

Ética judicial y tribunales constitucionales¹

Manuel Atienza

Universidad de Alicante, España.

<https://orcid.org/0000-0001-6569-1402>

Revista de Derecho de la UCB – UCB Law Review, Vol. 9 N° 16, abril 2025, pp. 17-51

ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa).

DOI: <https://doi.org/10.35319/lawreview.202516114>

1.

Son varias las razones que explican el interés por la ética judicial que surge a partir de las últimas décadas del siglo pasado. Una es la complejidad creciente de los ordenamientos jurídicos, como consecuencia, al menos en parte, de los procesos de constitucionalización de los Derechos y de la globalización; sobre todo el primero de esos fenómenos ha producido, como bien se sabe, un aumento considerable del poder social de los jueces, lo que, naturalmente, ha repercutido en el interés creciente que la gente tiene hoy por conocer aspectos de una profesión que, anteriormente, se había desarrollado más bien en el anonimato. Otra razón es la pérdida de homogeneidad de los jueces: en cuanto al origen social (la profesión es, sin duda, hoy mucho más abierta que en el pasado), la ideología (no todos los jueces tienen -ni mucho menos- una misma orientación política) o la incorporación masiva de las mujeres (en

1 El presente artículo, preparado inicialmente para una conferencia virtual organizada por la Corte Constitucional del Ecuador el 20 de septiembre de 2024, ha sido autorizado por su autor para su publicación en el número correspondiente al primer semestre de 2025 de la *Revista de Derecho* de la U.C.B. – *U.C.B. Law Review*. Su contenido responde exclusivamente a la opinión del autor y no compromete la posición editorial ni institucional de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”.

muchos países -uno de ellos, España- constituyen, y desde hace años, la mayoría de la profesión). Y como consecuencia, se podría decir, de todo ello (de factores tanto subjetivos como objetivos) lo que parece haberse producido es cierta desorientación, o sea, ya no existe una idea clara (o una misma idea) de en qué consiste el arquetipo de juez: cómo debe comportarse un juez, o qué rasgos de carácter debería tener, para poder ser considerado como un buen juez. Los muchos códigos de ética judicial que se han venido promulgando (en el ámbito nacional y supranacional) en los últimos tiempos obedecen, yo creo, a esa necesidad: la sociedad, y los propios jueces, requieren tener una idea lo más exacta posible de lo que cabe esperar de (y de lo que se debe exigir a) los integrantes de una institución de la que depende aspectos importantes de la vida de la gente: entre otras cosas, la protección de sus derechos.

Como he tenido la oportunidad de ocuparme de esa cuestión -de la ética judicial- en diversos trabajos escritos aproximadamente a lo largo de unos treinta años, presentaré ahora, de manera muy sintética, los puntos que me parecen más relevantes. Son los siguientes:

1) Los criterios de ética judicial (como, en general, los de la ética) tienen un carácter final, lo que quiere decir que son las razones últimas a las que se apela en el razonamiento práctico, o sea, las razones últimas que un juez puede -ha de- dar para comportarse de una determinada manera: por ejemplo, para absolver o condenar a un acusado o para decretar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley. A diferencia de las razones prudenciales, de conveniencia o estrictamente jurídicas, las de carácter ético son autónomas (valen por sus propios méritos) e imparciales (no pueden basarse en el interés de quienes las esgrimen).

2) Otra característica de la ética es su carácter unitario o universal, o sea, los criterios éticos son los mismos para todos, para todos los agentes morales, cualquiera que sea su posición social, su ubicación geográfica, su profesión. Eso quiere decir que los criterios de la ética judicial no pueden diferir de los de la ética sin más, de los de la ética general; de lo que sí cabe hablar es de una diversa

modulación (por razón de la profesión) pero de unos mismos principios morales. Y esos principios no parece que puedan consistir en otra cosa que en el respeto de la igualdad, la dignidad y la autonomía de todos los agentes morales.

3) La ética judicial es necesaria porque la definición de lo que sea un buen juez no puede hacerse coincidir sin más con la de alguien que se comporta de acuerdo con lo que el Derecho requiere, o sea, con alguien que no incurre en comportamientos jurídicamente ilícitos. El centro de la ética judicial es la excelencia, y al juez excelente -al buen juez- le exigimos algo más que eso, que comportarse de manera aceptable; al igual que el buen profesor no es simplemente el que cumple con las normas que reglamentan su actividad: no es lo mismo ser un profesor decente que un buen profesor o un gran profesor. Además, la profesión de juez plantea, al menos en ocasiones, dilemas éticos que no pueden resolverse simplemente “aplicando” el Derecho.

4) La ética judicial es posible si se rechaza el escepticismo moral (el tipo de teoría ética que suele calificarse como no-cognoscitivismo). Lo que esto quiere decir es que existen criterios de corrección ética (aplicables también a la actividad judicial) de carácter objetivo y que no pueden hacerse coincidir con la preferencia que, en relación con tal situación, tal problema, un determinado individuo o un grupo pueda tener. La objetividad de la ética supone, por así decirlo, que hay preferencias que no pueden tenerse y otras que no pueden no tenerse. Pero objetividad, por cierto, no implica absolutismo moral, sino (en mi manera de entender el objetivismo) falibilismo: en nuestros juicios morales erigimos una pretensión de corrección, pero debemos estar abiertos a que resulte derrotada (o, quizás con más frecuencia, modificada o precisada) por informaciones, argumentos, etc. que no habíamos considerado o que habíamos evaluado incorrectamente.

5) Los códigos de ética judicial existentes varían en una serie de aspectos, lo que, sin duda, es una consecuencia de la diversidad de culturas jurídicas existentes (también dentro de lo que solemos entender por el mundo occidental). Pero en todos ellos se recogen

dos principios que serían los más básicos: el de independencia y el de imparcialidad. Simplificando: el primero supone que los jueces sólo están sometidos al Derecho: sus decisiones deben basarse exclusivamente en los criterios establecidos por el ordenamiento jurídico en el que el juez opere; y el segundo, que a la hora de interpretar las normas o de establecer los hechos (y, en general, en toda su actividad), los jueces deben actuar de manera objetiva, evitando todo tipo de sesgos.

6) En el *Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial* se pone también un gran énfasis en el deber de los jueces de motivar sus decisiones, con el propósito de hacer frente a lo que tradicionalmente ha sido un déficit de la cultura jurídica (judicial) en el mundo latino: no haber prestado la suficiente atención al componente argumentativo del Derecho. Además, el Código incorporaba estos otros principios (diez más): conocimiento y capacitación; justicia y equidad; responsabilidad institucional; cortesía; integridad; transparencia; secreto profesional; prudencia; diligencia; honestidad profesional.

7) La ética judicial no se agota, sin embargo, en el plano de las normas. Sino que incorpora además elementos (así lo hace también el Código Modelo) de lo que suele entenderse como ética de la virtud, o sea, los rasgos de carácter (valentía, perspicacia, altura de miras, humanidad, autocontención...) que ha de desarrollar un profesional para poder ser considerado un buen juez. Y parece obvio que esos dos planos -el de las normas y el de las virtudes- no deben verse en términos de oposición, sino de complementariedad.

8) Los destinatarios de los códigos de ética judicial (de la ética judicial) no son únicamente los jueces, sino la sociedad en general. Para los jueces, es un instrumento que puede contribuir a guiar y mejorar su práctica; y para los no jueces, la explicitación de los criterios de ética judicial debería servir para ayudar a entender, evaluar y criticar con fundamento la actividad judicial.

9) Los códigos de ética judicial son, por lo general, códigos sin sanciones. Eso se debe, por un lado, a la existencia de normas penales y de otro tipo (en particular, normas disciplinarias) que regulan

la conducta judicial, y, por otro lado, a que la excelencia tiene que ver con un tipo de normas o de pautas de conducta (normas ideales) refractarias a las sanciones. Por lo demás, hay sin duda una continuidad (y un solapamiento) entre las normas estrictamente jurídicas y las normas deontológicas, pues lo que cabe entender por comportamiento aceptable de un juez (no cometer delitos o no incurrir en faltas disciplinarias) es una condición necesaria, aunque no sea suficiente, para la excelencia.

10) Contar con un código de ética judicial, difundir y tratar de fomentar los valores ahí contenidos es un factor que puede contribuir a mejorar la práctica judicial. Pero nunca debe perderse de vista que su eficacia es, inevitablemente, limitada. La prédica moral no basta y, en ocasiones, puede ser incluso contraproducente, en el sentido de que funciona como una ideología para generar un estado de opinión falso (pensar que las cosas están mejor simplemente porque se dispone de ese texto, se imparten cursos de ética judicial, etc.). Lo más importante, en realidad, es introducir cambios en las instituciones jurídicas (en la organización del ingreso y promoción en la carrera, en asegurar ciertas condiciones de trabajo, etc.) y en las de la sociedad en general (pero de esto no cabe ocuparse aquí) que faciliten que alguien pueda comportarse, efectivamente, como un buen juez.

