problema del activismo judicial y los límites de la jurisdicción desde el punto de vista de diferentes concepciones del Derecho (formalismo, normativismo, realismo, escepticismo crítico, iusnaturalismo, neoconstitucionalismo) tal como estas quedan a su vez clasificadas y criticadas desde la concepción argumentativa. El argumento central trata de mostrar de qué precisas maneras una visión post-positivista del Derecho conduce a ampliar o restringir los márgenes del activismo judicial justificado en un Estado constitucional respecto de lo que señalan las tesis distintivas de cada una de las anteriores concepciones.

Palabras clave: concepciones del Derecho, razonamiento jurídico, activismo judicial, concepción argumentativa.

Limits from Jurisdiction, Conceptions of Law and Judicial Activism

ABSTRACT. This paper addresses the problem of judicial activism and the limits of jurisdiction from the point of view of different conceptions of law (formalism, normativism, realism, critical skepticism, natural law, neoconstitutionalism) as they are classified and criticized from the argumentative conception. The central argument attempts to show the precise ways in which a post-positivist vision of the law should expand or restrict the margins of justified judicial activism in a constitutional state with respect to what is stated by each of the previous conceptions.

Keywords: legal conceptions, legal reasoning, judicial activism, argumentative conception.

* Fecha de recepción: 30 de enero de 2018. Fecha de aceptación: 27 de abril de 2018.

Este trabajo se inscribe dentro del proyecto de investigación «Una teoría postpositivista del Derecho» (DER2017-86643-P) financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

1.

En mi contribución pondré en correlación el problema de los límites de la racionalidad judicial, a propósito del activismo, con las concepciones del Derecho. Ello exige, por un lado, aproximarse al problema general de los límites del Derecho y, por otro, abordarlo como un problema no solo teórico sino sobre todo práctico. Por concepciones del Derecho no me refiero, en efecto, solo a concepciones teóricas, aunque es evidente que toda teoría del Derecho tiene por cometido ofrecer una definición del Derecho y, por tanto, una *delimitación* del dominio de lo jurídico frente a otras realidades o fenómenos, situando con ello sus confines en algún lugar, esto es, considerándolo un «dominio limitado» —por emplear la expresión usada por POSTEMA (1996) o SCHAUER (2004)— de perímetro mayor o menor (integrado ya por hechos, normas, comportamientos, ideologías, valores, etc.). La particular concepción del Derecho desde la que voy a hablar aquí (la perspectiva argumentativa) entiende el Derecho como una práctica social compleja y ello también comporta ciertas tesis acerca de los límites de esta práctica. Pero sucede que la visión argumentativa se caracteriza además por otorgar una relevancia fundamental a las propias concepciones del Derecho como un ingrediente interno de esa práctica compleja que contribuye centralmente a demarcar sus límites. Esto significa que la crítica meta-teórica que desde la visión argumentativa se dirige a las concepciones alternativas implica enjuiciar no solo su adecuación teórica al delimitar en términos más amplios o más restringidos el dominio del Derecho, sino también y sobre todo la manera en que los límites así trazados se proyectan en términos de consecuencias para la práctica del Derecho y, en particular —en lo que aquí nos concierne— para la práctica de la jurisdicción. Este es el primer punto que trataré para enmarcar la cuestión del activismo judicial.

La perspectiva argumentativa, en segundo lugar, concibe la jurisdicción como una práctica esencialmente justificativa: como la práctica de dar razones o justificar decisiones por excelencia dentro del Derecho, la *ultima ratio* sobre lo que el Derecho establece institucionalmente como correcto (dado un cierto conflicto particular que ha de ser resuelto prácticamente), el punto de vista interno-jurídico por antonomasia que engloba a todos los demás. Por ello, la vincula indisociablemente con la idea de razón práctica. Ahora bien, se trata de una modalidad sumamente compleja de racionalidad práctica, de segundo orden y dotada de perfiles institucionales propios y especiales, que no encaja sin más en las pretensiones de corrección moral objetiva que van unidas al ideal universalista kantiano de razón práctica (su versión, digamos, más robusta), sino que se rige también por otros múltiples parámetros muy diversos (técnicos, epistémicos, institucionales, etc.) de índole no exclusivamente moral. La racionalidad de la jurisdicción consiste, eso sí, en una combinación o articulación *últimamente* justificativa de este conjunto de parámetros heterogéneos y ello resulta decisivo para entender cabalmente su naturaleza y sus límites. La cuestión de los límites de la jurisdicción se muestra así estrechamente dependiente de la cuestión de su racionalidad, si es que se trata de analizar lo que es racionalmente exigible a la práctica de la jurisdicción en términos de esos parámetros, que es lo suscitado por el problema del activismo judicial. Aquí solo me ocuparé de parámetros normativos, del aspecto justificativo definitorio

en última instancia de la jurisdicción, dejando fuera otro tipo de límites (sobre todo epistémicos) no igualmente pertinentes a la hora de deslindar los márgenes del activismo judicial justificado del injustificado.

Trazaré así, en primer lugar, un mapa mínimo de las concepciones del Derecho y sus respectivas tesis sobre los límites del Derecho y de la racionalidad de la jurisdicción para contrastarlas críticamente, a continuación, con las tesis o valoraciones que de ellas se desprenden sobre el activismo judicial. Ambas cosas, como he dicho, desde la perspectiva de la concepción argumentativa.

2.

Las concepciones de que hablamos son fundamentalmente cinco: formalismo, normativismo, realismo, iusnaturalismo y escepticismo crítico (ATIENZA, 2006: cap. 1). Entre ellas hay enredadas relaciones internas tanto históricas como doctrinales que aquí no podemos detallar, pero sí es necesario marcar algunos polos fundamentales de conexión. Para empezar, las tres primeras concepciones (formalismo, normativismo y realismo) representan desarrollos y variantes de una única concepción nuclear, el positivismo jurídico, que es aquella que ha dominado la construcción de la teoría del Derecho contemporánea (desbancando a la concepción dominante anterior, el iusnaturalismo). Se trata de las concepciones que siguen siendo preponderantes hoy por hoy y las que tienen mayor vigor y presencia en las autoconcepciones prácticas de los juristas, así como aquellas de las que derivan, para lo que aquí nos ocupa, las maneras más comunes y asentadas de entender el Derecho y sus límites. ¿Cuáles son sus concretas posiciones teóricas acerca de la función judicial y qué valoraciones comportan del activismo?

Es sabido que la comprensión del Derecho del *formalismo* como un dominio máximamente determinado y completo de reglas (no de otro tipo de normas) se traduce en la habilitación de un espacio mínimo o tendente a cero para el activismo judicial. Cualquier práctica de interpretación y aplicación de las reglas jurídicas a la que se imprima una orientación correctora supone por principio una *extralimitación* de la función judicial (esto es, aquello que no podría hacer legítimamente un juez) si ello supone ir más allá del sentido textual o a lo sumo de la intención objetiva del legislador encerrada en esas reglas. El activismo es, pues —entendido en sentido heterointegrador y no autointegrador— un fenómeno fundamentalmente patológico: queda proscrito como una desviación perniciosa de la función judicial, su desnaturalización en realidad. En otros términos: todos los casos serían «fáciles», no habría espacio para los casos difíciles. Ningún juez podría ser «activista»: tal expresión es una *contradictio in adjecto* (o bien la expresión apropiada para descalificar a todo juez antiformalista). El *normativismo*, por su parte, afirma que el Derecho como sistema de reglas está solo parcialmente determinado: toda regla (en la versión hartiana) presenta una zona de apertura o «textura abierta», y esta debilitación de sus límites determina una correlativa ampliación del espacio discrecional del juez (tesis de la discreción), y con ello una correlativa legitimación, aun relativa y parcial, del activismo judicial. Este ya no es absolutamente patológico, una perversión o extralimitación, sino que aparece como

un fenómeno también parcialmente «fisiológico» (correlato de la necesaria e ineliminable indeterminación del Derecho), y por ello irreprochable, si bien operaría solo en espacios restringidos, «intersticiales» (HART, 1994: 124 y ss.), dados los límites que sí impone la (igualmente necesaria e ineliminable) zona de determinación y claridad de las reglas, en la cual (y al igual que sostiene el formalismo) seguirían dándose únicamente operaciones de tipo subsuntivo. En ese otro espacio intersticial, sin embargo, los jueces sí crearían (y no tendrían más remedio que crear) nuevas reglas ejerciendo legítimamente un rol «activista» que amplía los límites del Derecho dado. El activismo sería, pues, correlativo a la discreción judicial (BARAK, 2006: 264). Finalmente, el *realismo* reduce al mínimo el papel o relevancia de las reglas jurídicas en la práctica de la jurisdicción y en consecuencia amplía al máximo su zona de indeterminación (llegando incluso, en las versiones más radicales, a volverla absoluta) de modo tal que función judicial y activismo judicial acaban siendo prácticamente coextensivos. Todos los jueces serían activistas o, si se quiere, todos los casos serían casos difíciles, *i. e.*, ocasiones para ejercer de modo irrestricto el decisionismo judicial más allá de las reglas jurídicas (del *law in books*), pues las *real rules* nunca se identificarían con las *paper rules* (FRANK, 1963: x-xx y cap. 3). Tesis que han heredado las corrientes escépticas y críticas, pero que (y es importante notarlo) no es exclusiva de ellas, sino que también está presente en algunas concepciones en principio diametralmente opuestas, como ciertas versiones iusnaturalistas, principialistas o iusmoralistas actuales.

3.

Lo que interesa subrayar ahora es que, bajo sus innegables diferencias, estas tres concepciones comparten un mismo modelo de racionalidad de la función judicial. Este es una variante de racionalidad práctica que puede reconducirse a la racionalidad instrumental o racionalidad medios-fines. Un modelo que en el formalismo se configura en términos fundamentalmente logicistas, que se amplía en el normativismo a la determinación e incorporación de propósitos a la luz de convenciones en la zona de discreción judicial y que tiende a convertirse decididamente en racionalidad estratégica en el realismo. En efecto, si bien puede decirse que desde su fase inicial formalista el positivismo jurídico ha ido progresivamente abriendo la «caja negra» de la práctica judicial (esa caja en la que se encerraba el poder «invisible y nulo» del juez del que habló famosamente MONTESQUIEU o el «silogismo perfecto» de BECCARIA), ello no ha significado nunca adoptar una versión justificativa fuerte de la razón práctica: por la cual debe entenderse aquella que incorpora *valores*, esto es, fines últimos o razones morales de carácter universalista a los que se dota de una pretensión de corrección objetiva. Así, la justificación del razonamiento judicial queda constreñida en el formalismo a valores exclusivamente formales (lógicos por un lado, en la corrección deductiva de la justificación interna, y autoritativos o institucionales por otro, en la remisión teleológica al legislador o a la legalidad constituida)¹, se ve ampliada a una justificación en términos

¹ Si no parece a primera vista claro que se trate de una concepción de la razón práctica de índole instrumental u orientada a fines es sencillamente porque los fines relevantes solo figuran relevantemente en tanto plasmados en las reglas de la legalidad, bien de modo expreso o implícitamente (de ahí la pertinencia de las

de valores y propósitos pero instrumentalmente entendidos como hechos convencionales identificados o presupuestos por una práctica social de reconocimiento en el normativismo, y, en fin, queda convertida en una «racionalización» estratégica de una práctica decisoria determinada por otras vías ideológicas, sociales, psicológicas, etc., en el realismo².

