

## SIETE TESIS SOBRE EL ACTIVISMO JUDICIAL

Manuel Atienza

1.

*“Activismo judicial” es un término poco claro. Analizar en qué consiste esa obscuridad ha de ser, por ello, una operación previa a la de emitir un juicio fundado en favor o en contra de esa manera de entender la función judicial.*

Un primer dato, muy obvio, en relación con el uso que hoy se hace de la expresión es que, en contextos europeos (por ejemplo, en España), calificar a un juez, o a una de sus decisiones, de activista, tiene un sentido inequívocamente descalificatorio: un juez activista es uno que actúa como no debería actuar un juez. Pero las cosas no son así en relación al uso que se hace en Latinoamérica: si no siempre, al menos en muchas ocasiones (y me refiero al empleo de la expresión no sólo en los medios de comunicación, sino también por parte de juristas profesionales) calificar a un juez de activista supone atribuirle una cualidad positiva: activista es el juez que se toma en serio lo que constituye la función esencial de la jurisdicción: la defensa de los derechos fundamentales de las personas (individual y colectivamente consideradas).

Curiosamente, esa diversidad en cuanto al significado emotivo puede detectarse también en los Estados Unidos, que es de donde parece provenir la expresión: el sintagma español es una traducción de *judicial activism* (para expresar esa noción en francés, por ejemplo, no se habla de *activisme judiciaire*, sino de *gouvernement des juges*); e incluso la idea: Estados Unidos es el primer país –desde comienzos del XIX– en situar, por así decirlo, a los jueces en una posición de primacía en relación con el legislativo y el ejecutivo, o sea, el primer país en contar con una justicia constitucional. Pero en este caso, la variación en cuanto a la emotividad que suscita el término no es geográfica, sino histórica: el vocablo *“judicial activism”* no tuvo en sus orígenes (comienza a emplearse a mitad de los años 40 del siglo XX) una connotación peyorativa, sino que la adquiere algo después, a partir de mediados de los años 50<sup>1</sup>, esto es, en la época en la que la Corte Suprema

---

<sup>1</sup> Vid. Keenan D. Kmiec, “The origin and Current Meaning of Judicial Activism”, 92 Cal. L. Rev. (2004), especialmente, p. 1452.

de ese país empezaba a desempeñar un papel relevante en el desarrollo de una cultura de los derechos.

Otro dato de interés se obtiene al remontarse a la historia del concepto de activismo judicial que, de alguna forma, es anterior al uso de la expresión. En efecto, en los Estados Unidos (que, como digo, es de donde proviene la idea) parece existir un consenso, si no en cuanto al significado exacto de activismo judicial, sí en cuanto al origen de esa idea: los primeros jueces activistas habrían sido los que, a comienzos del siglo XX (y hasta que triunfa la política del *New Deal*), se opusieron a la legislación social proveniente de los Estados y de la Federación. El hito fundamental es el famoso *caso Lochner*, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1905. Se trataba de la cuestión de si era o no constitucional una ley del Estado de Nueva York que limitaba el trabajo en las tahonas a 10 horas diarias y 6 días a la semana. La mayoría del tribunal entendió que era inconstitucional y lo argumentó efectuando lo que hoy llamaríamos una ponderación: por un lado estaría la libertad de contratación establecida en la 14ª Enmienda, y por otro los “poderes de policía” que otorgaban a los Estados competencia para legislar por razones de seguridad, sanidad, etc. En opinión del tribunal (no hace falta entrar aquí en las razones que se adujeron), el primero de los derechos debía prevalecer pues, dadas las circunstancias, tenía un peso superior al otro. Hubo cuatro magistrados que se apartaron de la mayoría, pero lo que pasó a la historia fue sólo el voto disidente del juez Holmes. Al parecer, Holmes no tenía ninguna simpatía por el movimiento socialista que era la fuerza política que había impulsado la ley en cuestión. Pero defendió una concepción de la jurisdicción constitucional (y, a fortiori, de la jurisdicción sin más) basada en una actitud de deferencia al legislador: “La sentencia se ha basado en una teoría económica [el liberalismo del *laissez faire*] que la mayoría del país no comparte. Si fuese importante saber si yo la comparto, tendría que estudiar el asunto mucho más a fondo. Pero no se trata de eso...Estoy firmemente convencido de que mi acuerdo o mi desacuerdo es irrelevante en relación con el derecho de la mayoría de los ciudadanos a ver sus opiniones e ideales reflejados por las leyes...[L]as Constituciones y las leyes estatales pueden regular cualquier aspecto de la vida, y pueden hacerlo de muchas maneras que, si fuésemos legisladores, podríamos considerar inoportunas o tan