2.

Todo lo anterior se aplica, como es lógico, a quienes forman parte de un tribunal constitucional, puesto que ellos son también jueces. O sea, ejercen una función jurisdiccional (resuelven casos aplicando normas jurídicas) que, sin embargo, tiene ciertas características distintivas en relación con la actividad profesional del resto de los jueces. Y, por ello, los criterios de ética judicial que antes he mencionado tienen que ser modulados de cierta forma al referirlos a los magistrados constitucionales.

Así, en relación con el principio de independencia, la situación de un magistrado constitucional es sin duda más delicada, más

problemática, que la de un juez ordinario. Y la razón para ello es bastante obvia: los casos que llegan a una corte constitucional (al menos, los más connotados) tienen una dimensión política (o político-moral) mucho más acentuada de lo que suele ocurrir en relación con la jurisdicción ordinaria; y en los procedimientos para acceder al puesto de magistrado constitucional suele jugar un papel (mayor o menor, según el ordenamiento jurídico de que se trate) su orientación política, lo que no ocurre (o, en general, no ocurre, o bien ocurre mucho menos) cuando se trata de jueces ordinarios. Esa mayor politización de la justicia constitucional es un dato, cabe decir, inevitable y, por tanto, con el que hay que contar; pero se puede convertir en patológico (como lamentablemente ocurre en muchas cortes constitucionales) cuando la coloración política del magistrado en cuestión (determinada a su vez por el grupo político que le llevó al cargo) es un indicio prácticamente infalible para conocer de antemano cómo se va a pronunciar en los casos controvertidos (los no rutinarios, los que llegan a la opinión pública). No creo que exista ningún sistema de elección de los magistrados de una corte constitucional que logre evitar del todo ese problema, pero sin duda unos son peores que otros; y seguramente el peor de todos (o uno de los peores) es el de elegirlos mediante votación popular. En todo caso, eso no quita para que debamos exigir a los magistrados constitucionales que actúen de manera independiente, lo que quiere decir, no exactamente que prescindan de cualquier consideración político-moral en su toma de decisiones (sería no sólo imposible, sino también inconveniente, especialmente cuando se trata de interpretar normas constitucionales), sino que lo hagan de manera coherente (coherente con su concepción del Derecho que, a su vez, también tendría que serlo con los materiales jurídicos autoritativos: luego vuelvo sobre esto) y que sean capaces de tomar decisiones que puedan no ser las más satisfactorias desde su perspectiva ideológica, pero sí las que resultan correctas de acuerdo con el Derecho y, por tanto, con la Constitución.

El principio de imparcialidad también tiene sus peculiaridades en relación con la justicia constitucional. Es cierto que aquí no ca-

bría hablar de “partes” en el mismo sentido en el que se usa la expresión, por lo general, en la justicia ordinaria. Al resolver una cuestión abstracta de constitucionalidad (si una determinada ley vulnera o no la Constitución) lo que se ventila no son exactamente intereses de parte, sino más bien cuestiones valorativas (o, si se quiere, cuestiones que tienen que ver con cómo deban entenderse los intereses generales que, en principio, tendría que promover una ley). Pero, claro, en los casos conflictivos (los que llegan a la opinión pública) esos conflictos se ven como conflictos entre partes: por ejemplo, entre las fuerzas políticas que han promovido una determinada ley y las que se oponen a esa regulación. De manera que, también aquí, al resolver conflictos que enfrentan a diversos sectores sociales (la legalización o no del aborto, de la eutanasia, del matrimonio igualitario...) la opinión pública y la opinión jurídica tendría que ver en esas decisiones algo que no pueda interpretarse como un acto partidario, como la traslación a la sentencia de las opiniones –los intereses– característicos de una de las partes. Por lo demás, las peculiaridades de la justicia constitucional hacen que aquí no puedan (no deban) utilizarse exactamente los mismos criterios de recusación (una institución dirigida a preservar la imparcialidad judicial) que rigen en la justicia ordinaria. Si así se hiciera (y así se hizo, por ejemplo, en España recientemente en un supuesto de gran trascendencia: al aceptar la recusación de un magistrado en relación con el Estatuto de Autonomía de Cataluña, lo que llevó a una decisión que tuvo graves consecuencias políticas) y si el criterio se aplicase de manera coherente, entonces, efectivamente, se dificultaría extraordinariamente el funcionamiento del tribunal. Quiero decir que a un magistrado de un tribunal constitucional no se le podría recusar simplemente porque en algún momento hubiese escrito, por ejemplo, sobre cuestiones constitucionales que tengan algo que ver con el caso a decidir.

Y también la motivación, la argumentación, de las cortes constitucionales tiene características algo distintas en relación con lo que es propio de la jurisdicción ordinaria. Fundamentalmente se trata de la necesidad (mucho mayor que la que existe en los otros niveles jurisdiccionales) de recurrir a la ponderación, como con-

secuencia del particular relieve que los enunciados de principio y de valor tienen en la Constitución y a la hora de resolver conflictos entre derechos. Se puede decir que en los casos fáciles o rutinarios (los que más abundan en la jurisdicción ordinaria) el razonamiento justificativo se reduce fundamentalmente a la subsunción, mientras que en los casos difíciles (que, casi por definición, son los que llegan –o deberían llegar– a las cortes constitucionales), la subsunción no es suficiente y se requiere (porque no hay una regla o un conjunto de reglas que resuelva satisfactoriamente el caso) acudir a los principios y, por tanto, ponderar. Yo no creo que la ponderación implique en absoluto arbitrariedad; o sea, hay un método ponderativo regido por criterios objetivos. Pero indudablemente la ponderación implica riesgos mayores que la subsunción, y por ello, los tribunales (en particular las cortes constitucionales) deberían hacer un uso comedido de ese procedimiento, y deberían esforzarse por precisar todos los pasos de su argumentación para facilitar el control racional de sus decisiones.

Pero hay más. La justicia constitucional es, como sabemos, una institución sumamente reciente (si se excluye el caso de los Estados Unidos) y, por así decirlo, bajo sospecha (la sospecha se extiende también a la *Supreme Court* estadounidense) desde una perspectiva democrática: me refiero, obviamente, a su carácter contramayoritario, al extraordinario poder que se concede a sus integrantes para oponerse a decisiones tomadas en el parlamento, o sea, en la institución que encarna la voluntad popular. Yo creo, por cierto, que está justificado que tengamos cortes constitucionales y creo además que, en general, han jugado un papel positivo y que son órganos indispensables (al menos, en países como los nuestros) para garantizar los derechos de la gente y, en definitiva, la democracia. Pero a esa objeción contramayoritaria debe dársele obviamente un peso, o sea, debe compensarse con la asunción por parte de los magistrados constitucionales de un deber (que, por cierto, no puede ser otra cosa que moral) de ser deferente hacia el legislador y, más todavía, hacia el constituyente.

Finalmente, a las cortes constitucionales llegan, como es obvio, los conflictos sociales de mayor gravedad y, por ello, con mayor poten-

cial también para generar divisiones e inestabilidad social y política. Como algún autor ha escrito, los parlamentos son organismos diseñados para administrar el disenso, pero los tribunales constitucionales tendrían que esforzarse precisamente por alcanzar, en la medida de lo posible, consensos que permitan, si no resolver, al menos apaciguar los conflictos, las diferencias de opinión que, obviamente, caracterizan a una sociedad democrática y pluralista. Una antigua magistrada del Tribunal Constitucional Federal alemán ha escrito recientemente un libro en el que atribuye el prestigio de que goza ese tribunal (lo contrasta con el caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos) a un funcionamiento del que destaca el fomento de “una cultura deliberativa y colegiada, orientada al acercamiento de diversos puntos de vista” (Lübbe-Wolff, 2019, p. 14), así como a la existencia de reglas y costumbres que “son propicias para la formación de líneas jurisprudenciales estables, ampliamente consensuadas, coherentes y no extremas” que “han conducido a la formación de un efectivo ethos común de los jueces” (p. 15). En fin, Latinoamérica no es Alemania y, por lo demás, yo creo que, además de procurar el consenso, un tribunal constitucional no puede perder de vista que ha de desempeñar también una función de transformación social, consistente fundamentalmente en proteger los derechos de la gente (mucho más en riesgo, por lo demás, de lo que lo están en países con instituciones democráticas bien afianzadas). Pero me parece indudable que los magistrados constitucionales de nuestros países tienen una particular responsabilidad institucional (de nuevo, de carácter inevitablemente moral) que quizás pudiera sintetizarse en este consejo: esfuérzate por alcanzar el consenso y por no crear divisiones (dentro o fuera del tribunal) que no sean estrictamente necesarias para proteger los derechos de los individuos y la preservación de las instituciones democráticas.