Pues bien, parece claro que es en este preciso punto —la exclusión de los valores en la justificación— donde confluyen, aunque de distintos modos, tanto la manera de entender la racionalidad práctica de la jurisdicción como las tesis acerca de los límites del Derecho que caracterizan a estas tres concepciones, configurando de este modo lo que puede considerarse la tesis verdaderamente nuclear del positivismo. Pues lo que ellas comparten es justamente una visión de las reglas jurídicas como dispositivos deónticos cuyo designio fundamental es excluir o neutralizar las valoraciones y, con ello, apartar una concepción de la racionalidad práctica orientada a valores o plenamente justificativa. En los tres casos se mantiene inalterable, en efecto, la tesis de que los valores no pertenecen al Derecho, sino que están más allá de las reglas y de su ámbito propio de racionalidad (sea esta absolutamente sistemática, parcialmente sistemática, o extrasistemática). Y en los tres casos operan las reglas como *límites* en un sentido fundamentalmente *negativo*: sea un límite que se pretende absoluto (formalismo), parcial (normativismo) o exiguo e ineficaz (realismo), y al margen de que ese límite negativo sea estimado de manera positiva en los dos primeros casos y negativa en el tercero.

La posición común anterior es precisamente lo que bloquea en estas concepciones el reconocimiento de la naturaleza genuinamente práctica de la racionalidad judicial: en las dos primeras concepciones (formalismo y normativismo), por «ahogarla» dentro de la visión estructural del Derecho como sistema de reglas cerrado y axiológicamente inmune, y en la última (realismo) por «diluirla» dentro de una práctica enteramente decisionista y abierta en la que las reglas, carentes de contexto de justificación, son meros «moldes vacíos» o «juguetes vistosos»³ infinitamente maleables en el contexto de descubrimiento⁴. Y por supuesto aquí estriban igualmente las razones de fondo por las que estas tres concepciones positivistas fracasan en su reconstrucción del Derecho del Estado constitucional, que se caracteriza precisamente por la incorporación explícita y sistemática de los valores bajo la forma de principios y derechos constitucionales que pasan a integrar el núcleo de la normatividad jurídica, y lo hacen en tanto precisamente *irreducibles* a reglas, a hechos o convenciones sociales, y a ideologías o estrategias políticas. La reducción fáctica del valor —la asunción, en definitiva, de la dicotomía metafísica hecho-valor— es el hándicap insuperable que lastra el ciclo del positivismo jurídico en su conjunto, obstaculizando su percepción adecuada de los límites del

teorías intencionalistas de la interpretación, en sus distintas variantes subjetivas y objetivas) y, por tanto, como fines *internos* al sistema del Derecho (no externos como sucederá en el realismo).

² El papel de las reglas es «habilitar a los jueces para dar justificaciones formales —racionalizaciones— de las conclusiones a las que llegan de otras maneras» y por eso «son instrumentos que ocultan más que revelan lo que el Derecho es» (FRANK, 1963: 140).

³ Para citar la famosa expresión de LLEWELLYN (*pretty playthings*, 2008: 7) que, sin embargo, no tenía el alcance tan disolventemente escéptico que en ocasiones ha podido dársele (cfr. LLEWELLYN, 1950).

⁴ «El Derecho, por tanto, consiste en *decisiones*, no en reglas. Si esto es así, entonces *cada vez que un juez decide un caso está creando Derecho*» (FRANK, 1963: 138, sub. or.). Cfr. KENNEDY, 1997: 180 y ss.

Derecho —que son en realidad, como veremos, límites justificativos— y abocándolo a oscilar entre el formalismo y el escepticismo (ATRIA, 2016: 29-96) o a tener que distanciarse constantemente de ambos (SHAPIRO, 2011: 241 y ss.).

Aquí estriban también las razones últimas por las que tanto el formalismo (la tendencia a «blindar» a toda costa los valores formalizados por las reglas jurídicas segregando todo otro valor material a título de «extrajurídico») como el escepticismo (la negación de la objetividad de los valores, tanto de los formalizados como de los externos al derecho) constituyen dos ingredientes nucleares del positivismo jurídico (por más que no estén presentes del mismo modo en todas las concepciones positivistas y puedan estarlo también en visiones del Derecho no positivistas). Serían dos polos extremos a los que tendencialmente apuntan las concepciones positivistas cuando contemplan el Derecho bien en clave estructural como un sistema de reglas de consistencia fundamentalmente lógica [formalismo-normativismo: FERRAJOLI (2011, II: 198 y ss.) podría ser representativo ente nosotros de esta tendencia], bien como una práctica decisoria fluente —«lo que realmente hacen los jueces y operadores jurídicos»— determinada por factores sociales o preferencias subjetivas de carácter puramente fáctico (realismo-escepticismo: GUASTINI (2008: 59 y ss.) podría representar esta otra].

4.

Son, sin embargo, los enfoques post-positivistas de DWORKIN, NINO, ALEXY o el último MCCORMICK los que han puesto de manifiesto la insuficiencia teórica de una visión del Derecho en la que las reglas aparecen como límite último de lo jurídico frente a lo no-jurídico o lo meta-jurídico, y como un límite esencialmente *negativo* en el sentido antes apuntado. Estos enfoques cuestionan que las reglas sirvan para aislar el Derecho funcionando como barrera de contención o mecanismo de segregación de los valores [en términos de lo que ATIENZA (2017: 281 y ss.) ha llamado la «ideología de la separación»] y afirman que más bien los límites del Derecho deben ampliarse para incluir esos valores y la dimensión justificativa o moral que en términos de racionalidad práctica introducen. La idea de «límite» adquiere así un sentido también *positivo*, que no se agota en «cerrar» o demarcar el dominio del Derecho, excluyendo y segregando, sino que también comunica o permite el paso entre lo que hay a ambos lados del límite, convirtiéndolo así en permeable y poroso, en un filtro más bien: en todo caso una zona o territorio (*limes*), más que una línea abrupta. Se impone, pues, un principio de «sinequismo metodológico» o de continuidad frente a la interposición analítica de cortes o discontinuidades tajantes (POSTEMA, 2015: 893; ATIENZA, 2017: 296). Cabría decir entonces que la idea (estática y negativa) de límites del Derecho, heredada del positivismo, queda redefinida, en el post-positivismo, en términos de la distinción (dinámica y positiva) entre el *contorno* del Derecho (delineado por el conjunto de las instituciones jurídicas en su decurso práctico, dentro del cual emergen las normas) y el *entorno* del Derecho (formado por los contextos sociales, políticos y morales en cuyo espacio actúan las instituciones anteriores y de donde obtienen los fines y estados de cosas valiosos que orientan tales normas).

Lo anterior entraña también una redefinición de los parámetros de la racionalidad de la jurisdicción y ello en la dirección de una considerable ampliación de los márgenes

del activismo justificado. Para el juez del Estado constitucional las reglas jurídicas ya no pueden constituir solamente *limitaciones* o límites negativos (formales o autoritativos), mecanismos lógico-lingüísticos orientados (a modo de reglas meramente técnicas o instrumentales) a ocluir o suprimir la deliberación [esto es: reglas «excluyentes», «protegidas», «atrincheradas», «opacas» a las valoraciones o «independientes del contenido», tal como han podido ser teorizadas en el seno del positivismo (RAZ, 1975, 1979; SCHAUER, 1991; HART, 1982: 243 y ss.)]. Por el contrario, son dispositivos justificativos genuinos de la razón práctica, esto es, instrumentos para la realización social de valores y derechos de naturaleza moral que se integran en una empresa práctica argumentativa global, dentro de la cual su propia diferenciación y formalización institucional no puede desligarse de tal objetivo. Si los valores pasan ahora del espacio de lo no-jurídico al centro del Derecho, los juicios de valor se desplazan al centro de la práctica justificativa judicial dejando de ser discrecionales, excepcionales, periféricos, residuales o racionalizaciones. La práctica judicial, como afirma DWORKIN, se convierte en una interpretación constructiva a la luz de evaluaciones no reducible a la simple corrección formal o consistencia lógica de la justificación interna, sino que integra esta en una justificación externa o material capaz de asegurar en todo caso la correcta aplicación de las reglas y sus mejores interpretaciones posibles a la luz de razones sustantivas (DWORKIN, 1986). De acuerdo con ALEXY, las decisiones prácticas de los jueces deben esgrimir una pretensión de corrección y, como apunta por su parte NINO, solo están propiamente justificadas cuando su validez sujeta cualesquiera razones formales o autoritativas a su vez a criterios materiales de validez moral que las vuelven legítimas (ALEXY, 2004; NINO, 1994). Estos criterios sustantivos se ven explicitados en el conglomerado de juicios primarios y secundarios de aplicabilidad, calificación, relevancia, proporcionalidad, licitud, ponderación, adecuación a fines, etc., que entran en juego en la articulación mutua de reglas y principios que gobierna, ahora de modo expreso, todos los recursos del método jurídico en su manejo del material positivo. Articulación que ya no permite reducir a una cuestión de subsunción clasificatoria de reglas la racionalidad práctica involucrada en la aplicación del Derecho, sino que la convierte en una deliberación más profunda en donde la identificación e interpretación de las reglas está controlada estrictamente desde consideraciones valorativas que deben argumentarse y justificarse. Dicho de otro modo, la zona «determinada» del Derecho ya no se superpone necesariamente con la distinción entre casos regulados y no regulados (en la que los límites los marcan las reglas) sino con la distinción entre casos fáciles y difíciles (en la que los límites los marcan los valores o derechos tal como estos son incorporados por la práctica jurídica) (AGUILÓ, 2007: 673-674), y donde los casos fáciles son aquellos en que la solución contemplada *prima facie* por la regla está justificada porque promueve efectivamente los valores que la fundamentan y articulan (es decir, no existen consideraciones de principio que pesen en contrario), mientras que los casos difíciles son aquellos que requieren una solución diferente (esto es, una interpretación correctora en términos de razones sustantivas subyacentes a la regla o al conjunto de ellas efectuada desde el nivel de los valores y principios constitucionales).

Pues bien, si son estas condiciones sustanciales de justificación derivadas de los principios y valores las que demarcan ahora verdaderamente los límites del Derecho al convertirse en requisitos de validez material de las reglas y en criterios interpretativos de la congruencia del conjunto del ordenamiento jurídico, la pregunta por el activismo

equivale a la pregunta de hasta dónde pueden hacerse llegar lícitamente estas razones por parte del juez constitucionalista (o juez «garante de los derechos»), tanto en la jurisdicción ordinaria como en la jurisdicción constitucional. En otras palabras: qué (nuevos) límites y parámetros pasan a controlar el alcance justificado de su papel coorrector de las reglas a la hora de presentar valorativamente los casos como «difíciles».

5.

