

## Método tópico del Derecho y activismo judicial Topics as the Method of Legal Reasoning and Judicial Activism

Carlos A. Casanova  
carlosacasanovag@gmail.com

*Resumen:* Este artículo muestra que el método adecuado de la disciplina jurídica es un método tópico, debido a la naturaleza práctica de la disciplina. Desde allí arroja luz sobre el problema de las lagunas legales. Al mismo tiempo, sin embargo, se esfuerza en mostrar que no equivale afirmar el carácter tópico de la disciplina y aceptar el activismo judicial que ha introducido la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en la interpretación-creación del Derecho Constitucional y que ha llegado al paroxismo en la escuela del *uso alternativo del Derecho*.

*Palabras clave:* método tópico del Derecho, lagunas legales, límites del activismo judicial

*Abstract:* This paper demonstrates that the most adequate method of the art of judiciary decision-making is classical dialectics, due to the practical nature of the art. It sheds light on the problem of legal gaps. At the same time, it endeavors to demonstrate that to state the dialectical nature of the method does not necessarily lead to accept as adequate the judicial activism introduced by the Supreme Court of the United States of America in interpreting and creating Constitutional Law, activism that has reached its *climax* in the school of *alternative use of Law*.

*Keywords:* dialectics as the method of the art of judiciary decision-making, legal gaps, limits of judicial activism

Recibido: 29 de septiembre de 2020

Aprobado: 25 de octubre de 2020

### Introducción

El profesor Cristián Villalonga ha mostrado en un artículo reciente que el neoconstitucionalismo entraña una concepción del juez racional análoga a la antigua concepción del legislador racional, estudiada por Carlos Santiago Nino. Villalonga muestra que la nueva concepción ha llevado a que los jueces invadan el terreno tradicionalmente reservado al legislador, y aun al constituyente. Algunos autores critican esta invasión como “contraria al régimen democrático”, y otros la defienden, aduciendo que “los jueces canalizan una suerte de conciencia mayoritaria de la comunidad” (Villalonga,

2019, p. 784). Nos parece, por esto, oportuno dar unos pasos atrás y considerar el problema de la naturaleza del método que sigue una decisión judicial prudente. No puede evitarse el abuso de autoridad por parte de los jueces exigiéndoles que actúen de una manera incompatible con la naturaleza de su arte, como si pudieran decidir por medio de un sencillo silogismo judicial cuya premisa mayor es la ley, la menor la premisa fáctica según la cual se ha realizado el supuesto de hecho, y la conclusión que consistiría en aplicar al supuesto de hecho la consecuencia legalmente prevista. Pero tampoco se puede renunciar a tratar de poner coto a los abusos de autoridad en que, sin duda, están incurriendo los jueces. Hay que esforzarse por alcanzar una formulación adecuada de los límites de la jurisprudencia, y este artículo podría contribuir significativamente en esa tarea. Por eso, tras estudiar la naturaleza del método judicial, echaremos mano de la filosofía jurídica y política aristotélica para intentar formular de manera nítida (aunque esquemática) los límites de la actividad judicial. Por una parte, es verdad que, como enseñaba Hamilton, el juez no representa al pueblo, sino al Derecho (Hamilton, Madison, Jay, 1998, pp. 335-336 y 345); pero, por otra, también es verdad que, como enseñaba Aristóteles, en principio el juez debe sujetarse al legislador (*Retórica I 1, 1354a31-b11*), y no puede pretender cambiar el régimen político. Sin más preámbulos, comencemos nuestro estudio sobre el método.

En un famoso pasaje del libro I de la *Ética a Nicómaco*, Aristóteles declara que el método de la ética es retórico, mientras el de la geometría es demostrativo (*Ética a Nicómaco I, 3, 1094b22-27*). Cuando se dice allí retórico se quiere decir dialéctico, pues la dialéctica es una suerte de retórica, pero que, por dirigirse a los entendidos, hace uso solamente de la razón, no del *páthos*, ni del *éthos*.

La dialéctica es una disciplina instrumental que tiene varios fines. Uno de ellos la constituye en la disciplina propia de la *via inventionis* de todas las ciencias<sup>1</sup>. Por medio de la dialéctica se buscan y se agrupan los principios. También la matemática pasa por una fase dialéctica, como ocurrió con la geometría desde el tiempo de Tales hasta el tiempo de Euclides. Las discusiones entre los matemáticos permitieron desvelar y reunir paulatinamente todos los axiomas, definiciones y postulados que se usan en los teoremas. Tras décadas y siglos de preparación, la geometría pudo pasar a la fase demostrativa y organizarse sistemáticamente. Esto no ocurrió ni puede ocurrir con la ética.