3.

El centro de la ética judicial lo constituye, pues, la noción de buen juez. En abstracto, no parece difícil establecer cuáles son las carac-

terísticas definitorias de esa categoría, como lo prueba, por cierto, la existencia de un amplio consenso del que antes hablaba. Y así, si tomamos como referencia el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial (vigente desde 2006 y que, me parece, ha inspirado muchos de los aprobados en los países de ese ámbito geográfico -incluido el código de ética judicial español- a partir de esa fecha) cabría decir que el buen juez es el que actúa con independencia, es imparcial, motiva adecuadamente sus decisiones, posee los conocimientos y las capacidades adecuadas, se esfuerza por alcanzar decisiones justas, es institucionalmente responsable, etc. y posee además ciertos rasgos de carácter -las virtudes judiciales- que contribuyen al cumplimiento de esos principios. También he dicho que todo eso tiene ciertas peculiaridades (ha de ser modulado) en relación con el juez constitucional. El problema reside entonces en cómo han de interpretarse, en forma más concreta, todas esas características: independencia, imparcialidad, etc. Y la respuesta que, inevitablemente, ha de darse es que eso depende de la teoría del Derecho, de la forma de concebir el Derecho, que cada jurista -cada juez constitucional- tenga. O, dicho de otra manera, cada concepción del Derecho ofrece un modelo distinto de lo que haya de entenderse por buen juez. Veámoslo con un poco de detalle y tratemos de identificar cuáles son las concepciones del Derecho que se le ofrecen hoy a un magistrado constitucional y, quizás, por cuál de ellas debería optar para poder ser considerado como un buen magistrado.

Si nos situáramos en las últimas décadas del siglo XX, esto es, aproximadamente, en el mismo momento en que se produce el gran desarrollo al que hemos asistido de la ética judicial, me parece que podríamos hablar (con referencia a la cultura jurídica occidental) de cinco grandes concepciones del Derecho: el formalismo jurídico, el positivismo normativista, el iusnaturalismo, el realismo jurídico y las teorías críticas del Derecho. Curiosamente (o no tan curiosamente), yo creo que ninguna de ellas ofrecía las bases para, a partir de ahí, construir una ética judicial.

En el caso del formalismo jurídico (doy por descontada la caracterización de todas esas concepciones en la forma en que nor-

malmente se hace), lo que cabría decir, básicamente, es que su concepción de la jurisdicción es demasiado simple y, por ello, los formalistas no se plantean propiamente el problema. Para un formalista, lo que debe hacer un juez es, simplemente, aplicar el Derecho; en eso consiste, podríamos decir, su moral: en no tenerla, en el sentido de que no la necesita –o debe prescindir de ella– en el ejercicio de su profesión. Las cuestiones morales pertenecen a la esfera de la legislación, de la producción del Derecho, pero no a la de la aplicación. Se trata, si recuerdan el célebre artículo de Fuller sobre los exploradores de cavernas², del juez que usa como premisa última de su razonamiento el famoso dictum “la ley es la ley” (*Gesetz ist Gesetz*): él no ha de entrar a considerar si, en un determinado supuesto, el entendimiento literal de la norma aplicable pueda producir o no consecuencias injustas.

Las razones para poner en cuestión que, a partir de un positivismo normativista como el de Kelsen, se pueda construir una ética judicial son distintas; conviene recordar, por lo demás, que Kelsen estuvo muy lejos de ser un formalista jurídico (desde la perspectiva de la aplicación –y la interpretación– del Derecho). Dejando de lado las insuficiencias de la teoría kelseniana desde una perspectiva, digamos, descriptiva (parece obvio, por ejemplo, que el Derecho –menos aun el Derecho constitucional– no consiste simplemente en un conjunto de normas coactivas), lo que imposibilita de raíz la construcción de una ética judicial desde su planteamiento no es

2 Se trata de un texto de Lon L. Fuller (1949) traducido al castellano (en 1961 por Genaro Carrió –que fue presidente de la Corte Suprema argentina tras la restauración de la democracia– y por L.J. Niilus). El problema (trágico) que se plantea ahí es un caso ficticio en el que un grupo de espeleólogos queda atrapado en una caverna. Para subsistir, deciden dar muerte a uno de ellos (que se elige mediante un procedimiento azaroso). Al salir, se los juzga y condena a muerte en aplicación de una disposición legal que reza así: “Quienquiera que privare intencionalmente de la vida a otro, será castigado con la muerte”. El caso llega en apelación a la Corte Suprema, la cual confirma (por mayoría) la sentencia condenatoria del anterior tribunal. Y Fuller va indicando el parecer de cada uno de los cinco jueces que componen el tribunal, mostrando cómo sus propuestas de decisión difieren en atención a las diversas concepciones del Derecho que representan.

sólo la “pureza” de la teoría (esa supuesta teoría ética no podría ser parte de la teoría del Derecho), sino el fuerte emotivismo (no cognoscitivismo) ético de Kelsen, que tiene consecuencias también en la manera como él concibió los tribunales constitucionales. En su opinión, las constituciones no deberían contener expresiones como “igualdad”, “libertad” o “dignidad humana”, pues, al tratarse de nociones morales, no se podría, a partir de ellas, argumentar en forma racional, de manera que su inclusión en las constituciones suponía una invitación a que los magistrados constitucionales (que tuvieran que decidir si una determinada ley va o no en contra de esas nociones) actuasen de manera arbitraria. Por esa razón, no dejo de extrañarme cuando me encuentro con algún juez constitucional (y hay unos cuantos, en España y en Latinoamérica) que dicen tener –y ejercer su función jurisdiccional a partir de– una concepción del Derecho fundamentalmente kelseniana.

Tampoco en un positivismo normativista como el de Hart parece tener cabida (al menos, no podría jugar un papel destacado) la ética judicial. Creo que fundamentalmente por dos razones. Una, por su empeño (común a todos los positivistas) en separar tajantemente el Derecho de la moral, negándose a reconocer que, entre esos dos tipos de fenómenos (el Derecho y la moral) puede haber tanto discontinuidades como continuidades. Y la segunda razón (consecuencia de lo anterior) es que Hart, como bien sabemos, distinguió en el Derecho entre casos fáciles y casos difíciles (de la penumbra) y se opuso por ello a los formalistas jurídicos (que, no verían los casos de la penumbra, o los tratarían como si fueran casos claros, fáciles). Pero, en su opinión, cuando surgían ese tipo de casos, el juez no podía decidir ya con criterios jurídicos, sino que tenía que buscarlos fuera del Derecho: tenía que actuar discrecionalmente lo que (como él o Carrió sostuvieron) no es lo mismo que hacerlo de manera arbitraria. Pero el problema es que Hart o Carrió (que no eran en absoluto emotivistas éticos *à la Kelsen*) consideraban como criterios de discrecionalidad tanto la moral como la prudencia, el sentido común, consideraciones económicas, de conveniencia política... y no establecían una jerarquía entre esas razones, de manera que negaban uno de los requisitos de la ética

judicial al que me referí al principio: el carácter último o final de las razones morales. Y eso, por cierto, es lo que le llevó también a Hart a considerar que las razones para obedecer la regla de reconocimiento no tenían por qué ser de naturaleza moral.

El problema del iusnaturalismo es, cabe decir, el opuesto. Si el Derecho es un ordenamiento justo de la conducta, si para poder ser calificada de jurídica, una norma tiene que ser justa (conforme con la moral), entonces parece que tampoco podría hablarse de que en el Derecho –o en el ejercicio de la jurisdicción– puedan plantearse genuinos conflictos morales. Estaríamos ante lo que a García Amado le gusta calificar de iusmoralismo (solo que él incluye aquí a autores, como Alexy o Dworkin, que, en mi opinión, están muy lejos de sostener lo que él supone que sostienen; luego vuelvo sobre ello). Pero, en fin, así entendido, si el Derecho se disuelve en la moral, ninguna necesidad tendríamos de construir una ética judicial. Ahora bien, esa sería una versión ontológica del Derecho natural, pero existe también una (seguramente la más característica de nuestro tiempo) llamada deontológica: el Derecho natural consistiría en una serie de principios (principios, en realidad, morales) que deberían guiar al Derecho positivo, aunque en ocasiones no lo hagan. Así considerada, la concepción iusnaturalista sí que podría dar lugar a una ética judicial, pero ocurre que esa concepción de la ética choca contra uno de los requisitos a los que me refería al principio, puesto que el iusnaturalismo es una concepción absolutista de la moral y que niega, por lo tanto, el falibilismo al que también antes me referí. Hay, por lo demás, muchas formas de iusnaturalismo, y es posible que a alguna de ellas -pienso en la de Lon Fuller- no se le pudiera aplicar lo anterior, o no del todo. Pero, en todo caso, el Derecho natural procedimental de Fuller nada tiene que ver, en mi opinión, con lo que entre nosotros (en el mundo latino) se ha entendido en general por iusnaturalismo. Y así, volviendo de nuevo a su famoso artículo sobre los exploradores de cavernas, la tesis defendida por el juez Foster (que era la que Fuller consideraba adecuada) se basaba en dos argumentos: uno apelaba explícitamente al Derecho natural (a la distinción clásica entre estado de naturaleza y estado de sociedad civil, para sostener que

los exploradores se habrían situado en una posición equivalente a la del estado de naturaleza, en la que no regirían las normas del Derecho positivo que se les pretendían aplicar), pero no parece que se le pueda otorgar demasiada fuerza (como sugiere el propio Fuller); y el argumento decisivo (interpretar las normas jurídicas considerando que el Derecho persigue fines, propósitos, racionales y que, en un caso trágico como el que ahí se plantea, justifican introducir una excepción en la regla general) puede aceptarse, yo creo, sin necesidad de suscribir para nada una concepción iusnaturalista. Es, yo diría que *avant la lettre*, una aplicación del método interpretativo de Dworkin.

