



Arienza en
La Palestra.

ACTIVISMO JUDICIAL



Atienza en
La Palestra.

Josep Aguiló Regla, Pedro Grández y Rafael Buzón (EDITORES)

ACTIVISMO JUDICIAL

Manuel Atienza

Leopoldo Gama

Ricardo Garzón Cárdenas

PALESTRA EUROPA

MADRID – LIMA – 2024



Atienza en
La Palestra.

Editores:

Josep Aguiló Regla
Pedro P. Grández Castro,
Rafael Buzón

ACTIVISMO JUDICIAL

Manuel Atienza Rodríguez
Leopoldo Gama
Ricardo Garzón Cárdenas

Primera edición, marzo 2025

© 2025: Manuel Atienza Rodríguez

© 2025: Leopoldo Gama

© 2025: Ricardo Garzón Cárdenas

© 2025: PALESTRA JURÍDICA S. L.

Príncipe de Vergara 33 / 5^ª IZDA. 28001, Madrid, España

Telf. (+34) 691626018

europa@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com

Impresión y encuadernación:

Cuidado de estilo y edición:

Diagramación: John Paolo Mejía Guevara

ISBN:

Tiraje: [...] ejemplares

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, bajo ninguna forma o medio electrónico o impreso, incluyendo fotocopiado, grabado o almacenado en algún sistema informático, sin el consentimiento por escrito de los titulares del copyright.

Contenido

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN	7
------------------------------------	---

Los editores

PRESENTACIÓN DEL VOLUMEN	11
--------------------------------	----

Rafael Buzón

SIETE TESIS SOBRE EL ACTIVISMO JUDICIAL.....	17
--	----

Manuel Atienza

ATIENZA Y EL EQUILIBRIO DE LAS RAZONES.....	33
---	----

Leopoldo Gama

El activismo judicial y la concepción argumentativa del Derecho	33
--	----

Aproximación al concepto de activismo judicial de Atienza.....	35
---	----

Una concepción del Derecho postpositivista.....	37
---	----

El contexto práctico y su impacto en la conceptualización del activismo	41
--	----

El enfoque de las razones desde la argumentación jurídica.....	43
--	----

¿Y cómo respondería Atienza a un caso hipotético?.....	50
--	----

Deferencia judicial en el ámbito electoral ¿preeminencia de las razones formales e institucionales?	57
--	----

LÍMITES QUE NO SON LÍMITES Y UNA AMBIGUA AUTORIDAD NORMATIVA. CRÍTICA A LAS “SIETE TESIS SOBRE EL ACTIVISMO JUDICIAL”, DE MANUEL ATIENZA	61
---	----

Ricardo Garzón Cárdenas

Tesis 1: La noción de “activismo judicial” es ambigua y culturalmente variable	63
---	----

Tesis 2: Definición del activismo judicial	65
Tesis 3: Dificultades en la identificación del activismo judicial.....	66
Tesis 4: El juicio sobre el activismo judicial depende del contexto.....	70
Tesis 6: El activismo judicial no es el principal problema en España	77
Tesis 7: Razones para oponerse al activismo judicial.....	80
DE NUEVO SOBRE EL ACTIVISMO JUDICIAL. COMENTARIO A DOS COMENTARIOS	85

Presentación de la colección

“Atienza en la Palestra” es una colección de pequeños libros que responde a múltiples y variados propósitos. El primero es el de someter a debate problemas centrales de la teoría y la filosofía del Derecho. Si se repasa la lista de los temas discutidos (derrotabilidad, dogmática jurídica, derechos humanos, teoría de la legislación, dignidad humana, ética judicial, constitucionalismo, postpositivismo, reduccionismo jurídico, activismo judicial, pragmatismo, bioética, única respuesta correcta, objetivismo moral y la idea del Derecho) es fácil comprobar que todos ellos forman parte de la agenda actual de cualquier foro de filosofía del Derecho. Hay, sin duda, otros muchos temas aquí no contemplados, pero nadie puede negar que la lista propuesta está en el corazón de la discusión actual en teoría y filosofía del Derecho. En nuestra opinión, la colección puede interesar a un público amplio: si los temas son importantes y centrales, los lectores potenciales son, además de los juristas cultos, todos los científicos sociales interesados por el Derecho.

El segundo objetivo de la colección es proponer un formato de libro especialmente adaptado para ser usado en las clases de cursos superiores de Derecho o en seminarios académicos. Así pues, la colección persigue también una función pedagógica. En cada uno de los temas tratados se parte de un texto principal, en torno al cual se formulan dos contribuciones críticas. Se ha procurado que una de ellas consistiera en una crítica externa al texto de partida y que la otra fuera más bien interna, que pudiera verse como un desarrollo del texto principal. A esta estructura se le añade una muy breve respuesta o comentario del autor del texto principal. La idea de ofrecer “libritos” (debemos reconocer que no todos son breves) responde tanto a la pretensión docente de poder usarlos en clase, como a la formativa de ofrecer al lector un mapa relevante de cada tema en no muchas palabras.