---

<sup>1</sup> Las otras dos funciones más importantes de la dialéctica son la discusión de problemas y la enseñanza. Ambas actividades requieren de un orden, pero no el orden demostrativo, sino tópico.

Aristóteles apunta la razón con su maestría habitual: la ética tiene que ver con acciones, y éstas son concretas. La verdad en la física o en la matemática se expresa de manera general. Pero en la ética, lo que es verdad de lo concreto es más propiamente verdad que lo que lo es de lo universal, porque las acciones son concretas. Podría uno objetar: ¿pero no son concretas la cantidad realmente existente o las realidades físicas a las que se aplican los razonamientos científicos? Sí, pero mientras la física y la matemática pueden abstraer, considerar el aspecto formal y dejar de lado la materia concreta o aún la materia sensible, la ética no puede hacerlo. ¿Por qué? Porque mientras la verdad está en el entendimiento, el bien está en las cosas. El bien amado tiene que ser real, y, por ello, concreto. Y la acción de amarlo y servirlo prudentemente se da en lo concreto. Por eso mismo, lo concreto puede cambiar enteramente la naturaleza de una acción en la que, sin embargo, se den todas las formalidades físicas de otra acción que deba calificarse muy diferentemente. “Matar a un hombre” puede ser un acto de liberación de la Patria o un acto de opresión del indefenso. La verdad sobre el bien depende de las circunstancias, el objeto moral cambia, según determinadas circunstancias pasen o no a ser esenciales por su relación con el *finis operis* o con el *finis operantis*. En cambio, si es verdad que un proyectil puede caer más despacio de lo que predicen las leyes newtonianas, eso se deberá a la acción de una causa no considerada que, sin embargo, no cambia la naturaleza física ni el tipo de la fuerza que ejerce la masa de la tierra sobre el proyectil<sup>2</sup>.

Ahora bien, el Derecho entendido como la disciplina que cultiva el juez es una parte de la ética, como la justicia particular correctiva es una parte de la justicia legal. Por esta razón, el Derecho es una disciplina cuyo método no puede sino ser dialéctico. ¿Quiere esto decir que no hay demostraciones en la ética o en el Derecho? Para nada. Puede haber demostraciones, pero ellas se referirán a proposiciones generales que no podrán describir completamente lo que ocurre en los casos concretos, que es donde se puede hallar la plena verdad del juicio ético o jurídico. Por esto, en un caso siempre podrá haber una discusión dialéctica, aunque el caso deba ser iluminado por una conclusión demostrativa o por un principio inmutable. Me parece que esto es lo que se halla en el fondo de la

---

<sup>2</sup> La relatividad puede calcular con mayor precisión el movimiento del proyectil, pero se aleja mucho más que la física newtoniana de la consideración de las causas, es un mero artificio matemático que *salva los fenómenos*. Con todo, la concepción implícita del espacio y del tiempo que encierra, y que sigue las intuiciones de Gauss y Riemann, es más adecuada que la que subyace a la concepción newtoniana.

máxima escolástica según la cual los preceptos morales negativos (principios éticos) obligan siempre, mientras los preceptos positivos no obligan siempre.

Me propongo ahora explorar breve y esquemáticamente cómo funciona el método tópico en el Derecho. Tendré en mente la necesidad de plantear unos límites realistas a la actividad de los jueces.

## 1. La tópica y el Derecho

Cuando se dirige uno a juristas que se encuentran o se han encontrado expuestos por largo tiempo a los dogmas del positivismo, como podría ocurrir con algunos de los presentes en el auditorio, conviene quizá comenzar con una observación de Perogrullo, que ayude a superar ciertos prejuicios. ¿Es la ley una orden racional, que pretende que las controversias se resuelvan razonablemente? Si no lo fuera, si constituyera más bien una voluntad arbitraria, creadora del Derecho, entonces debería aplicarse de manera literal, sin que importen las consecuencias de esa aplicación, y a la manera de una subsunción de los casos en los supuestos de hecho normativos. Habría que sostener, como el Hans Kelsen de la *Teoría pura del Derecho*, que no hay lagunas o casos no previstos o casos para los que la expresión de la ley resulte *impropia*, como veremos (Kelsen, 2009, pp. 134-138). Pero, si es posible que existan casos no previstos en los que la solución literal no pueda aplicarse por no ser razonable, es porque la ley constituye una orden racional.