tiránicas como la ley que ahora examinamos...Creo que el término 'libertad', tal y como figura en la 14ª Enmienda, resulta desnaturalizado cuando se utiliza para impedir a la mayoría de los ciudadanos y, por tanto, a las convicciones mayoritarias, conseguir los fines que persiguen, a menos que sea posible demostrar que una persona sensata y razonable pueda considerar la ley de que se trate como contraria a nuestros principios fundamentales, según se derivan de las tradiciones del pueblo y del Derecho. No es preciso reflexionar mucho para darse cuenta de que la ley de Nueva York que ahora se somete a este Tribunal está muy lejos de merecer esta descalificación”<sup>2</sup>.

De manera que, si contemplamos la noción de activismo judicial desde una perspectiva política, con lo que nos encontramos es con que, mientras que hoy en día (o, en el caso de los Estados Unidos, desde mediados de los años 50) le atribuimos básicamente un sentido progresista (los jueces activistas serían, simplificando, los jueces de tendencia izquierdista), a comienzos del siglo XX no era así: el activismo judicial tuvo un significado netamente conservador (aunque, como en el caso de Holmes, era posible enfrentarse a esa ideología o a esa posición acerca de la jurisdicción sin tener que asumir para ello posiciones de izquierda). Y esa fue precisamente la razón de que un jurista francés, Eduard Lambert, escribiera, en 1921, un libro que entonces tuvo mucha influencia, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*<sup>3</sup>, y que expresaba con claridad, como se ve ya en el título, sus razones para oponerse al activismo judicial: los jueces, también los jueces constitucionales, tienen una tendencia natural al conservadurismo social, y de ahí el peligro de instaurar un sistema que establezca la primacía de los jueces sobre los otros poderes, esto es, un sistema basado en una “aristocracia judicial”.

2.

*Una definición aceptable de activismo judicial podría ser esta: Un juez activista es el que decide una cuestión jurídica de acuerdo con sus opiniones*

---

<sup>2</sup> Cito por la traducción de Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, CEPC, Madrid, 2006, p. 175-6.

<sup>3</sup> El título completo era *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard, Paris, 1921.

*de lo que es justo, aunque ello suponga transgredir los límites fijados por el Derecho.*

La definición no es, sin embargo, comprensible (o suficientemente clara) por sí misma. O, si se quiere, no puede ser utilizada adecuadamente sin considerar una serie de presupuestos que la dotan de sentido. Básicamente, estos dos: 1) los jueces (en general, los aplicadores del Derecho) deben decidir siguiendo criterios preestablecidos en el sistema normativo en el que desempeñan su función; y 2) esos criterios (al menos por lo general) determinan una respuesta correcta para cada caso.

El primero de esos presupuestos supone reconocer que el Derecho es una práctica autoritativa, aunque no sea sólo eso. En relación con los jueces, eso implica que ellos tienen que considerar que lo que establece la Constitución (el conjunto de reglas, principios y valores) les vincula no (o no sólo) porque lo ahí contenido se conforme con su manera de pensar, sino por la fuente de que procede (con independencia de su contenido); o sea, les vincula también en los casos en los que pudieran tener razones fundadas (de naturaleza moral o política) para pensar que alguno de esos contenidos carecen de justificación: por ejemplo, la Constitución rechaza el matrimonio entre personas del mismo sexo –como ocurre con algunas recientes Constituciones latinoamericanas-; o bien otorga un trato de privilegio a una determinada religión –como pasa con la Constitución española- ; o bien establece derechos que no deberían serlo, como el derecho a portar armas de la Constitución de los Estados Unidos; etcétera. Y, en relación con las leyes (y las normas infralegales), reconocer la autoridad de las mismas significa aproximadamente lo que el juez Holmes señaló en el caso *Lochner*: aceptar que las normas dictadas por el legislador son constitucionales a no ser que no haya ninguna forma razonable de interpretar que las mismas no contradicen los principios y valores básicos de la Constitución; y otro tanto cabría decir en relación con las normas infralegales: el juicio de ilegalidad de un reglamento, por ejemplo, tendría que basarse en la convicción de que no cabe ninguna interpretación razonable de este que permita verlo como conforme a la ley; etcétera.