Tampoco desde la concepción del realismo jurídico cabe hablar de una ética judicial, simplemente porque el realismo es también una concepción positivista del Derecho, empeñada en la separación tajante entre el Derecho y la moral y cuyos representantes han sostenido, por lo general, una posición no cognoscitivista de la ética semejante a la de Kelsen: recuérdese la célebre frase de Ross (“invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa”) o las tesis (de teoría ética) que, en nuestros días, postulan los autores de la escuela genovesa (Guastini, Comanducci, Chiassoni...). Me parece que los realistas de nuestros días siguen suscribiendo el punto de vista del juez Holmes (precursor de esa dirección de pensamiento) que se condensa en la célebre anécdota en la que, ante la exhortación que le hacía un joven jurista para que, en el desempeño de su trabajo en la Corte Suprema, se dedicara a hacer justicia, el célebre juez reaccionó con estas palabras: “mi función no es hacer justicia, sino aplicar el Derecho”.

Y, en fin, menos aun cabe hablar de una ética judicial desde la perspectiva de las teorías críticas del Derecho que, en este aspecto, podría decirse que sostienen las mismas tesis de los realistas, pero en forma más extremada. Los “críticos” son escépticos en materia moral (de teoría moral), pero también lo son (en esto se diferencian mucho de la visión del Derecho de un Holmes) en cuanto al papel del Derecho y de los jueces en la transformación social, ya que para ellos (para los “críticos”), como bien se sabe, el Derecho tiende a reducirse a política, a un fenómeno de poder

(y la actividad de los jueces, también sería actividad política), de manera que los criterios que han de regir la actividad jurisdiccional no son (no pueden ser) los de la ética. Hay un conocido texto de Duncan Kennedy (quizás el más connotado representante de la corriente denominada “Critical Legal Studies”) en el que presenta una tipología de jueces (los llama: el juez activista -restringido-, el juez del término medio y el juez bipolar) sobre la base de que los jueces actúan estratégicamente, de manera que no podría hablarse propiamente de corrección. O sea, el escepticismo ético, la indeterminación radical del Derecho y el carácter político de la administración de justicia que suelen sostener los autores “críticos” cierra las puertas a la posibilidad de una ética judicial.

Ahora bien, el desarrollo del constitucionalismo jurídico (y un aspecto crucial de ese fenómeno son los actuales tribunales constitucionales) ha supuesto, de alguna manera, que esas concepciones “clásicas” del Derecho hayan entrado (por lo menos, parcialmente) en crisis. Las principales concepciones del Derecho que hoy se ofrecen a los juristas (digamos, a un magistrado de un tribunal constitucional), me parece que cabrían dentro de alguno de estos cuatro grupos: 1) Un positivismo jurídico puesto al día, pero continuista en relación con el positivismo clásico, puesto que no piensa que los cambios que se han producido en nuestros Derechos ameriten algo así como la construcción de un “nuevo paradigma jurídico”. Los antes recordados autores genoveses o, en España, profesores de la Universidad Autónoma de Madrid (como Laporta, Hierro o Ruiz Miguel; tengo dudas sobre si se podría incluir aquí a Bayón) o García Amado (este último, de la Universidad de León) serían ejemplos de ello. 2) El llamado “positivismo garantista” representado fundamentalmente (a veces uno diría que exclusivamente) por Luigi Ferrajoli, que se distingue de los otros positivistas, porque Ferrajoli entiende que el positivismo de nuestros días no puede ser ya el “paleopositivismo” vinculado al Estado legislativo de Derecho: el nuevo constitucionalismo exige también una nueva teoría del Derecho. 3) El neoconstitucionalismo, una posición teórica que, en Latinoamérica, parece haber sido acogida por no pocos juristas y por varios tribunales constitucionales. 4)

El positivismo, entendiéndolo por tal la concepción del Derecho que puede encontrarse en autores como Dworkin, Alexy, Nino o MacCormick; aquí es también donde yo me situaría.

Obviamente, no voy a tratar de exponer aquí todas esas teorías del Derecho. Lo que haré será mostrar (y sin ningún afán de exhaustividad ni de sistematicidad; se trata más bien de una exploración preliminar por vía de ejemplo) cuál es el modelo de juez que parece defenderse en cada una de esas posiciones y, en particular, cómo se entiende, desde cada una de ellas, el problema del límite del Derecho. Porque me parece que ahí reside la cuestión fundamental de ética profesional que ha de encarar un magistrado constitucional: hasta dónde llega el uso legítimo de su poder, el enorme poder del que es titular.

Una característica de los positivistas de nuestros días (al menos, en el mundo latino) es el recelo con el que contemplan una teoría, y una práctica, del Derecho que les parece es hoy la predominante y en la que los principios, la ponderación y el activismo judicial ocuparían un lugar cada vez más destacado... y peligroso: peligroso para los valores encarnados en el ideal del Estado de Derecho, en particular, en el principio de legalidad –imperio de la ley– y el de separación de poderes. Y, a la hora de mostrar esos riesgos, quizás nadie haya puesto tanto énfasis como Juan Antonio García Amado que, en diversos trabajos e intervenciones recientes³, ha presentado un panorama casi diría que apocalíptico de la realidad jurisdiccional en el mundo latino; de ese estado de cosas, por lo demás, los tribunales constitucionales habrían sido, en su opinión, particularmente responsables.

La concepción del Derecho que García Amado califica de “iusmoralismo” y que, como decía, sería la hoy predominante en España y en muchos países latinoamericanos, se caracteriza porque habría producido una triple disolución: del concepto de Derecho, de la Constitución misma y del método o la técnica jurídica. Lo primero,

3 Las citas que siguen están referidas a un conversatorio que tuvimos en septiembre de 2023 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Atienza & García Amado, 2024).

porque al cuestionar la distinción conceptual entre el Derecho y la moral, el Derecho pasa simplemente a depender de la moral lo que, según él, ocurriría en una concepción como la de Alexy, dada la forma como este autor entiende los principios y las reglas: “la regla que no cuadra con los principios verdaderos no es ni aplicable ni propiamente válida, no satisface la pretensión de corrección” (p. 136). La disolución de la Constitución, porque la verdadera Constitución (que coincidiría con la moral verdadera) “que vincula a los tribunales y que el órgano de control constitucional tiene que aplicar no es una Constitución positiva, sino que es la Constitución verdadera, compuesta por los principios auténticos” (p. 136). Y la disolución del método jurídico porque ahora “no se trata de identificar las normas que son derecho y de interpretarlas (...) sino que se trata permanentemente de solucionar dilemas éticos”;

todo caso jurídico es susceptible de ser expresamente planteado como un dilema moral, donde lo que se discute es si vence o sale derrotada la regla (...) o si vence un principio *contra legem*, de forma que la decisión jurídica correcta es la decisión *contra legem* o contraria al derecho positivo (p. 137).

García Amado considera que, además de las razones teóricas (las que se acaba de mencionar), para estar en contra de esa concepción del Derecho (y del papel de los jueces), existen también razones políticas y morales: políticas, porque se estaría “reemplazando (...) la soberanía popular por la voluntad soberana de los jueces, debidamente aleccionados desde las universidades, en apariencia, y desde los partidos, en realidad” (p. 137); y morales, porque en nuestras Constituciones “no hay una moral oficial”, el pluralismo supone que “todos los planteamientos morales de cada cual tienen el mismo valor y la misma cabida en la Constitución”: “nadie, y menos que nadie los jueces, tienen derecho a imponer una moral que inevitablemente va a ser la suya, frente a la moral que se delibera entre todos, supuestamente, según quieren nuestras Constituciones” (p. 137-8).