Ahora bien: la ley no puede constituir una orden racional si no encierra un juicio sobre las situaciones a las que se ha de aplicar. Pero ese juicio debe basarse en un conocimiento, entendiendo *conocimiento* de manera fuerte: una presencia intencional de una realidad inteligible en la mente del legislador. Esa realidad inteligible debe ser conocida por el juez para poder aplicar razonablemente la ley. Y esto es lo que hace posible que el juez se dé cuenta de que en algunos casos no es razonable aplicar la letra de la ley.

Como es bien sabido, este problema fue explorado filosóficamente por primera vez, que sepamos, en el libro I de la *República* de Platón: en general, hay que devolver los depósitos vencidos y decir la verdad. Pero, ¿será razonable que devolvamos a un amigo que se halla en un estado de furia o locura, unas armas que nos había dado en depósito porque el dicho depósito se encuentre vencido? (*República* I, 331c) Aristóteles lo consideró nuevamente en los artículos 7 y 10 del libro V de la *Ética a Nicómaco*. Cuando santo Tomás comenta el capítulo 7, para iluminar el punto sobre la mutabilidad del Derecho natural, usa precisamente el ejemplo del libro I de la *República* (*Sententia*

*libri Ethicorum*, Libro V, Lección 12, n. 13). Con ello ilustra que, tanto la naturaleza de lo justo como la naturaleza humana son inmutables en lo que se refiere a su esencia, pero ambas son accidentalmente mutables. Lo justo es mutable, precisamente, dice santo Tomás, porque la naturaleza puede fallar: si los hombres no cayeran a veces en estados de furia [o de ignorancia o de debilidad] no cambiaría lo que es naturalmente justo. Pero resulta que, por nuestra corporalidad, estamos expuestos a esos cambios.

En el capítulo 10 del libro V de la *Ética a Nicómaco*, Aristóteles muestra que la ley se da para ordenar lo que ocurre generalmente, pero sin ignorar que puede haber casos no previstos, por la misma naturaleza de la *praxis* humana. Por esto, a veces se hace preciso que el juez se aparte de la letra de la ley y resuelva el caso “como lo habría hecho legislador si hubiera estado allí [ante ese caso] y decir lo que él habría dicho, si hubiera sabido” (1137b22-24). La variabilidad de lo concreto, y la finalidad práctica, excluyen una aplicación *lógica* lineal, deductiva, de los principios generales. Y esto mismo obliga a estudiar no sólo el sentido literal de la ley, sino también su origen histórico y su ordenación teleológica.

No conozco ningún jurista maduro, fuera de Hans Kelsen, que niegue que sea necesario aplicar la equidad aristotélica en algunos casos. Un ejemplo notable de esto que digo es Savigny. En su juventud (*Curso de invierno* de 1802-1803), este notable autor abrazó el positivismo. Por eso rechazaba la interpretación restrictiva o extensiva de la ley y también la interpretación teleológica. Aceptaba sólo la interpretación gramatical, lógico-sistemática e histórica. Con todo, aceptaba la analogía, basada en que la regla positiva se considera como una regla especial de una regla más general contenida implícitamente en la ley, según su sentido (Larenz, 2001, pp. 32-33). Pero, en su madurez (*Sistema*, 1840), con todo, por la fuerza de la realidad jurídica, llegó a aceptar: (a) que debe buscarse el fin o fundamento de la ley; y (b) las interpretaciones restrictiva y extensiva como corrección de una expresión defectuosa (Larenz, 2001, pp. 36-37).

Ihering, por su parte, se hace explícitamente consciente de que (a) el fin es el creador de todo el Derecho; y (b) la investigación lógica debe subordinarse a la única finalidad última de la interpretación: “facilitar al juez su oficio, preparando, por medio de la investigación de la ley y de las relaciones de la vida, la resolución adecuada de la cosa” (Larenz, 2001, pp. 68 y 71). Con todo, la influencia de Kant sobre Ihering y su escuela conduce a que no entiendan bien la naturaleza del asunto jurídico: lo enfocan todavía como una confluencia entre la formalidad de las normas y la materialidad de la vida.

Es preciso restaurar la conciencia de los juristas romanos sobre la textura inteligible de la realidad jurídica, que es la base metafísica de la necesidad de la dialéctica como método del Derecho. Ellos lo expresaban así: “no se tome el Derecho a partir de la regla, sino que, a partir del Derecho, que existe, tómesese la regla” (Paulo, *Digesto* 50, 17, 1. Citada por Viehweg, 1964, p. 77). Hay una profunda unión entre los hechos y el Derecho: éste es una exigencia que aquéllos dirigen al juzgador. La máxima romana es aplicable hoy en día, también en los sistemas que ordenan al juez atenerse a la ley. Y lo es, si entendemos que la ley es una regla racional, no una voluntad ciega. Por esto, el juez debe sujetarse a la ley, como se recoge ya en el libro I capítulo 1 de la *Retórica* de Aristóteles. Pero esto no excluye la racionalidad del Derecho, ni su carácter tópico.