Las distintas respuestas posibles a esta pregunta nos devuelven a las concepciones del Derecho. Una primera posición es que no existan tales límites o parámetros: que los derechos y principios sean para el juez exclusivamente razones sustantivas de carácter último o moral y *todas* las razones que él debe considerar. Esta visión, que se correspondería con el llamado neoconstitucionalismo⁵ así como también con el iusnaturalismo o ciertas versiones principialistas de tono iusmoralista, supone una desfiguración completa de la función justificativa de la práctica judicial constitucionalista (ATIENZA, 2017: 117 y ss.; ARAGÓN, 2013: 6 y ss.). Identificada la racionalidad judicial, sin más cualificación, con una especie de la razón moral el juez aparece como un Hércules cuya misión es hacer valer los derechos en la práctica social sin mediación alguna (*fiat iustitia pereat mundus* sería su lema), lo que significa un vaciamiento de la dimensión institucional y de autoridad que diferencian al Derecho como práctica social compleja no exclusivamente moral sino también política⁶. De ahí que las copiosas críticas al activismo judicial irrestricto que de ello se seguiría aludan fundadamente al riesgo de desarticulación que para un Estado de Derecho basado en la legalidad comporta tal sobredimensión o hipertrofia del poder judicial, así como a los peligros políticos antidemocráticos de un «gobierno de los jueces» (sin olvidar que a menudo las consecuencias prácticas de tal desplazamiento del poder hacia estos no son de signo emancipatorio o sino retrógrado). Ahora bien: simétricas consecuencias prácticas hallamos en las concepciones realistas y críticas —paradójicamente, si tenemos en cuenta que son concepciones escépticas— cuando en ellas la racionalidad moral sustantiva del juez queda sustituida por una racionalidad estratégica pura (es decir, no paramétrica) en la que las reglas carecen de peso justificativo intrínseco y devienen instrumentos prácticos completamente abiertos al servicio de cualesquiera objetivos sociales, ideológicos o políticos de orden extrajudicial. Para ambos tipos de concepciones, independientemente de su diametral oposición, siendo unas dogmáticas y otras escépticas (*contraria sunt circa eadem*), todos los jueces serían «naturalmente» activistas. Así como todos los casos serían «difíciles» o susceptibles de ser convertidos en tales por obra de la valoración del juez.

El normativismo, por su parte, situado en una tierra media entre ambos extremos, insistirá en la tesis de que la racionalidad judicial sí que es esencialmente paramétrica y opera en función de decisiones ya dadas precedentemente por otras instancias insti-

⁵ Vid. una panorámica en ALTERIO (2014).

⁶ Una consecuencia de ello sería la tesis de que las únicas normas jurídicas verdaderamente relevantes en el Estado constitucional son los principios, de forma que «sobra la categoría de las reglas» (GARCÍA FIGUEROA, 2009: 133).

tucionales: es decir, está centralmente vinculada a razones autoritativas, es autoridad delegada, añadiéndose a ello que la interpretación correctiva de las reglas (y por tanto el ámbito justificado del activismo judicial en un Estado constitucional) se constriñe a casos extremadamente graves de contradicción de los valores o principios constitucionales (el tipo de caso difícil que representa *Riggs vs. Palmer*, alegado por DWORKIN), mientras que en el resto su desempeño discrecional debe verse limitado o moderado por razones institucionales que contrapesan y —se afirma— por regla general vencen a las razones sustantivas, justificándose así un principio fuerte de autorrestricción judicial y deferencia al legislador democrático como imprescindible garantía de la división de poderes y el imperio de la ley. En esta concepción, por tanto, tal y como puede verse reflejado de diferentes modos en planteamientos como los de SCHAUER o LAPORTA (2007) el activismo judicial sigue siendo visto en términos fundamentalmente residuales y patológicos, y por ello todavía demasiado estrechos. Ello es efecto, como decíamos, de una desconfianza o sospecha de principio hacia los compromisos e implicaciones valorativas de la deliberación del juez constitucionalista⁷, unas valoraciones vistas siempre como *per se* ilegítimas, potencialmente invasivas del espacio político (en cuanto judicialización de la política «a golpe de jurisprudencia») y ocultamente suplantadoras de la función legislativa, único ámbito justificado de la toma de decisiones políticas mediante la producción de reglas generales. Y de ahí también que este riesgo (pues el activismo judicial es un riesgo por definición, un permanente «asalto al poder» por los jueces) trate de ser conjurado, en esta concepción, exclusivamente en términos de límites negativos: en términos de *prohibición* para el juez de realizar ponderaciones y evaluaciones que vayan más allá de la vinculación cerrada a reglas dotadas de «autonomía semántica» e impuestas verticalmente por la «asimetría» de la autoridad legislativa. Una vinculación que entonces podría muy bien llamarse «burocrática» o funcional y que sigue arrastrando un gran componente formalista, por cuanto el peso de las razones de carácter sustantivo que conectan a estas reglas con sus fundamentos ético-políticos —con el *entorno* del Derecho— queda extirpado del razonamiento judicial (salvo en esos casos muy extraordinarios o excepcionales).

De esta forma, el potencial no solo correctivo sino también meliorativo o reforzador de las reglas ínsito en aquellas razones sustantivas viene a quedar desactivado en la práctica bajo una comprensión de la deferencia que otorga prevalencia *general* a los valores formales e institucionales de la legalidad (seguridad, certeza, asignación del poder, etc.) frente a los valores materiales de justicia. Se acepta la legitimidad de los «errores del legislador», incluso los «errores de la ley», esto es, sus injusticias, como efectos subóptimos inevitables a corto plazo (*dura lex sed lex* o *durum sed ita scriptum est* serían ahora los lemas apropiados), bloqueándose así toda posibilidad de maximización o rectificación «post-interpretativa» de las reglas en su práctica ordinaria de aplicación a la luz de las mejores razones disponibles, y viendo, en definitiva, al juez constitucional como detentador de un poder exclusivamente «negativo» frente a la legislación y la administración que debe ser disciplinado políticamente y sometido a límites en idénticos términos negativos. No hace falta decir que es desde estas premisas como se forja habitualmente la antinomia entre constitucionalismo y democracia y su

⁷ Como apunta ATRIA, para el positivismo «la esfera del valor es tomada como co-extensiva con el ámbito de la discrecionalidad» (2016: 47).

resolución en favor de la última a partir de la autoridad del legislador como autoridad prevalente o portadora de la «última palabra» frente al tribunal constitucional y el juez ordinario. Luego volveremos sobre esto. Retengamos por ahora que en esta concepción la deferencia y la asimetría del legislador está vinculada al resultado de una *ponderación* (solo que una en la que únicamente entran en juego principios formales).

6.

La concepción argumentativa nos ofrece en cambio un dibujo más completo y equilibrado de la arquitectura de razones que vertebra la función judicial en el Estado constitucional. Por un lado, al entender esta como una práctica *justificativa* en sentido estricto, afirma la prioridad *prima facie* de las razones sustantivas (de los derechos), es decir, la prevalencia de una visión *material* de la argumentación. Sin embargo, ello no significa (frente a las posiciones iusnaturalistas, iusmoralistas, neoconstitucionalistas, pero también frente a las realistas) perder de vista el *contorno* institucional y autoritativo del Derecho, dentro del cual la práctica judicial se integra en un escenario de coexistencia con otras prácticas jurídicas que condicionan y limitan su operatividad y, con ello, el contenido y alcance de esos mismos derechos. Por otro lado, al ver la jurisdicción como una práctica *social*, afirma que tanto las razones institucionales como las autoritativas lejos de tener un carácter exclusivamente intrasistemático (o formal) también son necesariamente de carácter extrasistemático (o material), puesto que ambas apuntan al logro de propósitos y valores sustantivos, externos a la esfera jurídica, de modo que tampoco cabe perder de vista (frente a las posiciones formalistas y normativistas) el *entorno* del Derecho, de donde únicamente pueden provenir la fuerza y peso justificativo de aquellas razones (y por eso hablamos de justificación «externa»), sean estas razones instrumentales (fines) o de corrección (político-morales) (ATIENZA, 2006: 212-246).

La idea central es, pues, visibilizar la inserción de la práctica jurisdiccional en un complejo envolvente de prácticas tanto jurídicas como sociales, respecto del cual cumple una función esencialmente *intermediaria*. Es decir, la práctica judicial conecta entre sí partes o segmentos de la práctica jurídica (las prácticas legislativas o productoras de normas generales en sentido amplio, incluyendo la constitución y la actividad reglamentaria) con partes o segmentos de la práctica social (casos o situaciones particulares de la vida social, económica, política, etc.) a propósito de los cuales se trata de decidir o resolver controversias con arreglo a aquellas normas generales y sus razones inspiradoras. Es precisamente el carácter necesariamente justificativo que tiene esta conexión de partes el que convierte a la práctica de juzgar, por un lado, en una práctica argumentativa *circunscrita* a ciertos materiales normativos institucionalmente preestablecidos (los cuales pertenecen a su *contorno*) y, por otro, una práctica *holística* o *totalizadora* que los desborda y reformula constantemente generando nuevas normas y reinterpretaciones de estas, para lo cual precisa recurrir a razones y fundamentaciones últimas de carácter político y moral (pertenecientes a su *entorno*).

La perspectiva argumentativa permite asimismo captar mejor la verdadera función de la jurisdicción como institución específica de aplicación de normas al iluminar su

conexión con la argumentación legislativa y sus productos como parte del *continuum* de la práctica jurídica en su conjunto (esto es, como integrante del contorno institucional del Derecho). La legislación no queda expulsada al espacio pre-jurídico de lo político, sino que es un tipo de argumentación jurídica compleja consistente en traducir fines y propósitos colectivos en forma de reglas discerniendo racionalmente a través de qué categorías de acciones se realizan mejor tales o cuales valores. Se abre camino, por tanto, mediante la formulación de ponderaciones y razones que son *transversales* a las razones instrumentales expresadas en las reglas en tanto instrumentos que categorizan tipos generales de acción *pro futuro* (ATIENZA, 2004; OLIVER-LALANA, 2005; EKINS, 2012). Las reglas tendrían un carácter «incoactivo» en la medida en que desencadenan un proceso práctico prolongado de aplicación a múltiples situaciones singulares a lo largo del cual llevan inseparablemente adosadas tales razones (HART-SACKS, 1994: 139 y ss.; WALDRON, 2011: 73 y ss.). La propagación práctica global y estable de un sistema semejante de reglas (un sistema de legalidad o imperio de la ley) hace necesario proveer una práctica aplicativa institucionalmente autónoma, separada y postergada en el tiempo, pero conectada con la anterior, que tenga por objeto básico garantizar la vigencia social duradera de las reglas una vez instauradas: una práctica decisoria recurrente (deber de resolver todos los casos o exclusión del *non liquet*) y autoritativa (cuya decisión sea última o resolutive). Así se entiende que la jurisdicción ha de ser una práctica de rango justificativo: el deber de motivación presupone que la aplicación es el resultado de una inferencia práctica en la que el juzgador, al identificar e interpretar la regla aplicable, entronca con esas razones *no meramente instrumentales* de la decisión legislativa como exigencia necesaria para fundar su propia decisión. La racionalidad de «decir el Derecho» se vincula a un juicio de corrección diferido o distanciado que presupone los valores de independencia e imparcialidad, en el sentido no ya solo de excluir la arbitrariedad (la práctica de seguir uniforme e igualmente reglas formalizadas previas) sino también de garantizar a su través la justicia *material*, es decir, el logro real e iterado en la práctica de ciertos valores sustantivos. La jurisdicción es por todo ello un tipo de práctica institucional dotada de una especial «carga de racionalidad» (FULLER, 1978: 366 y ss.).