El positivismo jurídico de Francisco Laporta comparte, yo diría, los mismos recelos de García Amado ante lo que él también considera la concepción del Derecho que hoy tiende a ser la dominante, pero las conclusiones a las que llega son menos radicales y me parece que, en buena medida, compatibles con lo que sostienen los autores pospositivistas. Laporta piensa que las nuevas Constituciones no alteran sustancialmente la teoría del Derecho construida a lo largo del siglo XX bajo la inspiración del positivismo jurídico⁴; el constitucionalismo no sería otra cosa que “una prolongación del ideal del imperio de la ley hasta la norma constitucional” (p. 22). Y lo que él ve problemático es que tratemos la Constitución “como un documento moral jurídicamente vigente” (p. 23), porque entonces: “la función del juez es hacer efectivos esos enunciados morales, y como consecuencia de ello la aplicación del derecho no aparece como un *caso especial* de razonamiento práctico con limitaciones propias que no puede traspasar, sino como un razonamiento práctico *tout court*, sin limitación alguna. Los jueces obrarán entonces sobre la base de un razonamiento moral abierto, que les hace sentir, sin embargo, como si estuvieran aplicando el derecho” (p. 23). “Esto –sigue Laporta– me da miedo, por dos razones”. Una es que no le parece que los jueces estén preparados para llevar a cabo ese tipo de razonamiento. Y la otra (la más importante y la que le resulta alarmante) es que se

pregona que la protección del ciudadano se incrementa mucho, pero al precio de que algunos poderes, y en particular el del juez, abandone el sometimiento a las normas jurídicas, o se someta a unas normas jurídicas tan abiertas y laxas que prácticamente resultan creadas por ellos (...) se ha dejado de lado demasiado contundentemente la idea de respeto a la ley como emanación de la voluntad popular (p. 24).

4 Las citas que siguen están tomadas de *Atienza & Laporta (2008)*, un diálogo con Francisco Laporta a propósito de su libro *El imperio de la ley. Una visión actual* (Madrid, Trotta, 2008). Se publicó en el nº 0 de la revista *El Estado social y democrático de Derecho* y luego está incorporado en mi libro *Escritos polémicos. Diálogos sobre Derecho, argumentación y democracia*, Palestra, Lima, 2021.

Ahora bien, Laporta dice estar en contra del “creativismo judicial” (incluido el de las cortes constitucionales) que constituye una amenaza para el Estado de Derecho, pero acepta que, en caso de laguna en el nivel de las reglas, del Derecho explícitamente establecido⁵ los jueces pueden (tienen) que recurrir a lo que llama un “Derecho implícito”. Hay varias formas de derivación del Derecho implícito, a partir del Derecho explícito, y una de ellas daría lugar a “reglas que se obtienen a partir de enunciados normativos de principios y valores” (p. 145). En esos casos (muy excepcionales) acepta la necesidad de recurrir a la ponderación, pero aclara:

el desarrollo de los principios y valores corresponde prioritariamente al poder legislativo, y (...) el derecho implícito inferido presuntamente de principios que se oponga al derecho establecido por el legislador no puede ser utilizado por el juzgador para resolver el caso” (p. 146).

De manera que lo que viene a decir Laporta en realidad es que los jueces pueden crear Derecho, pero no pueden hacerlo *ex nihilo*, como si fueran legisladores. Y para ello se basa en un concepto amplio de Derecho (que incluye tanto normas explícitas como implícitas) que, como antes sugería, no se aparta demasiado, por ejemplo, del de Dworkin: o sea, el Derecho explícito de Laporta viene a equivaler al Derecho en la etapa preinterpretativa de Dworkin y como este último (y a diferencia de lo sostenido por positivistas como Hart), lo que viene a decir Laporta es que el juez, en esos casos difíciles, debe encontrar la solución sin salirse del Derecho, sino recurriendo al “Derecho implícito”.

Bastante distinta, sin embargo, es la concepción de la jurisdicción de Luigi Ferrajoli que, en muchos aspectos, está muy próxima a la del formalismo jurídico. Y de ahí, por cierto, la extrañeza que causa el que muchos tribunales latinoamericanos pretendan basarse en el garantismo ferrajoliano cuando toman decisiones activistas o, simplemente, innovadoras. La postura de este último en contra del creacionismo judicial (de que los jueces, en algún caso, puedan

5 El texto que voy a tener en cuenta ahora es Francisco Laporta (2002).

crear normas jurídicas) no puede ser más tajante. Ferrajoli (2016) considera como un gran error el no darse cuenta de que la jurisdicción es una actividad “tendencialmente cognoscitiva”⁶. El juez, el juez que cumple con su función, interpreta, pero no crea Derecho; elige entre diversas interpretaciones posibles, pero lo hace de manera radicalmente diferente a lo que ocurre en el caso del legislador:

En esta decisión sobre la verdad reside el nexo ineludible de la jurisdicción con la legalidad y la diferencia –estructural, cualitativa y sustancial– entre legislación y jurisdicción, entre argumentación legislativa y argumentación judicial, entre creación del Derecho y su interpretación y aplicación. La diferencia resulta evidente por los diferentes tipos de argumentación que se requieren para su respaldo: las argumentaciones que apoyan las decisiones judiciales, al ser decisiones sobre la verdad, se producen sobre la base de pruebas y calificaciones normativas del hecho probado; en cambio, las argumentaciones que apoyan las decisiones políticas tanto legislativas como de gobierno, son decisiones sobre otros valores: el interés general, la utilidad, la oportunidad, la justicia y similares (Ferrajoli, 2016, p. 78).

Hablar de “interpretación creativa” supone, según Ferrajoli, “una contradicción en los términos: donde hay interpretación no hay creación y donde hay creación no hay interpretación, sino producción ilegítima de nuevo derecho” (Ferrajoli, 2016, pp. 78-79).

Ramiro Ávila (2012) es, yo creo, un buen ejemplo de jurista partidario del neoconstitucionalismo jurídico (seguramente el más conocido e influyente en Ecuador y que, además, ha sido miembro de su Corte constitucional) y del activismo judicial. En un libro que ha tenido una considerable difusión, plantea el problema del activismo, del rol de la jurisdicción, de la siguiente manera: “La jueza o el juez al aplicar las normas que reconocen derechos tienen que intentar encontrar una regla previamente establecida por el legis-

6 Esta es una idea que el autor recoge en muchos de sus textos.

lador” (p. 220). Pero pueden darse estas cuatro situaciones: 1) que la regla se adecue “perfectamente al caso”, 2) que la regla sea “insuficiente por no encuadrar cabalmente el hecho en el supuesto legal”, 3) que la consecuencia de la regla sea “una respuesta inadecuada a la reparación integral”, y 4) que no exista regla, pero sí un “principio constitucional que reconoce un derecho”. En relación con los supuestos 2), 3) y 4), Ávila afirma que los jueces “son activos y no meros aplicadores de reglas”, pero precisa también que no son legisladores ni pueden reemplazar al legislador: “El legislador tiene legitimidad democrática y competencia exclusiva para dictar reglas (...) Las juezas y jueces jamás podrían actuar de esa manera porque no tienen mandato específico constitucional, no pueden dictar normas abstractas y generales” (p. 221). Pero, claro, lo que ocurre es que las anteriores afirmaciones resultan claramente contradictorias con lo que el propio Ramiro Ávila afirma prácticamente a continuación. Pues lo que ahí nos dice es que el Tribunal constitucional no puede verse simplemente como un legislador negativo, sino que cumple también roles positivos que se aprecian particularmente en el tratamiento de la omisión (de las omisiones legislativas): “Si la omisión es absoluta, la Corte Constitucional debe establecer reglas temporales hasta que, en el plazo determinado por esta, el Parlamento dicte las reglas adecuadas; si la omisión es relativa, la Corte expide directamente las reglas” (p. 222). Y esa proclividad a desentenderse del principio de no contradicción se observa también en lo que Ávila escribe en relación con la capacidad de los jueces para definir políticas públicas: “El poder judicial jamás tendrá la capacidad de disponer de recursos y peor (*sic*) de ejecutarlos. No tiene competencias constitucionales y tampoco tiene la capacidad y la posibilidad práctica de hacerlo”. Pero lo que añade a continuación, a propósito de un caso hipotético en el que el Ministerio de la salud hubiera diseñado un programa de vacunación, pero las vacunas no hubieran llegado a una determinada provincia, parece ser claramente un desmentido de lo anterior: “La jueza o juez, que no podría –como el caso del legislador– suplir al ejecutivo, le ordenaría a que, en un plazo razonable y de posible cumplimiento, el Ministerio encargado de la salud corrija las deficiencias en la distribución de las vacunas. Si

no se cumple, ordenaría la destitución del funcionario competente. También los jueces y juezas pueden establecer estándares de cumplimiento” (p. 223).