El segundo de esos presupuestos significa que la noción de activismo judicial sólo tiene sentido en relación con las concepciones del Derecho

que sostengan alguna modalidad de la tesis de la respuesta correcta o, dicho en términos negativos y quizás más exactos, que no acepten la tesis de que el Derecho está radicalmente indeterminado. O sea, si el material normativo que supuestamente tiene que “aplicar” un juez es completamente maleable (y/o, en relación con las cuestiones fácticas, no existe algo así como una realidad objetiva, sino que los “hechos” son siempre hechos contruidos), entonces no se puede hablar tampoco de activismo judicial, simplemente porque la noción de “respuesta correcta” y de respetar o no los “límites” establecidos por la autoridad carecen de sentido. No hace falta tanto como sostener que para todo caso que se les presenta a los jueces existe una única respuesta correcta, pero sí alguna noción de corrección suficientemente fuerte (que determine al menos límites negativos que permitan descartar lo que no cabe en el Derecho). Esa es la razón por la que, en mi opinión, no es posible hablar de activismo judicial (no resulta un término comprensible) si se suscribe una concepción del Derecho como el decisionismo de Carl Schmitt, el realismo jurídico (al menos en sus formulaciones más extremas: en España, un ejemplo podría ser la posición de Alejandro Nieto); o las llamadas “teorías jurídicas críticas” (como las de los *Critical Legal Studies*). Y tampoco parece muy claro que sea posible hacerlo desde una concepción como la de Kelsen, puesto que para este autor (en virtud de lo que llamó “cláusula alternativa tácita”) los jueces no pueden violar las normas generales (porque su contenido es tautológico: establecen por ejemplo, la obligación de realizar p pero, tácitamente, también el permiso de no hacer p) que, por lo tanto, no fijarían límite alguno; dicho de otra manera, las únicas normas en sentido estricto que existen en el Derecho serían las normas individuales que ordenan actos concretos de ejecución material<sup>4</sup>.

3.

*La anterior definición no permite muchas veces establecer de manera precisa cuándo un juez actúa de manera activista. Ello se debe a que la noción de límite depende, como se ha visto, de propiedades que son*

---

<sup>4</sup> Vid. sobre esto Juan Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, esp. p.94-5.

*graduables: la mayor o menor indeterminación (o determinación) del Derecho.*

Ahora bien, que existan lo que cabría llamar zonas de penumbra, a la hora de calificar una actuación judicial como activista o no, no quiere decir que no haya también casos claros, supuestos que inequívocamente caerían dentro o fuera del ámbito de aplicación de la expresión (que –recuerdo– sólo puede usarse con sentido si se presupone la noción de límite, de que el Derecho fija ciertos límites a la actividad judicial). Así, es un caso claro de activismo judicial (y quizás también de algo peor) la sentencia del Tribunal Plurinacional de Bolivia (0084/2017) que declaró la inconstitucionalidad de varias normas de la propia Constitución boliviana que fijaban un límite para la reelección de diversas autoridades “por una sola vez de manera continua”; y eso, sobre la base del art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos humanos (que se refiere en términos generales a los derechos políticos) que se declara “de aplicación preferente”. Si a eso se añade que poco antes había habido un referéndum para cambiar la Constitución (y permitir que el presidente Evo Morales se presentara a un nuevo mandato presidencial) cuyo resultado fue contrario a esa pretensión, la manipulación política llevada a cabo por el Tribunal (para no aplicar el Derecho) no ofrece, creo yo, ninguna duda. Pero a efectos de clarificar el concepto, seguramente lo más interesante sea fijarse en casos que sí han sido ampliamente discutidos. Dos que me parecen emblemáticos serían estos: el auto dictado por el juez Garzón en 2008 declarándose competente para instruir una serie de denuncias por más de cien mil desapariciones forzadas ocurridas bajo la sublevación militar y durante los primeros años de la dictadura franquista (hasta diciembre de 1951); y la jurisprudencia de la Corte constitucional colombiana (en particular, la sentencia de tutela T-720 de 2008) que estableció en aquel país un derecho fundamental a la salud (que no estaba explícitamente reconocido en la Constitución).