## 2. Excurso sobre la interpretación de textos legales

Pero, por el poder de la influencia del prejuicio positivista en nuestros países, es preciso hacer un excurso relativo a la interpretación de los textos legales. Me serviré de Karl Larenz, porque me parece que su obra *Metodología de la ciencia del Derecho* me permite ilustrar bien lo que quiero decir.

Larenz, en primer lugar, queda muy impactado por las observaciones de Gadamer que llevan a este discípulo de Heidegger a proponer el llamado *círculo hermenéutico*. En efecto, percibe Larenz que en la interpretación de cualquier texto el significado de cada palabra singular depende del sentido total del texto y que éste depende de aquél. Por esta causa, sigue a Gadamer en la propuesta de la necesidad de allegarse al texto con ciertos *prejuicios*, sin los cuales no podría captarse su sentido. Sin embargo, percibe el jurista que algo anda mal, y, casi sin darse cuenta, corrige a Gadamer: no son *prejuicios* lo que debe poseer el lector al acercarse al texto. La palabra *prejuicio* da idea de falsedad o de imposibilidad de alcanzar la verdad (Larenz, 2001, pp. 194-195 y 197). Con esta sencilla observación, como digo sin siquiera percatarse de ello, Larenz se aparta de los llamados *hermeneutas* y se acerca a las observaciones que hizo Platón en el *Fedro*.

Según Platón, en efecto, un texto escrito no puede entenderse sino en el seno de una tradición en la que se cultiva la verdad a la que apunta el texto. El modo de *transmitir* un arte o ciencia, además, primariamente consiste en escribir en las almas de los discípulos ese arte o ciencia. La escritura de textos debe ser secundaria, porque un texto no puede comprenderse fuera del

contexto de la tradición o, en palabras de Platón, “no puede defenderse a sí mismo” (275d-277a).

¿Cuál sería la respuesta platónica al *círculo hermenéutico*? Podemos comprenderla pensando en otro ejemplo. Si uno busca una palabra en un diccionario, se encontrará que está definida con otras palabras. Si uno busca estas otras, encontrará nuevas palabras. Si continúa haciéndolo, se encontrará con que se forma un *círculo de sentido*. Las definiciones de diccionario son circulares al final. ¿Quiere esto decir, como sostenía Gadamer, que nuestra experiencia de la realidad esté *mediada por el lenguaje* y que, por eso, no podamos conocer ninguna verdad meta-cultural? Me temo que la conclusión de Gadamer es demasiado precipitada. En realidad, el llamado *círculo de sentido* es sólo aparente. Se rompe porque las definiciones del diccionario están apelando calladamente a las experiencias personales del lector. Uno busca la cadena de definiciones hasta que encuentra algo que *entiende*. Pero *entender* no es saber otra definición del diccionario, sino poseer el concepto que procede de la experiencia personal. La experiencia de la realidad rompe el *círculo*.

Podemos pensar todavía en otro ejemplo. El de una vaca. Si leemos un capítulo de un libro de zoología sobre la vaca y somos niños de Nueva York que nunca hemos visto una vaca, tendremos que leer las descripciones hasta que podamos traerlas a algo de lo que tenemos experiencia personal: es un mamífero, como los seres humanos; tiene cuatro patas como mi gato; pero come hierbas, como las que están en la plaza, etc., etc. Todo tiene que ser conducido hasta nuestra experiencia personal, si es que hemos de entender algo.

Mejor que Larenz comprendió esto el ilustre jurista alemán, Josef Esser. Sostiene éste que, para entender un texto legislativo, es preciso comprender antes la materia de que trata (Larenz, 2001, p. 196). En efecto, es la formación del juez, fruto de un largo proceso, lo que lo capacita para comprender tanto los textos legislativos como los casos que éstos pretenden ordenar. Por eso, cuando el juez se enfrenta a un caso, se forma una *convicción de rectitud*, una convicción sobre las exigencias del Derecho en el caso concreto. Tras haberse formado esa convicción, basada en su criterio profesional, el juez somete a control su convicción, contrastándola con la legislación, que él no puede ignorar. Sin embargo, aun la determinación de las leyes aplicables y del método de interpretación de las mismas están controlados por la convicción decantada al iluminar el caso con su formación jurídica. Yo trabajé como juez, como Asistente de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela durante dos años. Y puedo dar testimonio de que las cosas son como las describe Esser.