El ideal de corrección implícito en el modelo del imperio de la ley —que configura los rasgos distintivos de la función judicial como poder separado, independiente e imparcial ya en el Estado legal— no obedece él mismo a una racionalidad práctica meramente formal ni instrumental, sino a criterios materiales o justificativos en sentido fuerte subordinantes de los criterios formales e instrumentales. Por eso exige al juez un razonamiento interpretativo de carácter totalizador o reconstructivo del conjunto de las reglas legislativas (lo que se le pide es que *razone* para juzgar) llevado a cabo de tal manera que la identificación y adecuación a los materiales normativos preconstituidos (materiales a los que está circunscrita su deliberación y cuya autoridad, en consecuencia, debe reconocer) se rija por el presupuesto argumentativo —inherente al imperativo de la motivación— de que las reglas como razones autoritativas vengán siempre maximizadas por las razones sustantivas (por los valores y propósitos subyacentes que las justifican) y, por tanto, bajo la aspiración metódica de lograr la mejor respuesta posible (lo que sobrepasa ampliamente cualquier enfoque meramente intencionalista tanto de la práctica de legislar como de la interpretación). La dimensión justificativa de las reglas prima sobre la dimensión directiva y siempre que se produzcan desajustes entre ambas estas deben reformularse y corregirse (lo que ARISTÓTELES llamó «equi-

dad» y hoy llamamos «derrotabilidad») bajo la respuesta más correcta que derive de tales valores y propósitos y resulte universalizable en continuidad con los balances legislativos ya asentados en la práctica precedente.

Son entonces las razones sustantivas —que conforman la justificación externa del razonamiento judicial— las únicas que en rigor justifican la primacía de las argumentaciones literales o reforzadoras del tenor literal usualmente aparejada, desde el positivismo, a la defensa del imperio de la ley y la prevalencia de las razones autoritativas. Lo que sucede cuando y porque estas prescriben precisamente la imposición en las prácticas sociales de aquellos cursos de acción o consecuencias jurídicas que mejor promuevan las razones subyacentes a las reglas (la *lex* no solo es *dura* sino también *iusta*, y la autoridad también debe pretender corrección, no solo imponerse *de facto*). La correcta aplicabilidad *prima facie* de las reglas (en los casos «fáciles») depende así de un entramado de juicios evaluativos «primarios» a cargo del juzgador, del mismo modo que la reformulación de las reglas, la introducción de excepciones y la producción de nuevas reglas por los jueces (en los casos «difíciles») responden a juicios de valor «secundarios» que ni son por completo discrecionales ni suponen una usurpación ilegítima de la práctica de legislar. La razón de ello es nuevamente de necesidad pragmática: todo «sistema maestro» de reglas se vuelve *necesariamente* vago, incompleto e inconsistente en el curso de su aplicación extendida sobre la práctica social (ALCHOURRÓN, 2000), haciendo necesario que los jueces, en el tránsito de la pluralidad de materiales normativos a la unidad de decisión, recurran a valoraciones aptas para reducir esas indeterminaciones y hacer hablar al Derecho «con una sola voz». Implementar un sistema de reglas legisladas de manera generalizada y estable en la práctica exige resignificar permanentemente los balances valorativos originariamente presupuestos por ellas reglas, y en ello está el meollo del tipo de racionalidad práctica de la función judicial. Una racionalidad que procede a base de esquemas argumentativos que —además de reforzarlas en su tenor literal o primera intención— conducen a ampliar o recortan plásticamente el alcance justificado de las reglas restableciendo en cada caso la continuidad y congruencia con el propósito subyacente al legislador (son argumentos siempre imputados al «legislador racional») y decantando criterios a ser aplicados en casos similares futuros como relecturas de los mismos ajustes de valores a lo largo de «líneas jurisprudenciales» uniformes. Si los jueces son, como se dice, «órganos de cierre» del Derecho, en esa su función totalizadora del sistema jurídico, lo son precisamente al nivel de las justificaciones y valores materiales que dan sentido a la propia práctica de legislar y su plasmación formal regulativa. No es un cierre técnico al nivel de estas reglas tomadas en un sentido lógico o instrumental, sino un genuino «cierre argumentativo».

7.

Pues bien, si esto es así, si los ideales racionales de coherencia práctica y axiológica están ya implícitos en el modelo legalista del imperio de la ley asociado a un «libro maestro» de reglas⁸, y reclaman —vía motivación— que el juez vaya de las

⁸ Como es sabido, FULLER (1969) denominó a estos ideales mínimos de racionalidad inherentes al sometimiento de la práctica humana a un régimen de reglas la «moralidad interna del Derecho».

reglas a los valores o principios (de las razones autoritativas a las razones sustantivas), entonces la cuestión del activismo judicial ya no puede ser zanjada meramente en términos de límites negativos, sean estos formales o institucionales (de prohibiciones o inhibiciones, en definitiva). Más bien se trata de ver en qué medida esos límites quedan atenuados o difuminados (en todo caso, redefinidos como límites «flotantes» y no abruptos) en función de esta comprensión de las reglas jurídicas y las relaciones positivas —«sinequistas»—, no solo negativas, que tiende entre contorno y entorno del Derecho. ¿Hasta qué punto significa ello una ampliación del activismo judicial justificado?

Para empezar hay que decir que, bajo esta perspectiva, muchas de las censuras habituales del activismo como extralimitación o adulteración de la jurisdicción resultan perfectamente injustificadas dentro del marco del Estado constitucional, al obedecer a concepciones formalistas de la función judicial aún muy extendidas (sean más intensas o más moderadas, en correspondencia con ese polo común que, según vimos, emparenta al formalismo y al normativismo). Lo que viene a hacer la constitucionalización de los derechos en forma de principios y directrices (es decir, la «materialización» del Derecho conducente a dejar atrás tal formalismo) es volver institucionalmente explícito lo que ya estaba implícito en el Estado legal: la necesidad de que la argumentación judicial avance interpretando y reinterpretando permanentemente las reglas a la luz de evaluaciones que optimicen su validez material, con los efectos correctores de carácter sistemático que ahora añade el juicio de constitucionalidad (pero ya antes la casación o los mecanismos de determinación de «ilícitos atípicos»). De modo que no cabe ya argüir que la práctica del juez constitucionalista que argumenta mediante esquemas de ponderación de derechos y adecuación a fines supone *por ello* una amenaza endémica para el imperio de la ley (en tanto «contra-poder» legislativo «contra-mayoritario» que, en manos de una minoría «aristocrática» o elitista, potencialmente subvierte los límites de la legalidad). Son los propios valores formales e institucionales del legalismo —asociados al Estado de Derecho que funciona bajo un armazón de reglas predecibles, seguras, uniformes, etc.— los que resultan solidarios e instrumentales respecto de derechos y valores materiales que legitiman al propio legislador (y al constituyente), tales como la autonomía, la libertad, la participación política o la igualdad (por mencionar los cuatro valores nucleares de las respectivas formas básicas del Estado de Derecho). Estos valores provienen del *entorno político-moral* del Derecho y no son creados por la maquinaria jurídica, sino que esta les provee de una articulación institucional idiosincrásica que está al servicio de su realizabilidad política estable. Pero esta salvaguardia práctica de los valores que pretenden cristalizar en las reglas jurídicas simplemente no es viable al margen de la articulación de juicios axiológicos de ponderación y corrección conducentes a reajustarlas y perfeccionarlas progresivamente en el curso de su aplicación. En vista de esto parece muy difícil, por de pronto, impugnar la afirmación de que *cualquier* práctica judicial activista que se oriente a asegurar la supervivencia mínima de esos derechos y valores político-morales fundamentales resulta *tout court* justificable dentro de un Estado constitucional. Naturalmente, el sentido preciso de esta afirmación remite a las condiciones particulares del contorno institucional del Derecho y, por tanto, a la arquitectura de relaciones y distribución de funciones entre poderes e instituciones, especialmente entre legislación y jurisdicción, sobre lo que volveremos enseguida.

Por las mismas razones, no resultaría satisfactoria tampoco una comprensión de la «deferencia» al legislador fundada sobre bases exclusivamente formales, es decir, haciendo entrar en juego a las razones autoritativas y las institucionales como razones supuestamente solo formales que *siempre* prevalecerían sobre las de orden sustantivo, para derivar de aquí un sistema de restricciones o límites al juez. Así sucede, como antes se señaló, cuando se justifica la deferencia a partir de consideraciones sobre la distribución de autoridades, empleando la lógica de la «última palabra» en torno a quién ostenta el poder normativo decisivo a la hora de interpretar el alcance de los derechos. El argumento parte de dar por sentado el mal mayor que supondría la «promiscuidad» de la ponderación judicial, por así decirlo, para justificar a continuación un «voto de castidad axiológico» impuesto a los jueces, destinado a impedirles en general entrar a valorar o ponderar [tolerándose a lo sumo sus juicios de valor discrecionales intersticiales, y en los casos límite, como un mal menor frente a los costes que supondría un sistema de decisión alternativo como el *referé legislatif* (HART, 1994: 275)]. En el fondo este argumento envuelve un falso dilema que desdeña por completo las capacidades argumentativas vinculadas a la imparcialidad como criterio de legitimidad de la autoridad del poder de juzgar al tiempo que sobrevalora las capacidades deliberativas del legislador. La propia racionalidad legislativa funciona a base de ponderaciones materiales prospectivas que deben ser reproducidas prácticamente en un proceso continuo y abierto —y por ello también corregidas—, de forma que la razón de ser de la jurisdicción va ligada a la estructura práctica incoativa de la empresa legislativa. La conexión institucional interna entre ambas —que de algún modo conforma el curso central de la praxis jurídica en su conjunto, respecto del cual todas las restantes prácticas (profesionales, doctrinales, auxiliares, etc.), son periféricas— incluye de manera ineliminable la «deferencia al juez» o deferencia al juicio de un tercero imparcial como instancia aplazada o diferida (*neuter*) desde la cual ha de reconstruirse la totalidad del Derecho con vistas a una decisión correcta y concluyente.

La imparcialidad no es, pues, un criterio de legitimidad opuesto ni de inferior rango a la representación a la hora de determinar las interpretaciones del alcance de los derechos, sino complementario e imbricado con ella. La deferencia al legislador solo es inteligible correctamente como ejercicio de la imparcialidad en la jurisdicción. Y esta equivale al ejercicio de un juicio práctico complejo en el que entran en juego razones autoritativas y también razones institucionales, pero en ninguno de ambos casos lo hacen a título de razones exclusivamente *formales* (como pretenden las concepciones formalistas y normativistas) sino utilitariamente imbricadas con razones sustantivas. Se trata de una ponderación en última instancia material, no formal. El juicio es imparcial cuando, por así decir, recorre el camino inverso al seguido por la racionalidad legislativa en el tránsito circular entre reglas y valores (que es el tránsito de la razón práctica en sentido estricto). Para decirlo con KANT, se trata tanto de un juicio *determinante* (que reconoce y aplica reglas ya dadas subsumiendo objetos bajo ellas) como *reflexionante* (que interpreta esas reglas como expresión de fines y valores a propósito de situaciones prácticas concretas, lo que lo aproxima más al arte y al uso de los esquemas de la imaginación que a la lógica y a la razón teórica)⁹. Y parece innecesario aclarar que las críticas al mal ejercicio circunstancial de la ponderación judicial no suponen una refutación de

⁹ KANT, 1968 (1790): 171 y ss., 385 y ss. Cfr. BELL, 1987.

la imparcialidad como método racional más de lo que las malas leyes pueden desmentir la racionalidad de la representación democrática en la deliberación sobre el contenido de los derechos: el valor último que justifica ambos procedimientos es el mismo y el mayor valor intrínseco que pueda atribuirse al procedimiento democrático (BAYÓN, 2000: 85 y ss.) no le permite prescindir de la remisión práctica al procedimiento judicial. Cuestión distinta —que no concierne tanto al contorno o diseño institucional como al entorno contextual sociopolítico— es si los jueces de un Estado particular están o no, y en qué medida, a la altura de las exigencias racionales de imparcialidad requeridas por el modelo de un Estado constitucional¹⁰. Una cosa son las condiciones *esenciales* mínimas de la racionalidad de la jurisdicción, aquellas sin las que carece de sentido hablar de función judicial (la imparcialidad y la verdad, centralmente), y otra sus condiciones *óptimas*, que son relativas al grado en que las anteriores se ve satisfechas en cuanto ideales más o menos realizables en la práctica de la institución (FULLER, 1978: 363). En todo caso, el hecho de que la deliberación judicial deba emprender una discusión crítica de diferentes concepciones sustantivas de los derechos a la luz de conflictos y desacuerdos suscitados en casos concretos la convierte en un tipo de argumentación pública ético-política [como han subrayado desde diferentes ángulos autores como RAWLS (2001), DWORKIN (2010), NAGEL (1981) o ALEXY (2015)], destinada a codificarse siempre en reglas intersubjetivamente controlables, y de ningún modo en un depósito de opiniones discrecionales, de convicciones personales dogmatizadas del juez sobre lo justo o de meras ideologías al servicio de intereses de algún grupo o facción (tal como acaban figurando en el formalismo, el normativismo y el realismo).