En mi opinión, la primera de esas decisiones (que no supuso la condena del juez, sino la anulación del Auto) es un ejemplo de activismo, de actuación judicial carente de justificación (en términos jurídicos); he tratado con cierto detenimiento esta cuestión en otro lugar<sup>5</sup>, pero baste

---

<sup>5</sup> Vid. Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 51-60.

con recordar que un argumento fundamental del juez Garzón (para sortear lo que él llamó “escollos” que se opondrían a su decisión) fue que las conductas en cuestión “siguen cometándose en la actualidad, dada la naturaleza de los delitos permanentes” (o sea, en 2008 seguía cometándose, en su opinión, la acción de desaparición forzosa de personas por parte de quienes habían muerto hacía mucho tiempo: una tesis que, entre otras cosas, presupone una concepción manifiestamente irracional de la acción humana).

Mientras que la segunda constituiría, a mi juicio, un ejemplo de actuación activa (pero no activista) de los jueces en la defensa de los derechos fundamentales: la misma supuso una creación judicial de Derecho pero legítima: el tribunal colombiano estableció una serie de requisitos mínimos (por ejemplo, al ordenar que se estableciera un plan de salud) que caen dentro de lo indisponible según la Constitución (de lo que afecta a la dignidad humana y que, por tanto, no puede dejar de reconocerse a todos y cada uno de los individuos), pero no invadió el ámbito de la discrecionalidad (el ámbito de lo disponible) de las autoridades legislativas y administrativas. En realidad, el efecto que tuvo (o el más descollante) fue que, años después, el Parlamento de ese país dictó una ley que desarrollaba el derecho a la salud (implícito en la Constitución) siguiendo lo que había establecido la Corte<sup>6</sup>.

4.

*Un juicio fundado de activismo no puede emitirse en abstracto, sin considerar una serie de circunstancias referidas al contexto teórico y al contexto práctico del juez.*

Con lo de contexto teórico quiero decir que la calificación como “activista” de una cierta conducta judicial varía mucho según que quien emita ese juicio lo haga (dentro siempre de las concepciones que reconocen la existencia de límites jurídicos) desde una posición más o menos formalista del Derecho que niega a los jueces el poder –legítimo– de crear Derecho (como ocurre, por ejemplo, con el garantismo de Ferrajoli), o se

---

<sup>6</sup> Sobre el caso puede verse el libro de Henrik López Sterup, *Protección judicial de los derechos sociales. El diálogo entre teoría y praxis*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2018.

sitúe, por el contrario, en una perspectiva postpositivista (como pueda ser la de Dworkin) en la que los límites del Derecho (y de la jurisdicción) son concebidos de manera mucho más amplia. O sea, el espacio que queda para el activismo es tanto mayor, cuanto más estrecha (más tendente hacia el formalismo) sea una concepción del Derecho. Por poner un ejemplo bien conocido: el caso *Riggs v. Palmer* (resuelto, como se sabe, apelando no a las reglas del sistema, sino a principios implícitos<sup>7</sup>) es, de acuerdo con Dworkin, un modelo de buena decisión judicial (los jueces no se habrían saltado el Derecho, sino que lo habrían interpretado adecuadamente), mientras que alguien que suscriba una concepción como la de Ferrajoli seguramente tendría que considerarlo como un ejemplo de activismo judicial.

Y el contexto práctico tiene que ver, al menos, con estas dos circunstancias. La primera es que el juicio de activismo (entendido en términos descalificatorios) no puede hacer abstracción del medio social y el medio jurídico en su conjunto en el que se inserta la actividad judicial. No es lo mismo que el juez opere dentro de sociedades bien organizadas, con una institucionalidad jurídica fuerte, en la que existen otras instancias – aparte de la judicial- encargadas de la defensa de los derechos fundamentales, a que no sea así, y la alternativa a la actuación judicial sea simplemente el desamparo de los individuos en relación a la protección de sus derechos. El caso recordado de la actuación del Tribunal Constitucional de Colombia constituye, me parece, un buen ejemplo de esto último: lo que resulta aceptable en un país como Colombia, seguramente no lo habría sido si se tratase de un juez (en algún caso más o menos semejante) de un país como Alemania. Y la segunda circunstancia con la que se debe contar es el nivel que ocupe el juez en la pirámide judicial. Así, parece razonable considerar que el ámbito de discrecionalidad de los jueces constitucionales o supremos ha de ser más amplio que si se trata de jueces ordinarios (que han de ser deferentes no solo en relación con la Constitución y con las leyes, sino también en relación con las decisiones de los órganos judiciales que

---

<sup>7</sup> Aunque existía (se trata de un caso resuelto por el Tribunal de Apelaciones de Nueva York en 1889) una regla explícita que otorgaba al reclamante el derecho a recibir la herencia de su abuelo, el tribunal se lo negó basándose en que el nieto había asesinado al abuelo, y en la existencia de un principio implícito según el cual nadie puede obtener un provecho como consecuencia de un acto ilícito suyo.



ocupan lugares más altos en la estructura piramidal). Aquí, la circunstancia de que el juez Garzón fuera simplemente un juez de instrucción contribuye también (aunque no sea la razón más fuerte) para considerar su actuación como activista.