Sin embargo, Karl Larenz dirige una crítica ácida contra Esser: éste se habría dejado llevar por “demasiada presuntuosidad judicial”, incompatible con la sujeción a la ley y al Derecho (Larenz, 2001, p. 199). Examinemos brevemente la que, a juicio de Larenz, constituye la correcta metodología de interpretación que ha de seguir el juez, para intentar aclarar este asunto, que parece de la mayor importancia.

Este influyente autor sostiene, en primer lugar, que el juez debe comenzar buscando la norma aplicable. Pero luego observa que la norma aplicable no siempre es clara ni está lista para medir el caso, razón por la cual requiere de una interpretación que no es obvia sino para quien posea formación jurídica. Añade que, además, puede poseer una expresión impropia en el sentido de Savigny, que haga preciso o exija una corrección para aplicarla al caso. Larenz va más lejos, y sostiene que podría haber una laguna, que exigiera una solución por principios. Por todo esto, al final, el texto de la ley es una malla de interpretaciones y complementos, surgidos en parte de la jurisprudencia y de las exigencias de trato igual para casos iguales. Una malla “que ha variado ampliamente su contenido [del texto legal], tal como éste ha de considerarse decisivo en adelante”. Esa variación llega, “en casos extremos casi hasta desfigurarlos” (Larenz, 2001, pp. 200-203).

Ahora bien, Larenz no sólo observa que la interpretación jurisprudencial acaba en muchos casos constituyendo el sentido de los textos legales, sino que añade que podría ocurrir que una norma que parece en principio aplicable, pudiera resultar inaplicable, una vez que se han comprendido todas las exigencias del caso. Uno puede preguntarse legítimamente, según Larenz, “si debe invocarse aquí otra norma que sólo ‘a primera vista’ no parezca aplicable aquí” (Larenz, 2001, p. 200).

Un examen cuidadoso de la propuesta de Larenz, alternativa a la de Esser, acaba mostrándonos, en definitiva, que Esser tenía razón. Después de todo, es sólo el estudio del caso con criterio jurídico el que lleva a determinar, en definitiva, cuál sea la ley aplicable y cómo haya de interpretarse. Esto es así porque los textos no pueden entenderse finalmente si no es a la luz de la experiencia de la realidad a la que se refieren. Pero la realidad a que se refieren los textos jurídicos [si tomamos *jurídico* en su sentido propio, como diría Sócrates] es, en definitiva, la acción de resolver prudentemente los casos concretos.

La estructura tópica del razonamiento jurídico es consecuencia, como hemos dilucidado, de que los problemas concretos planteados ante el juez no permiten partir de una fijación clara de las premisas desde las cuales se va a razonar. A menudo, éstas deben someterse a cuidadosa investigación,



a causa de que en asuntos prácticos la solución de problemas no se reduce a aplicar a un caso o premisa fáctica una premisa mayor o norma, pues a menudo el problema particular exige reformular el principio general o reemplazar el que parecía aplicable al inicio, que es a lo que apunta Aristóteles en el capítulo 11 del libro VI de la *Ética a Nicómaco*.

### 3. Tópica y jurisprudencia

Siguiendo a Josef Esser, Theodor Viehweg ha resaltado varios rasgos de la jurisprudencia, que se derivan y al mismo tiempo muestran su carácter tópico o dialéctico:

1. La jurisprudencia considera al Derecho positivo, a las normas, como guía para resolver un entramado de problemas racionales que no pueden resolverse deductivamente. Es ese entramado de problemas lo que constituye las diversas ramas del Derecho y lo que da su sentido íntimo y su estructura intelectual a las normas positivas, si es que éstas los tienen.
2. Ella puede cambiar el sentido de ciertas premisas legales a la luz de las exigencias del problema jurídico, es decir, de lo justo correctivo.
3. Ella puede, incluso, cambiar el sentido de los términos de cada premisa a la luz del problema jurídico.
4. Las premisas y términos tienen significado propio solamente en relación con el problema de lo justo. Este rasgo es lo que más requiere del entrenamiento tópico y, en consecuencia, lo que vuelve tan extraño nuestro arte a los ojos de una persona acostumbrada al pensamiento deductivo, como un ingeniero.

Vamos a poner la lupa sobre los puntos 3 y 4, porque son los que arrojan mayor luz sobre el carácter tópico del Derecho.