8.

Pero el perímetro del activismo justificado no viene ampliado (y mermado correlativamente el espacio del activismo censurable) únicamente por la consideración del mayor peso o fuerza justificativa de las razones sustantivas sobre las autoritativas. Los «casos difíciles» que suscita específicamente el asunto del activismo judicial lo son ante todo porque presentan conflictos de rango institucional, aquel tipo de conflictos que involucran y ponen en cuestión el funcionamiento y preservación de las instituciones jurídicas mismas y la continuidad de la práctica jurídica en su conjunto (ATIYAH-SUMMERS, 1996: 24; ATIENZA-RUIZ MANERO, 2001). Si aceptamos que las razones o principios institucionales poseen siempre una dimensión material o sustantiva, que no son puramente «formales», puesto que van encaminados al logro de valores y fines prácticos intrínsecos al Derecho, por más que lo hagan mediatamente (organizando las decisiones en términos de procedimientos, plazos, jerarquías de órganos o instancias decisorias, reparto de competencias, etc.), entonces en la imagen que venimos presentando del Derecho como práctica compleja (o complejo de prácticas) estas razones y principios encuentran su lugar en las relaciones «horizontales» de continui-

¹⁰ «La forma de evitar los posibles desaguisados de los jueces no está en sancionar buenas leyes sino en elegir buenos jueces. Un mal juez seguirá siendo malo aunque le toque aplicar la mejor ley del mundo. Este problema de hombres se da en todos los niveles de la dinámica jurídica. Solo exigiendo mejores legisladores mejorará el Congreso. Difícilmente una reforma constitucional traerá soluciones en este terreno» (CARRIÓ, 1987: 200).

dad argumentativa que median entre legislación y jurisdicción. Estas relaciones suponen el despliegue de una empresa cooperativa temporalmente extendida a lo largo de innumerables instancias decisorias en la que ambas instituciones cumplen funciones diferenciadas y mutuamente irreducibles que conforman lo que hemos llamado el contorno institucional del Derecho (en cambio, las razones de tipo autoritativo, y también las sustantivas o de corrección, operarían más bien en las relaciones «verticales» que van desde la práctica jurídica, como práctica de segundo orden, hacia el entorno del Derecho). Pues bien, las valoraciones positivas o negativas del activismo, y la propia noción de deferencia, dependen directamente, como hemos visto, del modo en que se entienda dicha continuidad. Por eso rechazábamos ciertas maneras de ampliar o legitimar indebidamente el activismo judicial (como las del neoconstitucionalismo y el iusnaturalismo o iusmoralismo) caracterizadas por considerar que este contorno institucional no opone límite alguno a las razones sustantivas (a los derechos, entendidos como razones morales absolutas), de manera que estas *nunca* serían vencidas por las razones institucionales; y también rechazábamos otras maneras de restringir indebidamente o considerar reprochable el activismo (como la manera formalista y la normativista) caracterizadas por considerar que las razones institucionales deben prevalecer *siempre* sobre las razones sustantivas, identificadas al cabo (junto con las autoritativas) con razones puramente formales, técnicas o «independientes del contenido», lo que permitiría sentar así un principio (él mismo formal) de deferencia general fuerte al legislador orientado a sujetar al juez a las reglas y a reprimir sus valoraciones. Sin embargo, dar por hecho que, así entendido, este sería el principio que mejor se corresponde al diseño institucional del imperio de la ley en el Estado constitucional corre el riesgo de desconocer o menoscabar la verdadera posición institucional —y autoritativa— de la jurisdicción, la «deferencia argumentativa al juez» que está presupuesta e incoada en la racionalidad legislativa, y sin la cual no puede darse la incorporación de las razones materiales y de corrección provenientes del entorno (social, moral y político) del Derecho que está a la base de la operatividad práctica misma del legislador y justifica la preferencia moral por sus procedimientos y los productos normativos que estos arrojan.

La cuestión es poder determinar en qué casos típicos estaría justificada en general una práctica judicial activista en la que la promoción y garantía de esas razones de corrección (los derechos) tenga un peso tal que conduzca a desplazar la deferencia a las razones autoritativas y la autorrestricción judicial que por principio impone el carácter vinculante de estas derivado de su legitimidad legislativa (democrática) de origen. No se trata aquí de los casos claros en los que se justifica plenamente la anulación de reglas manifiestamente inconstitucionales o su modificación conforme a la interpretación constitucionalmente más adecuada de los derechos. La sospecha de principio acerca de estos casos (como también acerca de la derrotabilidad ordinaria de las reglas) solo es posible desde premisas formalistas. El referente es más bien ese tipo de activismo sistemático propugnado por los enfoques neoconstitucionalistas y principialistas, especialmente en materia de control de constitucionalidad, que supone el riesgo de lo que SAGÜES (2000: 344 y ss.) llama el «facilismo» en la interpretación y aplicación directa de los principios de la constitución, o LAPORTA (2015: 88) la «sobreconstitucionalización». Es el «hiperactivismo» amparado por las corrientes críticas en contextos tales como la justiciabilidad de los derechos sociales, la promoción directa de políticas públicas en aplicación directa de las directrices constitucionales, los llamados «litigios

estructurales», etc., escenarios todos ellos que suponen la interferencia invasiva y directa del poder judicial en el ámbito de los poderes políticos del legislativo y ejecutivo. Es decir, lo que suele denominarse «politización de la justicia» y «judicialización de la política»¹¹. Analizar estos casos resulta muy difícil porque en buena medida no son «típicos» sino precisamente singulares e implican juicios contextuales acerca de la correlación y equilibrio de las instituciones jurídicas propios de cada particular sistema jurídico. Sin duda, ponen a prueba por su carácter anómalo, y por responder en su práctica a una lógica pendularmente reactiva (y a veces mimética) respecto del legalismo, los verdaderos límites institucionales de la jurisdicción. Subyace a este judicialismo, en efecto, un mismo esquema de comprensión de la conexión legislador-juez caracterizado por enfatizar las relaciones de conflicto y competencia entre poderes¹², desconsiderando los marcos de coordinación, cooperación y división institucional del trabajo. Eso explica rasgos bien conocidos tales como el ascendente protagonismo del poder judicial en las últimas décadas, la pretensión de subordinación o sumisión inversa del poder legislativo (volviendo positivo lo que el legalismo veía como «poder negativo» o «contrapoder», especialmente en funciones de control de constitucionalidad), la imposición autoritaria de *su* interpretación de la constitución y de los derechos como la última y definitiva, y la conversión de la norma constitucional en directa agenda *político-ideológica* en detrimento de los restantes poderes. Todas estas tentaciones, ya lo hemos señalado, son censurables en línea de principio, en la medida en que suponen una perversión del *locus* institucional que el modelo del Estado constitucional reserva al poder judicial. Pero la cuestión es si cabe decir lo mismo —si puede mantenerse el reproche de activismo «patológico» extremado— en aquellas situaciones políticas singulares en las que ese modelo presenta realizaciones disfuncionales, o sea, graves déficits y desequilibrios institucionales en su implantación práctica. ¿Es entonces la deferencia o autocontención judicial la respuesta adecuada?

No parece —creo— que pueda tildarse de injustificado ese género de activismo judicial sistemático o «radical», por ejemplo, en aquellas situaciones de *bloqueo* u de *omisión* legislativa que redundan en prácticas regresivas en materia de derechos. Invocar aquí la deferencia al legislador supondría tanto como legitimar abiertamente una práctica formalista restrictiva de los derechos, que constituye ella misma un tipo de «activismo» práctico (negativo o por inacción) a todas luces injustificable dentro de un Estado constitucional merecedor de tal nombre. Las violaciones sistemáticas de los derechos (incluidos los derechos políticos) pueden darse también en el marco de un sistema formal de reglas cuando estas operan como «candados» que privilegian y blindan ciertos derechos (p. ej., los liberales o patrimoniales) en detrimento de otros (los derechos sociales y de igualdad). Ningún sistema de reglas es capaz de optimizar en grado absoluto los derechos en la práctica realmente existente, pero sí puede ser usado justo para todo lo contrario, para reducirlos al mínimo interponiendo cortapisas a su desarrollo. Y entonces el activismo judicial de signo progresivo que acude a la «sobreconstitucionalización» sería la única vía *jurídica* disponible para tratar de contrarrestar las patologías institucionales y estimular su desbloqueo. Negar como legítima esta

¹¹ Cfr. FEOLI, 2015: 112 y ss., y referencias ahí citadas.

¹² La premisa básica ahora es que, para el poder judicial, el legislativo (la mayoría parlamentaria) aparecería como «el principal enemigo de los derechos» (FERRERES, 1997: 269).

posibilidad equivale a dar por sentado que, en estos casos de anomia o disfunción del Estado constitucional, el formalismo colabora más a este arreglo institucional que el activismo constitucionalista, y es menos pernicioso, lo cual resulta sumamente discutible. Algunos ejemplos sumamente reveladores, como el colombiano, podrían argüirse en respaldo de la idea de que este activismo que intensifica, forzándolo incluso, el rol institucional del juez en menoscabo de las otras instancias políticas puede representar una vía para fortalecer la cultura constitucional en vez de conducir necesariamente a su disolución (LÓPEZ STERUP, 2017).