5.

*El formalismo y el activismo constituyen algo así como el Scila y el Caribdis que debe evitar un juez. Ambas son posiciones que dan lugar a conductas judicialmente desviadas.*

Por formalismo estoy entendiendo aquí una concepción que ve el Derecho única o muy preferentemente como un conjunto de reglas y que rechaza interpretar las normas acudiendo a lo que son sus razones subyacentes. La desviación consiste por ello en prescindir de los fines y valores que dan sentido a la práctica jurídica (al para qué interpretar).

Y el activismo se caracteriza por ver en el Derecho únicamente esta última dimensión (valorativa), dejando pues de lado que el Derecho es también una práctica autoritativa, en la que las reglas juegan un papel esencial. La desviación consiste aquí en prescindir de los medios, de las formas; en no tomar en cuenta que si la interpretación es tan relevante en el Derecho, ello se debe precisamente al papel que juega en él la autoridad (donde no hay autoridades, como ocurre en el caso de la moral –la moral no heterónoma-, la necesidad de interpretación prácticamente desaparece).

El juez que es deferente hacia el legislador (que asume la existencia de límites) no es, por ello, el juez formalista, sino el que trata de encontrar un equilibrio adecuado entre las exigencias de la autoridad y la necesidad de satisfacer los fines y valores que caracterizan al Derecho del Estado constitucional. Es el juez justo, no justiciero; activo, no activista; y que asume como ideal regulativo de su función el logro de la justicia a través del Derecho...aunque eso suponga aceptar que en ocasiones el Derecho no le permite alcanzar la justicia. Por eso, la conducta conforme (o sea, no anómica) de los jueces suele producir pesar y desasosiego. La profesión de juez no puede ser una profesión cómoda, porque el sistema judicial, y el sistema jurídico en general, forma parte del entero sistema social, y este

último no es un sistema justo. La existencia de una tensión entre cumplir con el Derecho y realizar la justicia es ineliminable, no puede resolverse negando uno de esos dos polos.

6.

*Al menos por lo que se refiere a un país como España, el activismo judicial no parece ser el principal problema de la judicatura.*

En los últimos tiempos, fenómenos como la constitucionalización del Derecho, la crisis de la política y el consiguiente aumento del poder de los jueces han llevado a muchos a considerar que el activismo judicial, el gobierno de los jueces, constituye una seria amenaza para el Estado de Derecho<sup>8</sup>. Si los jueces no se sienten vinculados por el tenor de las normas establecidas por el legislador, sino que consideran que pueden (deben) resolver los casos que se les presentan (los casos, digamos, difíciles) acudiendo a los principios y los valores constitucionales y, por ello, no subsumiendo, sino ponderando, entonces lo que está en riesgo es la seguridad jurídica y el resto de los valores que hace posible el imperio de la ley: de manera muy significativa, la autonomía, que dejaría de existir si las decisiones de las autoridades no fueran previsibles.

En la anterior crítica, hay algunos presupuestos que me parecen más que discutibles: así, el razonamiento ponderativo no tiene por qué ser visto como un procedimiento arbitrario de justificación de decisiones; y la idea de que los jueces han de decidir siempre recurriendo exclusivamente a la subsunción, sin apelar a principios y valores, no pasa de ser, en el mejor de los casos, una ilusión. Pero no cabe duda también de que el aumento del poder de los jueces (y el recurso a procedimientos como la ponderación) que caracteriza el Derecho del Estado constitucional supone riesgos; y que alguno de esos riesgos tienen que ver con lo que hemos llamado activismo judicial.