Josef Esser se ha concentrado sobre un aspecto muy relevante: aun los “conceptos que en apariencia son de pura técnica jurídica [...] cobran su verdadero sentido desde la cuestión de la justicia” (Viehweg, 1964, p. 134). Para ilustrar su mente, pone como ejemplos los conceptos de declaración de voluntad e imposibilidad de la prestación. Recogeremos aquí su análisis del primero de ellos, pues el segundo me parece más problemático.

En relación con su análisis de declaración de voluntad, nunca he encontrado el artículo original de Esser que cita Viehweg<sup>3</sup>. Por eso he tenido que

---

<sup>3</sup> Esser. (1952). Elementi di diritto naturale nel pensiero giuridico dogmatico. *Nuova Riv. di Dir. Comm.*, V, pp. 1 y ss.

reconstruir el caso que considera aquél en su exposición. Me parece que es útil de todos modos para captar el punto que quiero elucidar.

El concepto declaración de voluntad se enmarca en el Derecho de contratos y protege fundamentalmente dos bienes jurídicos, que Esser llama intereses: la vinculación negocial y la confianza negocial. Por esto, podría ser que la jurisprudencia considerara que existe declaración de voluntad aun cuando se haya probado que no hay voluntad de declaración. Así ocurrió en el siguiente caso:

Supongamos que el Presidente de “Cables de Chile” envía un pedido de cobre a Codelco. Recibe de vuelta una carta con una oferta concreta: el precio del cobre, el precio del transporte, la fecha de entrega, los datos para hacer transferencia electrónica, etc. La carta está escrita en papel con membrete oficial de Codelco, con los sellos auténticos de la compañía (que ya conocía el gerente de “Cables de Chile”), etc. Llegada la fecha, “Cables de Chile” hace su transferencia o depósito, pero Codelco no entrega el cobre. Tras varios intentos de exigir el cumplimiento del contrato, finalmente “Cables de Chile” demanda a Codelco. En la contestación de la demanda, y en el período probatorio, Codelco alega y prueba que esa carta recibida por el demandante fue enviada por una secretaria, que abusó de su posición para hurtar el dinero de “Cables de Chile”. De modo que, si acaso, el demandante ha debido demandar a Codelco por daños y perjuicios extracontractuales. El juez encuentra que sería injusto declarar sin lugar la presente demanda, porque el demandante no tenía medio de saber que la secretaria había abusado de su posición en Codelco para hacer creer falsamente al demandante que se había celebrado el contrato. Por tanto, declara con lugar la demanda. Para proteger la confianza negocial, declara la existencia del contrato porque Codelco puso en peligro esa confianza al dar todos los medios a la secretaria para que simulara el contrato<sup>4</sup>.

A la luz de todo esto, concluye Esser: “No sólo la proposición jurídica, ‘sino el concepto mismo está precualificado a través de una serie de juicios de interés, de tal manera que la subsunción aparentemente lógica es una reintegración de un juicio de interés, que estaba encerrado *in nuce* en el concepto jurídico” (Viehweg, 1964, pp. 135-136). Para comprender cabalmente esta con-

---

<sup>4</sup> En cuanto a la *imposibilidad de cumplir la prestación*, obviamente lo que el concepto pretende proteger es la igualdad contractual y la vinculación contractual. Desde el punto de vista lógico, la *imposibilidad* significaría eso, que es físicamente imposible cumplir la prestación. Pero desde el punto de vista jurídico, aun cuando la ley y el contrato no digan nada, se puede asimilar a *imposibilidad de cumplir la prestación* la *imposibilidad económica, inexigibilidad*, etc.

clusión, debe tenerse en cuenta que Esser ya no considera los *intereses* en juego como meras “aspiraciones empíricas” (según la tradición kantiana), sino como bienes jurídicos que fundan el orden racional que es el Derecho. De este modo, el autor alemán trasciende la jurisprudencia de intereses.

El haber trascendido la jurisprudencia de intereses se manifiesta en una observación capital que hace el propio Esser: las soluciones que encuentran los jueces cuando la ley no es del todo adecuada para resolver los casos concretos no están previstas en norma alguna. ¿De dónde provienen, por tanto? Del Derecho natural declara Esser en el famoso artículo comentado por Viehweg. Así es: la comprensión del caso a la luz de los principios aplicables al área de que se trate, es decir, a la luz de los bienes jurídicos que ordenan esa área desde dentro, le permite al juez entender el orden al que apunta la ley y que es fuente de ésta. Esos bienes precisamente dan sentido al texto legal, que pretende ordenar la actividad judicial hacia esos mismísimos bienes.