De manera que lo que resulta de todo lo anterior es que, en todas esas situaciones (2, 3 y 4), el juez sí que actúa como legislador: puede (debe) crear normas generales y abstractas; y podría hacerlo incluso en el primer supuesto que él distinguía, dado que, según Ávila, el juez debería en tales situaciones “preguntarse –y preguntar a la víctima– si la solución contemplada en la ley es satisfactoria” (p. 220). Es cierto que Ávila parece introducir algún límite al activismo judicial: “Si las juezas o jueces se atribuyen libremente las competencias de legislar sin duda estarían atentando con (sic) el principio de la división de poderes. Las juezas y los jueces son activos por necesidad y siempre excepcionalmente” (p. 222). Pero, claro, si no se precisa mínimamente (y él no lo hace) qué hay que entender en la anterior afirmación por “libremente”, parece inevitable concluir que viene a ser prácticamente lo mismo que prescindir de cualquier límite; y, por lo demás, tampoco a los legisladores se les atribuye “libremente” la capacidad de legislar: tienen que atenerse a lo dispuesto en la Constitución. Conviene aclarar también que el propósito que anima a nuestro autor para defender el activismo judicial puede estar, digamos en abstracto, moralmente justificado: proteger los derechos fundamentales de la gente. Pero el problema, el problema del activismo judicial, es si un juez puede perseguir ese propósito sin atenerse a los límites consustanciales a su rol institucional.

Y la respuesta a esa pregunta, desde la perspectiva del pospositivismo, sería que no, que el juez tiene que respetar ese límite, porque el Derecho es una empresa autoritativa e interpretar no es lo mismo que inventar el Derecho. La interpretación (en contra de lo supuesto por Ferrajoli) puede implicar creación de Derecho, esto es, dar lugar a una regla que no existía en el Derecho considerado, como diría Dworkin, en el estadio preinterpretativo, o “en su primer estadio” (es una expresión de Schauer: se refiere con ello al conjunto de materiales que incluye leyes, constituciones, precedentes, etc.) o “en el nivel de las reglas” (es una expresión

que he utilizado en diversos trabajos escritos conjuntamente con Ruiz Manero), o en el Derecho explícito (Laporta), pero eso no es lo mismo que legislar. O sea, ponderar significa dar lugar a una regla que no existía anteriormente en el ordenamiento jurídico (al menos, no explícitamente), sin que eso pueda llamarse propiamente legislar: Para emplear una feliz expresión de Holmes, la creación judicial de Derecho sólo puede tener lugar en los intersticios del Derecho establecido. Si se quiere, el legislador también pondera, pero su operación, consistente en, a partir de una serie de principios, objetivos sociales, etc., producir una serie de reglas, una ley, apenas tiene restricciones y, en todo caso, no son comparables a las que afectan a la ponderación judicial.

La anterior tesis, como digo, es compartida por todos los autores que he mencionado como representantes del pospositivismo, pero voy a referirme exclusivamente, como ilustración de lo anterior, al caso de Dworkin. Como sabemos, una tesis característica suya es que, en los casos difíciles, los jueces tienen que recurrir a principios y tienen que llevar a cabo una argumentación de tipo moral. Para explicar su concepción recurrió a una figura, la del juez Hércules, que ha sido sistemáticamente mal entendida por parte de muchos de sus críticos. Lo que él propuso fue pensar en un “juez filósofo” que concebía como un jurista “dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas” (Dworkin, 1984, p. 177) y que imaginaba como un juez de algún tribunal importante de los Estados Unidos que, por lo tanto, aceptaría que estaba sujeto a las fuentes –las normas– vinculantes en su jurisdicción: las leyes y los precedentes judiciales. Para resolver esos casos difíciles, el juez tendría que recurrir a la filosofía moral, o sea, tendría que construir teorías para resolver el caso que podrán ser muy complejas, pero que tendrían que resultar coherentes con la Constitución y el resto de los materiales jurídicos autoritativos (del Derecho explícito). Así, el primer ejemplo que pone cuando introduce la figura del juez Hércules es una ley que establece el transporte gratuito para los niños de las escuelas de una parroquia: ¿va o no en contra de un artículo de la Constitución cuyo tenor literal sería, en principio, compatible con cualquiera de las dos opciones?

Y algo parecido ocurre en relación con otros famosos casos de los que él se ocupó. En el caso DeFunis se trataba de si una medida de discriminación inversa (en favor de minorías raciales) establecidas por una universidad (que rechazó el ingreso a una persona judía que, dadas sus calificaciones académicas, habría sido admitida si se tratase “de un negro, un filipino, un chicano o un indio americano” [Dworkin, 1984 p. 327]), violaba o no los derechos de la decimocuarta enmienda que expresa que ningún Estado puede negar a persona alguna la igual protección de la ley. En el caso Cruzan, lo que se ventilaba era cómo debía entenderse una disposición del Estado de Misuri que exigía, para poder retirar la alimentación asistida a una persona en coma vegetativo, una prueba “clara y convincente” de que ese era el deseo de la persona que se encontraba en esa situación (Dworkin, 2007). Y, en el caso Riggs v. Palmer, como es archiconocido, si en el Derecho de Nueva York de la época podía entenderse que existía un principio (implícito), según el cual nadie puede obtener un provecho como consecuencia de un acto ilícito suyo (Dworkin, 1984). Se puede estar en contra de las tesis sostenidas al respecto por Dworkin, e incluso estar en desacuerdo con su defensa de la existencia de una única respuesta correcta para cada caso. Pero veo muy difícil que alguien pudiera sostener que, con sus propuestas, Dworkin estuviera invitando a los jueces a comportarse como si fueran legisladores.

4.

Voy a presentar ahora tres ejemplos (de decisiones de tribunales constitucionales latinoamericanos) en los que, por el contrario, no me parece posible que alguien pueda defender que los jueces no actuaron precisamente como si fueran legisladores (o constituyentes).

El primero es una sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (0084/2017) que declaró “inaplicables” una serie de artículos de la Constitución y anuló varias normas de una ley que desarrollaba la Constitución en ese aspecto. Se trataba de las

normas que fijaban un límite para la reelección de diversas autoridades (incluyendo la de presidente de la República) “por una sola vez de manera continua”. Para llegar a esa conclusión (modificar la Constitución), el Tribunal recurrió al art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que declaró “de aplicación preferente” (preferente a las normas constitucionales de Bolivia). Ese artículo establece, en su primer párrafo, que todos los ciudadanos tienen derecho de “votar y ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto” (letra b) y, en el segundo: “La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”. Se daba la circunstancia además de que poco antes se había celebrado en el país un referéndum para cambiar la Constitución (y permitir que el presidente Evo Morales pudiera presentarse a un nuevo mandato presidencial) cuyo resultado había sido el rechazo de la propuesta.

El siguiente ejemplo proviene de la corte constitucional de Colombia (sentencia C-233/21). La decisión se originó a partir de una demanda de inconstitucionalidad planteada por dos ciudadanos contra el art. 106 del Código penal, que dice así: “El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses”. Anteriormente, había habido ya una sentencia de la Corte constitucional (C-239 de 1997) que había declarado ese artículo (que tenía entonces la misma redacción, con la única diferencia de que las penas eran inferiores: de 6 a 36 meses) exequible (constitucional) de manera condicionada, en el sentido de que el homicidio por piedad no sería penalizado cuando se dieran estas tres circunstancias: 1) que el sujeto pasivo padezca una enfermedad terminal; 2) que el sujeto activo sea un médico; y 3) que se produzca a petición expresa, reiterada e informada del paciente. Pues bien, ahora, en el 2021, lo que se pide es que la no penalización abarque también los supuestos de personas que padecen graves sufrimientos.

mientos, aunque no estén en fase terminal. Y la Corte, de nuevo, declara exequible el art. 106, “en el entendido de que no se incurre en el delito de homicidio por piedad, cuando la conducta (i) sea efectuada por un médico, (ii) sea realizada con el consentimiento libre e informado, previo o posterior al diagnóstico, del sujeto pasivo del acto, y siempre que (iii) el paciente padezca un intenso sufrimiento físico o psíquico, proveniente de lesión corporal o enfermedad grave o incurable”.