Ahora bien, parece igualmente claro que un activismo de este tipo solo resulta justificable si cumple ciertas condiciones. Por un lado, tiene que compadecerse con un requisito de mínima conservación —de no obstrucción completa— de las expectativas generales básicas ligadas a los principios de funcionamiento propios de cada institución jurídica en su mutuo ensamblaje. De otro modo no sería posible ese requerimiento inexcusable de la práctica activista de apuntar a la consolidación de la cultura constitucional que le permite presentarse como una «contingencia» o «coste» excepcional necesario para llegar a tal objetivo. Es decir, los «casos-hito» que conforman esa práctica activista deben concebirse como medidas de choque temporales y proporcionales orientadas a imprimir un giro a la acción política, de modo que las líneas jurisprudenciales que desencadenen promuevan a medio o largo plazo la estabilización de un esquema cooperativo global inclusivo de las restantes instituciones jurídicas —legislación y administración— en vez de conducir a sustituir las o usurparlas anulando su funcionalidad autónoma. Usurpación que se daría siempre que el poder judicial se erigiese en poder representativo de intereses (no ya intereses particulares, por supuesto, sino también generales: incluyendo los intereses del «pueblo» o la «jurisprudencia del más débil») o en agencia administrativa ejecutora de medidas generales de *policy* en interpretación directa de la constitución a partir de juicios de oportunidad o conveniencia política. Eso socavaría la condición básica de la imparcialidad: la independencia judicial o distanciamiento práctico respecto de cualesquiera cursos *ejecutivos* inmediatos (el juez no ejecuta, sino que «juzga y hace ejecutar lo juzgado») y, por tanto, respecto del proceso político en su conjunto, en cuyo curso el juez no puede intervenir directamente usando su poder bajo invocación de interés alguno, ni general ni sectorial. El poder judicial no es poder político ordinario (*i. e.*, un poder estratégico prospectivamente orientado al *entorno* del Derecho, a su cambio), sino que interviene en la esfera política *modo obliquo*, en cuanto ensamblado a otras instituciones políticas directas y por interposición del ordenamiento jurídico. No es un poder políticamente *responsable*, ni por vía ascendente ni descendente. Es más bien un poder «reflexivo» («saber-poder», como dice FERRAJOLI), vinculado a la idea de corrección¹³. En consecuencia, el poder judicial nunca podría ser cabalmente entendido como poder *revolucionario* en sentido político. La única «revolución» que le cabe por vía activista es de alcance «institucional», en casos límite puntuales y dirigida a asegurar o reorientar el curso de una práctica constitucionalista justificada a la luz del ideal de los derechos (cfr. NINO, 1997: 280 y ss.; 2013: 680-706). No le corresponde funcionalmente al poder judicial instaurar por sí mismo la líneas decisorias fundamentales de esta práctica, sino

¹³ «[N]o es el juez el que tiene el poder, sino la razón: el juez es la boca muda de un razonamiento que debería poder ser aceptado por una audiencia ilustrada», afirma LAPORTA (ATIENZA, 2008: 325).

precisamente a los otros poderes (constituyente, legislativo, ejecutivo). Su función es más bien de carácter justificativo y retrospectivo, orientada al *contorno* del Derecho y, por tanto, a la *legalidad* establecida (DWORKIN, 2004: 35).

Se desdibujará su perfil distintivo si la jurisdicción se entiende a sí misma por completo desvinculada de la idea de *aplicación* de reglas, de su función de autoridad *deferida* y *deferente*. «Al margen de algún estándar de decisión —observa FULLER (1978: 373)— el requerimiento de que el juez sea imparcial pierde todo sentido». La potestad judicial, en cuanto distinta de otras formas de intervención de terceros en la resolución de conflictos, es *ab origine* reglada: no arbitraria y no discrecional en sentido fuerte. Su nexo con la idea de *corrección* (con la justicia o el «dar a cada uno lo suyo») no puede entenderse, en nombre de ningún activismo, como excluyente de la idea de *sujeción* (al imperio de la ley). La racionalidad práctica correctiva y la lógica de la *excepción* que le es propia parten de dar por supuesta dicha sujeción, no liberan de ella; pues exigen que toda ampliación o restricción potencial del sentido de los textos legislativos cuente con un redoblado respaldo argumentativo, suficiente como para mostrar que las razones desplegadas por el juez son razones *imputables a otro* (al legislador) y no propias o meramente subjetivas, que son relevantes para el caso y que, si son alteradas por el juzgador, han de resultar generalizables «en tercera persona» según patrones de congruencia valorativa con respecto a los balances de razones del legislador y del conjunto del sistema. La noción de justificación racional que va unida a la práctica de juzgar no puede, en suma, desvincularse de la noción de *regla*. Pero no porque las reglas impliquen valores primariamente formales, «técnicos» o institucionales (certeza, predecibilidad, uniformidad en la aplicación, igualdad de trato) que fueran por sí solos justificatorios, como cree el formalismo (y aún en buena medida el normativismo), sino porque estos revierten, a lo largo de su recurrencia práctica a gran escala, en la implantación de los valores materiales de carácter universal que asociamos a la justicia (los derechos). El alcance justificado de aquellos valores formales ha de permanecer, para ello, siempre bajo el control de estos valores materiales, sin que pueda haber apartamiento de las reglas (ni tampoco seguimiento) que esté exento de soporte argumentativo sustantivo o pretensión objetiva de corrección. Esto vale también para los casos límite de activismo de los que estamos hablando, cuya única justificación estriba en que «se preserve la posibilidad real de poner en vigencia las dimensiones ideales de la constitución» (NINO, 1997: 281) en el curso futuro de la práctica jurídica.

9.

Es precisamente una comprensión de la actividad de juzgar agnóstica en cuanto a esta crucial dimensión valorativa de la jurisdicción (como la que subyace al realismo, a las teorías críticas y alternativistas, al pragmatismo instrumentalista, etc.) la que conduce a vaciar de sustantividad práctica a las reglas jurídicas, al bloque de la legalidad, convergiendo así paradójicamente, como decíamos al principio, con el formalismo (que ignora los «errores de la ley» cuando las reglas dejan de ser materialmente eficaces respecto de esos derechos) y con el normativismo (que prefiere los «errores materiales del legislador» a los del juez activista primando así la vertiente institucional del Derecho —su contorno— sobre su vertiente axiológica —su entorno—). Pero que la primacía

correcta sea la inversa, que los valores formales sirvan a los valores sustantivos y no al revés, no significa que deban ceder *incondicionadamente* ante ellos, como si se tratase de imperativos categóricos o absolutos (tal como vienen a asumir el neoconstitucionalismo, iusnaturalismo, iusmoralismo, principialismo, etc.), sino que han de hacerlo en la medida en que las disponibilidades prácticas de la compleja mediación institucional del aparato decisorio jurídico (que es una densa práctica colectiva) lo hagan realmente posible. La practicabilidad del bien o de lo «mejor» (del ideal procedente del entorno político-moral del Derecho) implica el ajuste no solo con las expectativas generadas por lo que los legisladores y otros jueces han decidido en el pasado sino también con la situación social y política efectivamente existente, al tiempo que armoniza con la imprescindible coordinación entre instituciones e instancias decisorias internas a ellas. El contorno del Derecho impone límites materiales pragmáticos y justificativos inherentes a la propia efectividad —fáctica y procedimental— de la institucionalización: el Derecho es un artefacto práctico *falible*, aun cuando opera con mecanismos y procedimientos autopresentados como *definitivos*, y por tanto contiene siempre un grado mayor o menor de injusticia, de decepción valorativa, incluso a largo plazo: en otros términos, es una justicia siempre *imperfecta* (MORESO, 2000: 30 y ss.) vista desde su entorno.

Dado todo ello, ha de ser necesariamente una lógica de lo «segundo mejor» la que está detrás de la racionalidad práctica de la «autocontención» judicial y la deferencia al legislador. Pero esta es entonces una lógica no formal ni instrumental, en donde las consideraciones de valor a partir de los derechos o principios no entren en juego o *nunca* tengan la oportunidad de prevalecer (en otras palabras: no puede obedecer en rigor a mecanismos de obediencia, sumisión, prohibición, inhibición, restricción, contención...). Es por el contrario una lógica de ponderación material y sustantiva, y como tal constituye un razonamiento práctico institucional en el que las mismas razones materiales que justifican la fidelidad a las reglas legislativas pueden conducir *alguna vez* a justificar también el activismo «fuerte» de los jueces: particularmente, cuando este sea necesario para contrarrestar situaciones extremas de compromiso de los derechos, escenarios de injusticia o desigualdad severa, derivadas precisamente de la parálisis o de la corrupción institucional. La condición para ello, como queda dicho, es que la práctica activista no se conciba agotada en sí misma sino ligada a expectativas razonables acerca de reformas futuras y la restauración de la normalidad constitucional por parte del poder legislativo. Dicho de otro modo, la condición es no romper absolutamente con la deferencia o reenvío a un sistema de legalidad, único vehículo idóneo para materializar de forma políticamente estable el cumplimiento de los derechos. *A fortiori*, tampoco podrán considerarse carentes de justificación toda una gama de intervenciones activistas «moderadas» (pero que no serían vistas así desde parámetros formalistas o normativistas) que, lejos de ser excepcionales, definirían la rutina ordinaria del juez constitucional (u ordinario, en los sistemas desconcentrados) en su función garantista de esas esferas básicas de intereses valiosos que son los derechos: la contestación y control de los actos de los demás poderes, la interpretación expansiva de los derechos, el uso de sentencias interpretativas aditivas, etc. Tales intervenciones serían únicamente reprochables como *extralimitaciones* no en tanto sobrepasen ciertas restricciones formales [p. ej., las decisiones *ultra petita* (FEOLI, 2015: 156 y ss.)] cuanto en la medida en que no respetasen la condición de apuntar a la estabilización institucional, que es la que verdaderamente afecta a la vigencia *material* general de cualquier sistema de

derechos básicos (fin último que justifica la maquinaria institucional del Derecho en su totalidad). En todos estos supuestos el activismo constitucionalista es, por tanto, como señala Rodolfo VÁZQUEZ (2010), *insuficiente pero necesario*.

Y habrá también, por último, *muchos* otros supuestos —no excepcionales, sino integrantes de la práctica constitucionalista rutinaria— en los cuales el activismo resultará simplemente *innecesario*. Son los casos en que, articulados razonablemente los valores y derechos en las forma de reglas legales, la función del juez ha de consistir en operar como instancia de transmisión para que estos permeen e infiltren la práctica social a través de cada una de sus decisiones. Esta es una función regida por el imperativo de fidelidad o lealtad —de deferencia— a las reglas: la función de un *traductor* (LESSIG, 1997: 1371 y ss.) que aplaza su propio criterio para dejar hablar al autor (al legislador) —no la de un «copista» que se limite a una reescritura formal o metalingüística (FERRAJOLI) de las reglas— y que está, por tanto, sujeto al deber de no declarar aplicable una regla a menos que pueda argumentar que los valores y fines en ella categorizados van a transferirse adecuadamente, por medio de su decisión, a los cursos de acción presentes en el caso. La fidelidad supone, pues, que la lectura que se da a las reglas es óptima a la luz de los valores en cuestión (o más correcta que otras alternativas interpretativas), y ello no en absoluto o «todo considerado» sino tal y como estos fueron tipificados selectivamente por el legislador mediante casos genéricos o clases de acciones. Por eso no puede tratarse de ninguna «obediencia» o «sumisión» a las reglas de carácter pasivo, sino que el juez tiene que actuar insustituiblemente *en primera persona* y de manera creativa y no neutral: es también autor o *copartícipe* en una obra colectiva (una «novela en cadena» o la «construcción de una catedral» según las conocidas metáforas de DWORKIN y NINO). La deferencia como «autorrestricción» o *judicial restraint* no tiene entonces por qué revestir el cariz negativo de un «voto de castidad» que refrene la tentación del *judicial activism* [o de una presunción de ilegitimidad de este desde el principio *in dubio pro legislatore* (DE LORA, 2003)]. Es simplemente el resultado de un razonamiento práctico complejo que enclava el momento aplicativo en el marco de un escenario institucional envolvente, sobre cuyo curso el juez no puede tener un control pleno sino solo parcial¹⁴ (así como tampoco el legislador puede controlar completamente las interpretaciones que los jueces harán de su propia decisión práctica sino que debe remitir incoativamente a aplicaciones ulteriores de sus reglas exigiendo que sean motivadas sobre la base de estas).