Y así vemos que lo concreto tiene una estructura inteligible y que el orden de la acción que se integra en esa estructura debe investigarse haciendo uso del método tópico. Esto no quiere decir que no haya puntos fijos en la deliberación jurídica, en el razonamiento judicial. Todo verdadero juez sabe que está administrando justicia, y es ése el primer principio dentro del ámbito de la actividad judicial. Por supuesto, qué signifique *justicia* es algo que se ha extraído también de la experiencia, como hemos dicho. Habiendo aclarado qué es lo que quería decir con que la estructura inteligible de la concreta realidad jurídica deba investigarse haciendo uso de la tópica, puedo pasar a considerar el problema complementario del activismo judicial.

Pero debemos añadir una observación importante a lo que ha dicho Esser. Los principios conocidos de modo natural guían la discusión tópica. Aquí, por ello, se puede manifestar la subalternación de la disciplina jurídica a la metafísica. En efecto, si en una escuela de Derecho predominan doctrinas metafísicas que conciben erróneamente los principios, las estructuras racionales de la disciplina jurídica podrían ser vaciadas paulatina pero radicalmente de su contenido sin que hiciera falta siquiera una reforma de la legislación escrita.

#### 4. Tópica y activismo judicial

De todo lo que hemos dicho se sigue que, en el Derecho, lo que es verdad y lo que es falso son cosas distintas, pero su distinción es a veces muy sutil. Porque el Derecho es una disciplina tópica, es fácil que un juez abuse de la tópica e incurra en el activismo judicial. El uso alternativo del derecho,

por ejemplo, es una de las especies más agresivas de activismo judicial, que es la que ha aplicado el Tribunal Supremo de Venezuela desde el año 1999 (Figueroa García-Herreros, 2019, pp. 125-149). Sin embargo, es claro que el activismo judicial constituye una violación de la verdad jurídica, mientras que la equidad es un reconocimiento de la verdad jurídica. ¿Cómo trazar el límite entre estas dos maneras de hacer uso del poder jurisdiccional? Debe hacerse uso de varios indicios que a continuación vamos a enumerar.

Una buena señal de si una decisión responde al carácter tópico del derecho, o es resultado del activismo judicial, es si uno puede generalizar la decisión y aplicarla a todos los casos semejantes. Cuando hay activismo judicial, normalmente un juez decide en un caso una cosa y en otro otra, sin que haya entre los dos ninguna diferencia jurídica relevante, sino solamente porque en un caso hay un interés no jurídico, pero que él quiere proteger.

Se vio en los casos de las tomas de los colegios de los años 2006 y 2011-2012. Los jueces siempre habían dicho que los colegios podían tener su propio sistema sancionatorio, pero cuando ocurrieron las tomas de establecimientos, y por aplicación de medidas disciplinarias se expulsó a los estudiantes revoltosos. Por la presión de los medios y por ideología, los jueces tomaron decisiones contrarias a la jurisprudencia sentada meses antes. Ahí se ve un ejemplo de activismo judicial (García y Verdugo, 2013, pp. 75-76).

Que los jueces creen normas que se conviertan en fuentes de derecho, como por ejemplo, fuentes de las obligaciones, es posible y eso no tiene por qué constituir activismo judicial. Nadie ha dicho que la creación del abuso de derecho por parte de la jurisprudencia francesa fuera activismo judicial, por ejemplo. *Sternsdorff c/ Manaplast*,<sup>5</sup> claramente tampoco es un caso de activismo judicial. La frontera entre estos casos y aquellos en los que sí hay activismo judicial es sutil, y percibirla requiere de una buena formación dialéctica y del hábito de juicio. Un criterio importante para distinguir la equidad del activismo en estos casos difíciles reside en determinar si la decisión se mantiene en los confines de la justicia correctiva, aunque sienta un principio o precedente que afecte a otros casos. Las famosas decisiones de los jueces norteamericanos activistas son buenos ejemplos de decisiones que transgredieron groseramente los límites de la justicia correctiva y pasaron a invadir el terreno legislativo, directamente. Probablemente la más sorprendente en este sentido sea *Swann et al. v. Charlotte-Mecklenburg Board of*

---

<sup>5</sup> Sentencia de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile, del 17 de marzo de 2003.

Education et al., del 20 de abril de 1971. En efecto, en ella la Corte pasó directamente a confirmar un reglamento de funcionamiento del sistema de buses de los colegios establecido por una Corte de Distrito contra el juicio de las autoridades administrativas, con el argumento de que debía suplir en ello a las autoridades municipales, a causa de un supuesto mandato de *des-segregación racial*<sup>6</sup>.