Sin embargo, una cosa es que exista ese riesgo, esa patología, y otra que debamos considerarla como la principal amenaza (o una de las más

---

<sup>8</sup> Un ejemplo recientísimo puede encontrarse en la excelente tesis de doctorado de Pedro da Silva Moreira, *Deferencia al legislador. La vinculación del juez a la ley en el Estado constitucional*, leída en la Universidad Autónoma de Madrid el viernes 19 de octubre (2018).

importantes) para el buen funcionamiento del sistema judicial. En mi opinión, en un país como España (pero me parece que ese juicio puede ampliarse a todos –o casi todos- los países del mundo latino), el principal defecto –casi congénito- de nuestra cultura judicial (y, en general, jurídica) sigue siendo el formalismo. De lo que adolece la judicatura (hablando en términos generales) no es, yo creo, de una tendencia a prescindir de la letra de la ley y a remontarse a principios de filosofía moral y política a la hora de resolver los casos que se le presentan, sino más bien de entender el Derecho de una manera excesivamente estrecha, literalista y formalista. Lo que más falta, yo diría, es una mayor altura de miras (lo que requiere, entre otras cosas, formación teórica) y, por así decirlo, ampliar los límites del Derecho (no suprimirlos) para facilitar así el poder hacer justicia a través del Derecho. Me parece que hay muchos ejemplos que pueden ponerse de esa tendencia al formalismo de nuestros jueces, y algunos de ellos bien recientes, como el problema de los desahucios que generó la crisis económica: la judicatura española (incluyendo al Tribunal Constitucional) podría haber hecho, en mi opinión, mucho más de lo que hizo si hubiese operado con una idea suficientemente amplia del Derecho<sup>9</sup>.

7.

*Las razones para no ser activista serían fundamentalmente aquellas que permitan contestar a la pregunta de por qué un juez no debe tomar una determinada decisión si él piensa que esa es la más justa.*

Quizás la manera más obvia de contestar a la anterior pregunta consista en recordar que lo anterior viene a ser una definición de lo que se entiende por autoridad práctica: reconocer que alguien tiene autoridad práctica significa precisamente eso, supeditar nuestro juicio sobre lo que se debe hacer en determinadas circunstancias (las que delimitan el ámbito de la autoridad) al de otro. Pero entonces surge una nueva pregunta: por qué debemos reconocer (debe reconocer el juez) autoridades prácticas.

Y la contestación a la misma ya ha quedado al menos insinuada antes: eso forma parte del Estado de Derecho, y si los jueces no actuaran

---

<sup>9</sup> He desarrollado este punto en mi libro *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Pasos Perdidos, Madrid, 2013, capítulo quinto.

conforme a los esquemas de ese tipo de organización del poder (respetando el principio de legalidad y el de división de poderes), habría valores muy fundamentales de los individuos que no se verían satisfechos. Eso quiere decir, por lo demás, que la existencia de autoridades prácticas resulta más fácil de justificar cuando se trata de agentes que desempeñan un rol institucional, como es el caso de los jueces. Si estos deben someter su juicio al de otros (al del legislador o al del constituyente) ello se debe precisamente a que actúan en el marco de una institución y al servicio de los intereses y valores de otros: los ciudadanos, los justiciables. Por eso, la independencia judicial no es una manifestación del derecho de autonomía de los jueces, sino que responde al derecho de los ciudadanos a ser juzgados exclusivamente de acuerdo con los parámetros establecidos en el Derecho; como establece el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial (art. 2), el juez independiente es “aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo”.

Pero hay además otras razones (si se quiere, subordinadas a la anterior) para oponerse al activismo judicial. Una de ellas es que la corrección, la justicia, de una decisión ha de verse no de manera aislada, sino tomando en consideración todos los efectos que la misma pueda acarrear; y, entre otras cosas, por razones institucionales, la judicatura no dispone de medios para efectuar un control de esas consecuencias. Otra (dirigida contra concepciones “progresistas” pero más bien ingenuas de la jurisdicción) consiste en recordar algunos datos poco discutibles: históricamente, como se ha visto, el activismo estuvo al servicio de una ideología política conservadora; y no hay razón para pensar que hoy no vaya a ocurrir lo mismo, puesto que entre los miembros de la judicatura, en su conjunto, sigue predominando una orientación más bien conservadora que progresista. Además, los juicios morales, aunque tengan la pretensión de ser objetivos, son obviamente falibles, y esto es algo que ha de tener un peso considerable en favor de mostrar deferencia hacia autoridades políticas que (a diferencia de las judiciales) cuentan con un respaldo de tipo democrático. Y, en fin, si recurriéramos al principio de universalidad, me parece que muy pocos estarían dispuestos a aceptar las consecuencias que se producirían si todos los jueces –o una parte significativa de los mismos–

optaran por ser activistas, esto es, por no sentirse vinculados por el Derecho (lo que quiere decir, no sólo por sus principios y valores, sino también por sus reglas).