Y el tercer ejemplo lo tomo de la Corte constitucional ecuatoriana, de su reconocimiento de la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo; lo hace en dos sentencias de la misma fecha (12 de junio de 2019), que planteaban esencialmente un mismo problema: si eran constitucionales el art. 81 del código civil y el 52 de la ley de gestión de la identidad y datos civiles que parecían excluir (así se había entendido hasta entonces) el “matrimonio igualitario”, pues, en la definición del matrimonio, ambos artículos incluían la condición de que se trataba de una “unión entre hombre y mujer”. Y el art. 67 de la Constitución de ese país establece: “El matrimonio es la unión entre hombre y mujer. Se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal”. Hay alguna diferencia entre las dos sentencias. La 10-18-CN/19 (ponente, Alí Lozada) considera inconstitucionales los artículos mencionados y exhorta a la Asamblea Nacional a que revise la legislación sobre el matrimonio. Y la 11-18-CN/19 (ponente, Ramiro Ávila), no piensa que sea necesaria “una reforma constitucional al art. 67 de la Constitución” ni tampoco reformas a los artículos de las leyes mencionados: todo se queda en cómo hay que interpretar esos artículos: el de la Constitución y los de las leyes. Pero ambas sentencias coinciden en lo esencial: en que el art. 67 de la Constitución que dice que “el matrimonio es la unión entre hombre y mujer” debe entenderse que lo que está diciendo es que “el matrimonio es la unión entre hombre y mujer, entre hombre y hombre o entre mujer y mujer” (o sea, entre dos personas, con independencia de cuál sea su sexo); y que la razón fundamental para ello es una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos (OC24/17), referida a la interpretación y el alcance de varios artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Desde luego, hay una diferencia importante entre el primer caso y los otros dos. Por lo que hace a la sentencia del tribunal boliviano, parece obvio que el propósito del tribunal no es otro (no puede ser otro) que el de favorecer a un determinado dirigente o a un determinado movimiento político⁷; mientras que en relación con las sentencias de la corte colombiana y ecuatoriana se trataba de reconocer derechos (el derecho a la eutanasia o el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo) moralmente justificados: en mi opinión, hay sólidas razones de filosofía moral en favor de los cambios introducidos por esas dos cortes constitucionales. Pero lo que me parece también claro, como decía, es que, en los tres supuestos, los tribunales constitucionales han actuado como si fueran el legislador o el constituyente. Pero el problema es que quien lo lleva a cabo es el poder judicial, los tribunales constitucionales, lo que les enfrenta a la que, como también decía, es la principal cuestión deontológica de quienes sirven en esos órganos: ¿hasta dónde pueden extender su poder?, ¿es contrario a la ética judicial que un juez actúe como si fuera un legislador o el constituyente?, ¿podría estar justificado en algún caso?, ¿cuándo o hasta dónde?

5.

No creo que sea fácil encontrar una respuesta clara, precisa, para esa cuestión o conjunto de cuestiones. En abstracto, no me parece que sea difícil ponerse de acuerdo en que los jueces no deben ser activistas, entendiendo por “activismo” actuar fuera de los límites establecidos por el Derecho (Hay una dificultad, por cierto, en el

7 Me parece que es interesante, sobre la práctica de ese tribunal, consultar un libro publicado hace unos días: Vergara Sandóval, R. (2024). *Un “Tribunal constitucional” al margen de la “Constitución”: Cuando los jueces constitucionales son elegidos por voto popular*. Lima: Palestra.

uso de esa expresión que, por ejemplo en un país como España, tiene una connotación claramente peyorativa, lo que –me parece– no ocurre con cómo se usa hoy en muchos países latinoamericanos). Pero esos límites son distintos (más o menos amplios), según la concepción del Derecho que se adopte. Además, donde quiera que se ponga el límite, siempre van a poder existir dudas sobre si en tal caso se ha traspasado o no. Y finalmente, aun aceptando que se haya producido ese rebasamiento, la medida en que haya ocurrido puede haber sido mayor o menor y esa cuestión de grado puede considerarse relevante a la hora de determinar si el comportamiento en cuestión está o no justificado.

Si adoptáramos una concepción pospositivista del Derecho y la usáramos como guía para proyectarla sobre los tres anteriores ejemplos, el resultado, en mi opinión, no ofrecería ninguna duda: ni la teoría de Dworkin ni la de Alexy o la de Nino o MacCormick (menos aún –por supuesto– la de los tres autores positivistas a los que me referí: García Amado, Laporta o Ferrajoli) permiten llegar a las decisiones recordadas. En el caso boliviano, por razones obvias y en las que no hace falta volver a incidir. Los ejemplos de la corte colombiana y ecuatoriana no son ya tan obvios (de hecho, muchos juristas y amplios sectores de la opinión pública han acogido esas decisiones con aprobación), de manera que conviene detenerse un momento en ellos para ver si es así, si está justificada esa aceptación. Yo creo más bien que no.

Para darse cuenta de que se trata de decisiones incompatibles con una teoría del Derecho como la de Dworkin basta, como antes he hecho, con tener en cuenta el tipo de problemas de los que él se ocupó y las soluciones a los mismos que defendió. El equivalente, por ejemplo, a la admisión del matrimonio igualitario o de la eutanasia lo sería una decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos que interpretara –pongamos por caso– que en la Segunda Enmienda a la Constitución que dice que “el derecho del pueblo a poseer y portar armas no se violará”, la expresión “armas” hay que entenderla en un sentido que excluye las armas de fuego; o que “pueblo” a esos efectos son únicamente las fuerzas armadas: el ejército y la policía. Un cambio, por cierto, extremadamente

justificado (suprimir un derecho que provoca un número enorme de muertes cada año), pero inimaginable; Dworkin nunca habría sostenido que la Corte Suprema pudiera tomar esa decisión. Y lo mismo, creo yo, habría que decir en relación con la concepción del Derecho de un Alexy, Nino, etc.

Ahora bien, que ese tipo de decisiones sean incompatibles con esa concepción del Derecho (o con muchas otras) no puede considerarse, naturalmente, como un argumento definitivo para adoptar una postura crítica al respecto. Hay que identificar cuáles son las razones en las que se basa el rechazo al activismo judicial y determinar qué peso puede atribuirse a cada una de ellas y a todas ellas en conjunto. A mí me parece que podrían ser estas:

1) El activismo judicial pone en cuestión dos elementos fundamentales del Estado de Derecho: el principio de legalidad (y el término “legalidad” abarca aquí también a la Constitución) y el división de poderes. Y es importante tener en cuenta que, como de manera particularmente elocuente lo ha mostrado Laporta, se trata de principios que protegen valores que no son simplemente formales. De su cumplimiento depende que podamos gozar de un valor tan sustantivo y fundamental como el de la autonomía: que la gente pueda trazarse planes de vida, controlar sus vidas.

2) El activismo judicial erosiona la democracia, en el sentido de que contribuye al desprestigio del poder legislativo. Lo que importa (o lo que más importa) – es el mensaje que transmite el activismo- no son las normas que promulguen los legisladores, sino lo que hacen con ellas los jueces que se han convertido, para utilizar una expresión conocida, en los nuevos “señores del Derecho”. Pero, en un Estado de Derecho, quienes gozan de legitimidad democrática son los legisladores, no los jueces.

3) Una consecuencia perversa de lo anterior es que lleva también a modificar (o a justificar que se modifique) el sistema de nombramiento de los jueces. O sea, si ellos actúan como si fueran legisladores, entonces no es de extrañar que se proponga que sean elegidos mediante votación popular. Es lo que ha ocurrido (pero sólo en relación con cierta categoría de jueces) en el caso de Bolivia,

con consecuencias manifiestamente negativas. Y lo que parece va a ocurrir en México (en este caso, afectaría a todos los jueces) con consecuencias que están por ver pero que –todo lo hace pensar– sumirán a la judicatura de ese país en algo bastante parecido a una pesadilla.

4) La idea de que el “activismo judicial” va en favor de una práctica jurisdiccional progresista, de izquierda, me parece sumamente cuestionable, al menos si la consideramos en una perspectiva de medio o largo plazo. Es posible que haya jugado, o esté jugando, ese papel en algún país, pero me parece bastante plausible pensar que eso puede cambiar (ha cambiado ya en algunos casos) en el transcurso de muy poco tiempo. La existencia de tribunales constitucionales de tendencia progresista y fuertemente activistas bien puede deberse a que las decisiones que ellos toman son meramente simbólicas, esto es, se quedan en el papel y apenas resultan eficaces (de manera que, en realidad, contribuyen a legitimar al poder político: a quienes verdaderamente mandan); y en la medida en que no sea así, esto es, si realmente supusieran un obstáculo, el poder político (que hoy, básicamente, está residenciado en los gobiernos, en el ejecutivo) se encargará de elegir a los jueces apropiados, a los que se les ha facilitado el llevar a cabo un comportamiento activista, pero ahora con otra tendencia política. No se olvide que lo que hoy entendemos por activismo tiene su origen en las decisiones de los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos para oponerse (invalidar) la legislación progresista de la época. ¿Y acaso las pulsiones conservadoras han desaparecido entre los integrantes de las judicaturas en nuestros días? Los estudios de sociología empírica no parecen señalar eso, sino más bien lo contrario: la ideología dominante entre los jueces (si no en todos, en la mayoría de los países) parece ser de tipo conservador.