Otro límite consistiría en lo siguiente: aunque el juez debe decidir racionalmente, la existencia política impone límites a la racionalidad. Es preciso que las partes más fuertes o más numerosas apoyen la Constitución, y eso exige una cierta transacción con esas fuerzas. Por tanto, salvo casos de imperativos ineludibles de los elementos de la justicia (como los que señaló Gustav Radbruch (1971, pp. 3-22) en *Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes*), el juez debe evitar apartarse en sus decisiones del régimen en que ejerce su magistratura, aunque también deba buscar el mayor grado de razonabilidad compatible con ese régimen. Esta es la lección que nos dejó Aristóteles en su *Política*, especialmente en el libro V, en el que da consejos a los diversos regímenes, para que se hagan más estables, pero también para que se aproximen más al régimen perfecto.

---

<sup>6</sup> Ver la sentencia aquí: <http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep402/usrep402001/usrep402001.pdf>. Así dice el fragmento relevante, en la página 30: "Thus the remedial techniques used in the District Court's order were within that court's power to provide equitable relief; implementation of the decree is well within the capacity of the school authority. The decree provided that the buses used to implement the plan would operate on direct routes. Students would be picked up at schools near their homes and transported to the schools they were to attend. The trips for elementary school pupils average about seven miles and the District Court found that they would take 'not over 35 minutes at the most.' [...] In these circumstances, we find no basis for holding that the local school authorities may not be required to employ bus transportation as one tool of school desegregation." La Corte presupone que la distribución geográfica étnica de los barrios en las zonas urbanas estadounidenses se debe exclusivamente a la pasada acción estatal tendente a segregar las razas (ver pp. 25-26). Pero esto es falso. Ver E. Michael Jones, 2004. En realidad, las zonas urbanas sobre todo de la Costa Este y el Oeste Medio estaban organizadas étnicamente a causa de la masiva inmigración que recibieron durante los siglos XIX y XX y a la tendencia de las olas migratorias a agruparse étnicamente. Esto podía aún observarse en los pueblos del Berkshire hasta hace apenas 10 años: había allí parroquia italiana, parroquia irlandesa, polaca, francesa (canadiense), y otras zonas protestantes. No había, en realidad, zonas *negras* y *blancas*.

## Referencias

- Aquino, Tomás. (2000). *Sententia libri Ethicorum*. Pamplona: Universidad de Navarra. Disponible en: [www.corpusthomisticum.org](http://www.corpusthomisticum.org)
- Aristoteles. (1962). *Nicomachean Ethics*, Oxford: Oxford University Press.
- (1984). *Polítics*, Princeton: Princeton University Press.
- (1999). *Retórica*, Madrid: Gredos.
- Figueroa García-Herreros, N. (2019). Derecho, dominación y hegemonía: la teoría jurídica del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. *Latin American Law Review* nº 02: 125-149. Disponible en: <https://doi.org/10.29263/lar02.2019.06>.
- García, J. F. y Verdugo, S. (2013). *Activismo judicial en Chile, ¿hacia un gobierno de los jueces?* Santiago de Chile: Libertad y Desarrollo.
- Hamilton, A.; Madison, J; y Jay, J. (1998). *El federalista*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Jones, E. M. (2004). *The Slaughter of the Cities. Urban Renewal as Ethnic Cleansing*. South Bend: Saint Augustine Press.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Larenz, K. (2001). *Metodología de la ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Plato. (1894). *Republic*. Oxford: Clarendon Press.
- Platón. (1988). *Fedro*. En: *Diálogos. Fedón, Banquete, Fedro*. Madrid: Editorial Gredos.
- Radbruch, G. (1971). Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes. En: Rodríguez Paniagua, J. A. (editor). *Derecho injusto y Derecho nulo*. Madrid: Aguilar, pp. 3-22.
- Sentencia de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile, del 17 de marzo de 2003, Sternsdorf c. Manaplast. <https://doctrina.vlex.cl/vid/corte-suprema-manaplast-oacute-fondo-218930037>.
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, del 20 de abril de 1971, Swann et al. v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education et al. <http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep402/usrep402001/usrep402001.pdf>.
- Viehweg, Th. (1964). *Tópica y jurisprudencia*, Madrid: Taurus.
- Villalonga, C. (2019). Analizando el modelo de juez racional. Reflexiones sobre la teoría de la jurisdicción en el neoconstitucionalismo. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46 Nº 3, pp. 765-78.