Y el tercer objetivo que persigue la colección es contribuir a difundir y someter a debate la obra de Manuel Atienza. Que Atienza es uno de los juristas más conocidos del mundo latino es un hecho notorio sobre el que no es necesario insistir. Ahora bien, la extensión de su “popularidad” no tiene por qué coincidir con el conocimiento de su obra. Atienza es un autor claro (nadie diría que sus textos son difíciles), pero ha escrito muchísimo, durante mucho tiempo, y ha participado en múltiples debates escritos. Estos tres datos hacen que no siempre sea fácil estar seguro de cuál es su pensamiento a propósito de tal o cual tema. Pues bien, otro de los propósitos de la colección ha sido el de seleccionar textos que consideramos paradigmáticos del pensamiento de Atienza. Por ello cada debate va precedido de una breve introducción destinada a que el lector pueda ubicarse dentro de tan extensa obra. Para seleccionar a los polemistas de cada volumen nos hemos guiado por tres criterios: a) que fueran “especialistas” (en algún sentido) en el tema tratado en cada “librito”; b) que no hubieran

protagonizado notorias polémicas con Atienza en publicaciones anteriores; y c) que pudieran considerarse jóvenes o, al menos, más jóvenes que Atienza.

Esperamos que la colección (y cada uno de sus pequeños libros) sea de su agrado.

JOSEP AGUILÓ REGLA, PEDRO GRÁNDEZ Y RAFAEL BUZÓN
LOS EDITORES

Presentación del volumen

Ulises atado al mástil de su embarcación para no caer en las tentaciones de Escila y Caribdis suele ser una imagen ilustrativa de las ideas recurrentes del constitucionalismo. El aumento del poder judicial en los Estados constitucionales contemporáneos, caracterizados por la rigidez constitucional y el carácter contramayoritario de la judicatura, genera muchas de estas tentaciones y podríamos representar al activismo judicial como una de ellas. Escila y Caribdis vendrían a ser dos vicios potenciales del momento de la aplicación jurisdiccional del Derecho: el formalismo y su contrapartida, el activismo propiamente dicho. Representan, a su modo, dos polos ineliminables del razonamiento jurídico: el polo de la conciencia jurídica formal y el polo de la conciencia jurídica material¹. El virtuosismo de Ulises dependerá del grado de articulación que consiga entre ellas dos.

El problema del activismo judicial trae consigo la discusión de múltiples temas relacionados: los límites del

1 Aguiló (2019, pp. 94 y ss.).

Derecho, las virtudes judiciales, la tesis de la única respuesta correcta, la teoría de la ponderación, la creación del Derecho y un largo etcétera que abarca las cuestiones más básicas del Estado constitucional. De todo ello se ha ocupado Atienza en numerosas ocasiones, y un mosaico de su visión del Derecho al respecto quizás se obtenga analizando las diferentes teselas que lo componen. Pero es en el campo de la propia práctica jurídica donde se puede apreciar la efectividad de sus teorías, cuyas pruebas han sido constantes a lo largo de su vida intelectual. Basta mencionar y analizar sus posiciones en algunos casos altamente complejos del último medio siglo: la huelga de hambre de los Grapo², la prueba biológica de la paternidad³, la discriminación positiva en el caso Kalanke⁴, las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión⁵, el auto del juez Garzón⁶, la interpretación de los testamentos a propósito del patrimonio de la Pontificia Universidad Católica del Perú⁷, los desahucios⁸, el llamado caso «La Manada»⁹, la sentencia de la pandemia¹⁰ o la prisión permanente revisable¹¹. En todos ellos puede vislumbrarse la teoría del Derecho de Atienza en acción.

Una comprensión adecuada de la problemática del activismo judicial se vería notablemente beneficiada de la lectura de estos trabajos. Sin embargo, consideramos un feliz disparo de salida el texto que aquí va a ser discutido, *Siete tesis sobre el activismo judicial*. Para ello, tenemos la

2 Atienza (1990).

3 Atienza (1993).

4 Atienza (1996).

5 Atienza (2006).

6 Atienza (2008).

7 Atienza (2010).

8 Atienza (2013).

9 Atienza (2018).

10 Atienza (2021).

11 Atienza y Juanatey (2022).

fortuna de contar con las agudas reflexiones de Leopoldo Gama y Ricardo Garzón Cárdenas, que dan buena cuenta del entrelazamiento de muchos de estos tópicos. La respuesta de Atienza a sus críticos pondrá punto y seguido a una discusión apasionante y nuclear de la teoría del Derecho del Estado constitucional.

Si alguna vez se ha considerado a la Constitución como la carta de navegación de un país¹², no sería desafortunado ver al Derecho como una empresa de navegación. Por todo ello, con Escila, Caribdis y Ulises atado a su mástil, deseamos al lector un feliz viaje a bordo.

RAFAEL BUZÓN

12 Nino (1992, p. 1).