5) Las razones para el no activismo judicial se debilitan o, dicho en positivo, se podrían justificar decisiones activistas (que el juez actuara prácticamente como si fuera un legislador) si se dieran una serie de circunstancias, como las siguientes: a) hay una perentoria necesidad de proteger un derecho de enorme importancia –aquí podría pensarse en las normas de extraordinaria injusticia que

motivaron la famosa “cláusula Radbruch” –; b) hay buenas razones para pensar que, sin la intervención judicial (en particular, de la Corte constitucional), el derecho no será protegido; c) hay un consenso social muy amplio en favor de ese derecho, o sea, no se trata de una cuestión socialmente divisiva; d) es razonable pensar que la medida adoptada va a ser eficaz; e) en todo caso, la actividad “legislativa” del juez es la menor posible.

6) El activismo judicial por parte de un tribunal constitucional puede mandar un mensaje equivocado al resto de la jurisdicción. Quiero decir que, por ejemplo, el recurso a la ponderación o a efectuar interpretaciones menos pegadas a la literalidad de las normas está tanto más justificado cuanto más se asciende en la jerarquía judicial. Y por razones que me parecen obvias: porque el Derecho es una práctica autoritativa. Ahora bien, si esos tribunales no hacen un uso comedido de esos instrumentos, si no muestran tener muy en cuenta como criterio interpretativo la deferencia hacia el legislador (mas aun, hacia el constituyente) y, en definitiva, si se prescinde de la virtud de la autocontención, parece inevitable que todo eso se transmita hacia los jueces de rango inferior. Predicar con el ejemplo es también una máxima –yo diría que particularmente importante– de deontología judicial y dirigida, muy en especial, a los jueces de mayor jerarquía.

7) Que los jueces, y especialmente en los casos difíciles –los que llegan a los tribunales constitucionales– no pueden prescindir del razonamiento moral me parece indiscutible. Al igual que me lo parece también la idea de que esa moral no se identifica sin más con la moral positiva; la moral crítica, justificada, tiene que jugar también (lo juega, inevitablemente) un papel. Pero recuérdese lo que antes decía sobre el objetivismo moral y el falibilismo. El juez (pongámonos en el caso de Dworkin, el juez Hércules) tendrá que construir, para resolver un caso difícil, una teoría moral a la que él atribuye un valor objetivo (por ejemplo, en la manera de concebir la vida o la autonomía personal), pero su pretensión de corrección, como había dicho, no puede ser absoluta y, desde luego, no puede dejar de tomar muy en consideración la falta de consenso existente en una determinada sociedad, en relación con el caso sobre

el que ha de decidir. Precisamente, al introducir la figura del juez Hércules, Dworkin ponía el énfasis en que el modelo de juez que él proponía era una forma de combatir el escepticismo (“todo vale” o “no hay criterios de corrección en los casos difíciles”) y de incitar a los jueces a que se esforzaran en encontrar la respuesta correcta, pero sin perder de vista que, dada la inevitable falibilidad de los jueces, cualquier juez tendría que tener muy presente que “ha de decidir con humildad los casos difíciles” (Dworkin, 1984, p. 208).

8) Quienes defienden (en la teoría o en la práctica) el activismo judicial no suelen tener muy presente, me parece, que la racionalidad de una decisión (y, en particular, si esta se inserta en el contexto de una institución como la jurisdicción) no puede medirse en términos aislados, sin tener en cuenta los efectos que pueda tener a medio y largo plazo, y si además de los efectos considerados positivos, es razonable pensar que pueden producirse también otros de carácter negativo. O, dicho de otra manera, no basta con considerar que una decisión sea, en abstracto, la mejor, la más justa. Tiene que serlo tomando en consideración todas las circunstancias, el contexto que resulte pertinente. Y aquí merece la pena, me parece, recordar algo que Nino decía: que la racionalidad jurídica es una racionalidad de lo segundo mejor, precisamente por su carácter institucional.

9) Un factor determinante de la ética judicial es, por tanto, su carácter institucional. Cuando a un tribunal constitucional se le pide que conteste a una determinada pregunta, no se le está pidiendo que lo haga en términos personales; no es a Fulano de Tal al que se le hace la pregunta, sino al juez, a un órgano que tiene que asumir ciertas obligaciones de rol que no tendría en cuanto ciudadano sin más o en cuanto mero razonador moral. Y un aspecto esencial de esos deberes de rol (en el caso de un juez) es aceptar la autoridad de otros órganos (por ejemplo, en el caso del juez constitucional: del legislador –a pesar de que en ciertas circunstancias se le conceda competencia para anular una ley votada en el parlamento; pero eso no significa que pueda situarse sin más por encima del legislador– o del constituyente), lo que no es el caso del individuo que tiene que atender exclusivamente a las razones morales apli-

cables al caso y que él considere mejor fundadas. Seguir un argumento de autoridad (reconocer la autoridad, en este caso, práctica) de otro supone que, en la toma de una decisión, se posterga el propio juicio, en favor del de otro: el de la autoridad. Sirva como ejemplo el funcionamiento del precedente: el juez que sigue un precedente del tribunal constitucional lo hace porque le reconoce autoridad y aunque pueda pensar (y con buenas razones) que el precedente en cuestión supone una interpretación equivocada del Derecho. Si no fuera así (y esto, por cierto, es lo que defiende Ferrajoli: que los precedentes sólo tienen un valor persuasivo, no autoritativo), el riesgo de erosión en el funcionamiento de la jurisdicción (y del Derecho en general) me parece evidente; sobre todo, donde funciona un sistema difuso de control de constitucionalidad. ¿Siempre se han de seguir las razones de la autoridad? No. Pero, de nuevo, no es lo mismo que el cuestionamiento de la autoridad lo lleve a cabo un individuo o bien un órgano, un órgano judicial. El activismo judicial supone por ello erosionar la idea de que el Derecho es una práctica autoritativa o, si se quiere, reformular esa idea y situar a las autoridades judiciales por encima de las otras. Pero eso, me parece, es un cambio de diseño del modelo del Estado constitucional de Derecho.

10) Pienso que los puntos anteriores (especialmente, los últimos) permiten contestar a la principal dificultad a la que se enfrenta alguien que, como es mi caso, está en contra del activismo judicial: ¿cómo es posible que un juez, teniendo en abstracto buenas razones para pensar que la decisión más justa en tal asunto sea, pongamos, D (por ejemplo, reconocer la eutanasia o el matrimonio entre personas del mismo sexo), sin embargo, deba optar por no-D? Y la respuesta es que debe hacerlo así porque el Derecho es una práctica institucional de carácter autoritativo, él es un órgano de esa institución, y en la medida en que no haya (buenas) razones para pensar que erosionar esa práctica vaya a tener a medio y largo plazo mejores consecuencias que seguir la práctica: vaya a contribuir a fortalecer la democracia y a proteger mejor los derechos de la gente.

6.

Mi conclusión a partir de todo lo anterior. Es muy difícil ser un buen –un excelente– juez constitucional. No solo se requiere contar con condiciones de tipo intelectual, sino también de carácter práctico: morales y políticas. Y lo es aun más cuando esa función tiene que desempeñarse en un marco institucional y social, digamos, desfavorable. Criticar actuaciones judiciales en ese contexto es por ello problemático y, por tanto, solo puede hacerse con muchas cautelas. En relación con lo que me parece que es el principal desafío que tiene que enfrentar un juez constitucional en tales circunstancias, el activismo judicial, mi consejo creo que sería este: resístete a actuar (o a que parezca que actúas; las apariencias son extremadamente importantes en las deontologías profesionales) como si fueras el legislador o el constituyente; y no dejes de pensar que el acierto o no de tus decisiones se ha de juzgar desde una perspectiva amplia en términos temporales, institucionales y político-morales.

Referencias

- Atienza, M., & García Amado, J. A. (2024). ¿Positivismo o pospositivismo? Conversatorio entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado. *Pensar en Derecho*, (23), 131–166. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- Atienza, M., & Laporta, F. J. (2008). *Imperio de la ley y constitucionalismo: Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (0), 46–55.
- Ávila Santamaría, R. (2012). *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos* (Pról. M. Carbonell). Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio* (Cap. 4). Barcelona: Ariel.
- Dworkin, R. (2007). *La justicia con toga* (M. Iglesias Vila & Í. Ortiz de Urbina Gimeno, Trads.). Madrid: Marcial Pons.

- Ferrajoli, L. (2016). Argumentación interpretativa y argumentación equitativa: contra el creacionismo judicial. *Teoría & Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, (20), 64–95.
- Fuller, L. L. (1961). *El caso de los exploradores de cavernas* (G. R. Carrió & L. J. Niilus, Trads.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Laporta, F. J. (2002). La creación judicial y el concepto de derecho implícito. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (6), 133–151.
- Lübbe-Wolff, G. (2019). *Cómo funciona el Tribunal Constitucional Federal alemán*. Lima: Palestra.