10.

La clave de la arquitectura institucional del Estado de Derecho, sea legal o constitucional, reside en definitiva en el concurso necesario y mutuamente irreductible de legislación y jurisdicción como prácticas institucionales. El ensamblaje de ambas instituciones, aunque desde luego incluye tensiones y conflictos, no tolera ser rebajado a relaciones de «poder» o «tácticas» de carácter exclusivamente instrumental, sino que

¹⁴ Cfr. NINO, 2013: 63 y ss., 701. «Una decisión de un juez no es más que la contribución a una práctica social en curso, y es operativa como tal en la medida que se inserte adecuadamente en el entrelazamiento de conductas y expectativas que conforman esa práctica» (*ibid.*: 708).

reenvía más bien a un equilibrio dinámico entre elementos que cumplen funciones distintas pero codeterminadas dentro de una misma práctica colectiva orientada por valores. De modo que aunque ciertamente en ese engranaje institucional entren en juego posiciones estratégicas y reglas encaminadas a coordinar su proceso de interacción lo más importante es el esquema de valores materiales por los que el proceso en su conjunto efectivamente se orienta —como una «carta de navegación»— en la justificación de cada una de las decisiones y operaciones que lo conforman. Pues esta referencia axiológica compartida es lo único que permite presentar la articulación institucional entre legislatura y judicatura como un *continuum* práctico coherente y dotado de sentido en términos político-morales.

Cuando este factor valorativo es preterido se produce inevitablemente una suerte de dislocación de ese continuo práctico cuyo efecto es la instantánea reducción o «dilución» instrumental de la racionalidad institucional jurídica, lo que desemboca bien en primar las operaciones del legislador (el activismo es entonces un peligro permanente) bien a primar las operaciones del juez (el activismo propende entonces a ser irrestricto). Esto, como he intentado mostrar, se correlaciona teóricamente con las posiciones del formalismo normativista y del realismo escéptico (y también del neoconstitucionalismo), en cuanto concepciones del Derecho que consagran respectivamente un modelo de «supremacía» legislativa (sea la legislación parlamentaria ordinaria o la constituyente) o judicial (del juez ordinario o del tribunal constitucional). Se impone de esta manera una comprensión sesgada de la articulación argumentativa interna de ambas racionalidades —producción y aplicación de normas— que engendra falsas oposiciones, descompensando su lógica de concatenación y distorsionando el auténtico rol de la jurisdicción dentro de la empresa jurídica en su conjunto. Tales oposiciones oscilan entre modelos como el juez neutral y apolítico del legalismo, el juez decisionista o «pragmático» del realismo y el escepticismo crítico, el juez deferente-formal del normativismo, el juez hacedor de la «justicia máxima» del iusnaturalismo, el «señor del Derecho» o juez imperialista de la constitución del neoconstitucionalismo... Las oscilaciones entre estos modelos podrían ser ordenadas a la luz de su funcionalidad ideológica en ciertas etapas históricas o en ciertas coyunturas, lo mismo que las valoraciones positivas y negativas del activismo que entrañan. Un rasgo común que, como hemos visto, comparten es que todos ellos van de un modo u otro ligados a la idea de límite *negativo*: es decir, un límite que pretende marcar confines fijos o «cerrados» a la jurisdicción, cuyo designio sería exclusivamente *limitativo* u *obstativo*. Los límites se establecen en un primer momento en forma rígida (formalismo) para luego ser progresivamente difuminados (normativismo) y finalmente borrados o desconocidos por completo (realismo, escepticismo, teorías críticas, neoconstitucionalismo). Así sucede con el tránsito del «modelo de las reglas» al modelo de los «derechos». Aquellas inicialmente «expulsan» a estos [KELSEN, 1995 (1931): 34 y ss.] y después los destierran al área de discreción (HART, 1994: 124 y ss.) como a lo sumo Derecho pro-positivo (RAZ, 1994: 311 y ss.). Finalmente, las reglas se revelan impotentes porque «todo es política» (realismo, escepticismo) o porque los derechos y principios, al «irradiar» todo el sistema jurídico, terminan en realidad «anegándolo» y vuelven a aquellas superfluas (neoconstitucionalismo, iusmoralismo). Pero cuando son reconocidos verdaderamente como valores, los derechos ya no admiten ser conceptualizados bajo tales esquemas negativos, como aquello que debe ser limitado o contenido por las reglas, una suerte

de «residuo» externo de estas. Esta manera de verlos (que es, sin embargo, la que está casi siempre en el trasfondo de conceptos como «esfera de lo indecible», «coto vedado», «precompromiso», «atrincheramiento» o «rigidez» constitucional, «contenido esencial» de los derechos, etc.) no es sino una refluencia o reminiscencia de las categorías formalistas del Estado legal en el Estado constitucional (por obra sobre todo del normativismo). La lógica dicotómica que así se reproduce (principios/votos, certeza/justicia, democracia/derechos, reglas/principios, etc.) termina por aprisionar dentro de ella, por simple simetría, las posiciones del neoconstitucionalismo y de cierto principialismo, aliadas con esa concepción imperialista irrestricta de los derechos que —en inestable mezcla con posiciones crítico-escépticas— reedita a su vez los viejos esquemas dogmáticos del derecho natural y distingue de modo característico las maneras más frecuentes de entender la jurisdicción constitucional en nuestros días, en especial en los países latinos.

Más bien sucede que los derechos operan como límites *positivos*, esto es, contenidos cuya funcionalidad es también *directiva y estructurante*, no solo limitante, como los puntos salientes de la carta de navegación político-moral, como fines *últimos*. Asumen entonces un papel activo y conformador de las prácticas jurídicas de producción y aplicación de normas a *todos* los niveles —constituyente, legislativo, judicial y ejecutivo— que ni pueden ser excluidos de la «política» ni tampoco existir solo como «criaturas morales». Los derechos son ideales axiológicos que van siendo concretados y determinados en la interacción y confluencia del agregado de prácticas que forman la esfera jurídica. Las mismas razones que llevan a «atrincherarlos» por vía legislativa exigen instituir su garantía jurisdiccional (por jueces ordinarios o tribunales constitucionales), sin que exista forma de otorgar una preeminencia *a priori* a ninguna de ambas potestades o autoridades. Que el Derecho sea una práctica supone, por el contrario, proyectar la idea de racionalidad práctica fuerte (valorativa) sobre todas las autoridades jurídicas a lo largo de los diversos planos en que despliegan sus interrelaciones. Y esto justamente impide entender estas únicamente en términos de mutua limitación o conflicto como «poderes», y no más bien en términos de un continuo coherente. Democracia y constitucionalismo no solo no son incompatibles entre sí contemplados desde los derechos como valores o esquemas de racionalidad práctica sustantiva, no instrumental, sino que ninguna institución jurídica —ninguna potestad, de carácter productivo ni aplicativo— puede erigirse en su plataforma de realización más acabada, por la sencilla razón de que ninguna puede desempeñarse prácticamente sin el concurso de la otra. La existencia de muy diferentes configuraciones institucionales a la hora de hacer jugar un papel más o menos importante a legisladores y jueces abunda menos en la idea de limitar el posible activismo judicial supuestamente equivalente a un poder de «contralegislar» o de monopolizar antidemocráticamente la interpretación de los derechos (WALDRON, 2015) que en mostrar la naturaleza esencialmente abierta del proceso deliberativo común que significa la determinación de los mismos y la ilegitimidad de cualquier «última palabra» que pretenda zanjar su continuidad estatuyendo límites definitivos. Para comprobar que cualquier «límite» en este sentido negativo de veto que se interpusiera ante el legislador, el constituyente o la jurisdicción constitucional —piénsese en las cláusulas de intangibilidad o en los procedimientos hiperreforzados de reforma— resulta conceptualmente inaceptable, basta pensar en cómo tales límites se volverían inmediatamente injustificables si su-

pusieran un obstáculo o regresión de los derechos básicos en vez de su promoción o progreso (LAPORTA, 2007: 233 y ss.). Lo que funciona realmente como límite es el esquema valorativo en sí mismo, articulado a partir de concepciones materiales (ideológicas, filosófico-morales) concretas. La idea regulativa de «limitación del poder» que el Estado de Derecho une a la «división de poderes» no se entiende bajo un modelo de sujeción o subordinación sino de equilibrio dinámico de «controles y contrapesos» traducido en la multiplicación y desconcentración de instancias de determinación y protección de los derechos. Es este *continuum* institucional el que resulta positivamente valorado desde el punto de vista del fin político-moral de materialización práctica de un sistema de derechos básicos.

Y nada hay en este esquema institucional (ni tampoco en su historia, globalmente considerada) que haga pensar que los derechos estén político-moralmente más amenazados por el poder judicial que por el legislativo (o el ejecutivo) o aquel más necesitado de restricciones o límites que estos. No hay en esto ningún desprecio del principio democrático, ni ninguna idealización que desconozca los rozamientos y fricciones de todo tipo entre los poderes legislativo y judicial (atestiguados, por lo demás, por las instituciones que preservan la inviolabilidad e inmunidad parlamentaria o la independencia judicial), dinámicas que responden a la dialéctica de fuerzas propia de la política en el sentido amplio de esta expresión (TARUFFO, 2005: 15 y ss.). Tampoco se trata de ignorar los errores y perversiones exhibidos por episodios históricos de desmedido activismo judicial suficientemente conocidos¹⁵. Se trata de contemplar todos estos fenómenos desde un diferente plano, no fáctico o estratégico sino justificativo, que está, por así decirlo, en su reverso y es el que hace propiamente inteligibles tanto su fisiología como su patología. Este trasfondo justificativo debe buscarse, según hemos defendido, en la vinculación de la racionalidad práctica judicial con la idea de corrección argumentativa. Aquí se halla el criterio dominante por encima de todas sus restantes dimensiones pragmáticas y dialécticas, que pese a ser también analizables fáctica o estratégicamente en términos del «contexto de descubrimiento» —como sucede, por ejemplo, con el sistema de recursos o la discrepancia del voto—, no son sin embargo reducibles a este sino que, por el contrario, se fundan ellas mismas sobre el presupuesto de la pretensión de corrección material. La cuestión no es entonces si la legitimidad político-democrática del poder judicial es mayor o menor y si eso debe traducirse en un mayor o menor sometimiento al poder legislativo: la cuestión es que es una legitimidad *diferente* en razón de tal compromiso profundo con la idea de corrección, una vez que la constitución contiene algo más que la división orgánica y funcional de poderes e incorpora una tabla de derechos (ALEXY, 2015: 229 y ss.). La misión del poder judicial reside en contemplar el poder político y el bloque de normas resultante de él, incluyendo la propia constitución, desde los derechos y no al revés (como sostienen literalistas y originalistas). Por ello, aunque se manifieste con ocasión de conflictos y casos particulares, el juez tiene que justificar sus decisiones en términos axiológicamente universalizables (de otro modo simplemente no está justificando en absoluto) y este imperativo rige —como el verdadero *finis operis* de la institución jurisdiccional— la relación retrospectiva que mantiene con la legalidad y el consiguiente

¹⁵ Suele citarse la anulación en Estados Unidos de 170 leyes laborales por tribunales estatales y federales durante el periodo *Lochner* (cfr. WALDRON, 2015: 152).

acoplamiento con la racionalidad práctica del legislador que su posición de imparcialidad exige¹⁶. Solo así la jurisdicción se convierte en aquel punto de intersección que hace compatible el imperio de la ley con el imperio de los derechos y al mismo tiempo resulta incompatible con el «imperialismo» de ambos. La estabilidad y seguridad jurídica solo se justifican como *valiosas* si van unidas a la justicia o corrección (o apuntan a ella como «segunda navegación» o a largo plazo). Y el activismo de los derechos solo se justifica bajo un esquema articulado y coherente de principios que operan dentro de una infraestructura de reglas iguales y regulares (o apuntando a ella en iguales términos). Entendido de otro modo, como derivado de un ejercicio de discrecionalidad en sentido fuerte, o como perfeccionamiento puntual desligado de expectativas de estabilización, el activismo resulta incompatible con la idea de imparcialidad definitoria de la jurisdicción (DETMOLD, 2001), como también lo es por su parte toda impugnación del activismo basada en una visión de la deferencia burocratizada o formalista, exenta de fundamentos y concepciones de corrección.

Los derechos no se ubican más allá de la política como lo indecible o intangible, pues no cabe hablar de derechos sin reserva de ley o al margen de la implementación subsiguiente de políticas administrativas a amplia escala, ni son tampoco fines morales absolutos o metafísicos, sino que orientan la política correcta y su consecución a través de los medios pragmáticos y normativos del aparato jurídico, no al margen de estos, lo que significa también a través de una determinada distribución formal de competencias entre juez ordinario y constitucional, en el marco de una institución necesariamente jerarquizada en la que deben respetarse criterios de jurisprudencia obligatoria, etc. Desde un punto de vista material, axiológico, los derechos constituyen el ámbito de lo que sí *debe* decidirse y maximizarse; ello —una vez que nos situamos en el plano de los «microderechos» (BARBERIS, 2005)— puede hacerse de *muchas* maneras, pero no de *cualquier* manera, sino de unas mejor o más justificadamente que otras. Encarnados en normas de principio de contextura eminentemente indeterminada («macroderechos»), la tarea racional de concreción e interpretación de los derechos es imposible de llevar adelante al margen de *concepciones* sustantivas acerca del contenido y alcance de esos principios que puedan guiar las correspondientes operaciones de evaluación y ponderación. También aquí se hace presente la imparcialidad, que tiene que ver con la actividad de hacer aflorar y someter a discusión —una discusión que en última instancia es de naturaleza filosófica (DWORKIN, 2010)— las premisas axiológicas que subyacen a los desacuerdos en torno a los derechos, es decir, de afrontar con honestidad en cuanto al propio compromiso (puesto que imparcialidad nunca significa *neutralidad*) la dialéctica de la pluralidad divergente de lecturas de unos y los mismos valores. Solo así es posible que el desacuerdo, que se produce siempre en el marco de previos acuerdos «incompletos» (SUNSTEIN, 1998: 35 y ss.) en torno a los valores básicos, conduzca al «solapamiento» deliberativo con otras concepciones rivales dentro de un «pluralismo razonable» (RAWLS, 2001: 157 y ss.), en lugar de a un dogmatismo sustantivista «comprensivo» que implicase la imposición unilateral de cualquiera de ellas. No otro es el

¹⁶ Aludo al *finis operis* o fin objetivo de la institución porque, aunque quisiera asegurarse la racionalidad práctica judicial enfatizando la importancia y aun necesidad de ciertas «virtudes» que figuren como *finis operantis* del juez deferente e imparcial (como el discernimiento, la autocontención, la humildad, la razonabilidad..., todas ellas confluyentes en la vieja idea aristotélica de prudencia), parece claro que es la estructura institucional la que hace probable la generalización de la conducta virtuosa más bien que al revés.

presupuesto argumentativo de que las decisiones vengan respaldadas por las mejores concepciones imputables a la decisión legislativa o constitucional. Sin este presupuesto, que demanda una visión más compleja y rica de los nexos de racionalidad práctica que median entre ambas instituciones, no es posible continuidad alguna de la empresa jurídica.

En conclusión: solo si el juez «activista» logra resguardar equilibradamente, en sus distintas y no siempre armónicas facetas, la integridad de este valor institucional complejo de la imparcialidad será reconocible su actividad como jurisdiccional y su racionalidad práctica como característica del poder de juzgar. Entonces la connotación valorativa de ese apellido que lo califica («activista») tenderá a disiparse y perder significado en el marco del Estado constitucional —será un juez «activo» sin más (ATIENZA, 2017: 141-142)—, lo que acaso no pueda decirse ya del juez formalista, normativista, realista, crítico, neoconstitucionalista, iusnaturalista...

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ, J., 2007: «Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras», *Doxa*, 30: 665-675.
- ALCHOURRÓN, C. E., 2000: «Sobre derecho y lógica», *Isonomía*, 13: 11-33.
- ALEXY, R., 2004: *El concepto y la validez del Derecho* (1992), trad. J. MALEM, Barcelona: Gedisa.
- 2015: «Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa», en J. L. FABRA y L. GARCÍA JARAMILLO (eds.), *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones Fundamentales*, México: UNAM, 219-234.
- ALTERIO, A. M., 2014: «Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate», *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 8: 227-306.
- ARAGÓN, M., 2013: «Dos problemas falsos y uno verdadero: “neoconstitucionalismo”, “garantismo” y aplicación judicial de la Constitución», *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 29: 3-25.
- ATIENZA, M., 2004: «Argumentación y legislación», en A. MENÉNDEZ (ed.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid: Civitas, 89-112.
- 2006: *El Derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel.
- 2008: «Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 61: 307-326.
- 2017: *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid: Trotta.
- ATIYAH, P. S., y SUMMERS, R. S., 1996: *Form and Substance in Anglo-American Law* (1987), Oxford: Clarendon Press.
- ATRIA, F., 2016: *La forma del derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- BARAK, A., 2006: *The Judge in a Democracy*, Princeton: Princeton University Press.
- BARBERIS, M., 2005: «I conflitti fra diritti tra monismo e pluralismo ético», *Analisi e diritto*, 1-20.
- BAYÓN, J. C., 2000: «Derechos, democracia y constitución», *Discusiones*, 1: 65-94.
- BELL, D., 1987: «The Art of Judgement», *Mind*, 96/382: 221-244.
- CARRÍO, G. R., 1987: *Recurso de amparo y técnica judicial (Análisis crítico del caso «Kot»)*, 2.^a ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- DETMOLD, M., 2001: «The nature of judicial power», *Public Law Review*, 12/2: 135-154.
- DWORKIN, R., 1986: *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

- 2004: «Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy», *Oxford Journal of Legal Studies*, 24/1: 1-37.
- 2010: «¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?», *Isonomía*, 32: 7-29.
- EKINS, R., 2012: *The Nature of Legislative Intent*, Oxford: Oxford University Press.
- FEOLI, M., 2015: *Jueces protagonistas: ¿Un replanteamiento de la relación entre política y justicia?*, San José: Editorial Universidad de Costa Rica.
- FERRAJOLI, L., 2011: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (2007), trad. J. C. BAYÓN *et al.*, Madrid: Trotta.
- FERRERES, V., 1997: *Justicia constitucional y democracia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FRANK, J., 1963: *Law and the Modern Mind* (1930), New York: Doubleday & Co. Inc.
- FULLER, L. L., 1969: *The Morality of Law* (1964), New Haven: Yale University Press.
- 1978: «The Forms and Limits of Adjudication», *Harvard Law Review*, 92/2: 353-409.
- GARCÍA FIGUEROA, A., 2009: *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid: Trotta.
- GUASTINI, R., 2008: *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid: Trotta.
- HART, H. L. A., 1982: *Essays on Bentham*, Oxford: Oxford University Press.
- 1994: *The Concept of Law* (1961), Oxford: Clarendon Press.
- HART, H. M., y SACKS, A. M., 1994: *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, W. N. ESKRIDGE, Jr. y P. P. FRICKEY (eds.), Foundation Press.
- KANT, I., 1968: *Kritik der Urteilkraft* (1798), *Kants Werke Akademie-Textausgabe*, Berlin: Walter de Gruyter & Co., vol. V, 165-485.
- KELSEN, H., 1995: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (1931), trad. R. J. BRIE, Madrid: Tecnos.
- KENNEDY, D., 1997: *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- LAPORTA, F., 2007: *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta.
- 2015: «América Latina: problemas de vigencia y aplicación del Derecho», en C. CRUZ *et al.* (eds.), *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica*, Madrid: Marcial Pons.
- LESSIG, L., 1997: «Fidelity and Constraint», *Fordham Law Review*, 65/4: 1365-1433.
- LÓPEZ STERUP, H., 2017: *Protección judicial de los derechos sociales: El diálogo entre teoría y praxis*, México: Tirant lo Blanch.
- LORA, P. DE, 2003: «Justicia constitucional y deferencia al legislador», en F. LAPORTA (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid: CEPC, 345-370.
- LLEWELLYN, K. N., 1950: «Remarks on the Theory of Appellate Decisions and the Ruled or Canons about how Statutes are to be Construed», *Vanderbilt Law Review*, 3: 395-405.
- 2008: *The Bramble Bush* (1930), New York: Oxford University Press.
- MORESO, J. J., 2000: «Derechos y justicia procesal imperfecta», *Discusiones*, 1: 15-51.
- NAGEL, Th., 1981: «The Supreme Court and Political Philosophy», *New York University Law Review*, 56/2-3: 519-524.
- NINO, C. S., 1994: *Derecho, moral y política*, Barcelona: Ariel.
- 1997: *La constitución de la democracia deliberativa* (1996), trad. R. SABA, Barcelona: Gedisa.
- 2013: *Fundamentos de Derecho constitucional* (1992), Buenos Aires: Astrea.
- OLIVER-LALANA, A. D., 2005: «Ponderación y racionalidad legislativa: la argumentación parlamentaria como argumentación jurídica», *Anuario. Área socio jurídica: Facultad de Derecho - Universidad de la República*, 2: 105-120.

- POSTEMA, G. J., 1996: «Law's Autonomy and Public Practical Reason», en R. P. GEORGE (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, New York: Oxford UP, 79-118.
- 2015: «Jurisprudence, the Sociable Science», *Virginia Law Review*, 101/4: 869-901.
- RAWLS, J., 2001: *El Derecho de gentes y «Una revisión de la idea de razón pública»* (1999), trad. H. VALENCIA, Barcelona: Paidós.
- RAZ, J., 1975: *Practical Reason and Norms*, London: Hutchinson.
- 1979: *The Authority of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- 1994: *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford: OUP.
- SAGÜES, N. P., 2000: «Del juez legal al juez constitucional», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 4: 337-346.
- SCHAUER, F., 1991: *Playing by the Rules*, Oxford: Oxford University Press.
- 2004: «The Limited Domain of the Law», *Virginia Law Review*, 90: 1909-1956.
- SHAPIRO, S. J., 2011: *Legality*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- SUNSTEIN, C. S., 1998: *Legal Reasoning and Political Conflict* (1996), Oxford: Oxford University Press.
- TARUFFO, M., 2005: «Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica», *Isonomía*, 22: 9-18.
- VÁZQUEZ, R., 2010: «Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44: 249-264.
- WALDRON, J., 2011: «Vagueness and the Guidance of Action», en A. MARMOR y S. SOAMES (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford: Oxford University Press, 58-82.
- 2015: «El núcleo del argumento central contra el control de constitucionalidad» (2006), en J. L. FABRA y L. GARCÍA JARAMILLO (eds.), *Filosofía del Derecho Constitucional*, cit., 151-218.