

# HACIA UNA TEORÍA INTRASISTÉMICA DEL ACTIVISMO JUDICIAL

## TOWARDS AN INTRA-SYSTEM THEORY OF JUDICIAL ACTIVISM

Fecha de recepción: 15 de febrero de 2020 | Fecha de aceptación: 16 de agosto de 2021

Sebastián REYES MOLINA\*

### Resumen

En este artículo presento las bases para una teoría intrasistémica del activismo judicial. El postulado central de esta teoría sostiene que el activismo judicial puede ser explicado por la combinación de elementos estructurales de los sistemas jurídicos tales como sus propiedades formales o lógicas y los códigos interpretativos que contienen más de una directiva interpretativa. Bajo esta tesis, el juez activista pueda revestir su decisión con una cuota de legalidad en el sentido de que, a pesar de que la decisión es un reflejo de sus preferencias, se encuentra fundamentada en disposiciones normativas.

**Palabras clave:** activismo judicial – indeterminación jurídica – adjudicación – discrecionalidad judicial – interpretación del derecho – códigos interpretativos

### Abstract

In this paper, I advance the basis for an intrasystemic thesis of judicial activism. This thesis claims that judicial activism can be explained by resorting to a combination of structural elements of legal systems such as their formal properties and the interpretative codes contained in them. Under this approach, the activist judge can base her decision on legal grounds albeit it is the result of the exercise of her axiological preferences.

**Keywords:** judicial activism – legal indeterminacy – adjudication – judicial discretion – legal interpretation – interpretative codes

\* Profesor del Departamento de Filosofía de Uppsala Universitet. [sebastian.reyes@filosofi.uu.se](mailto:sebastian.reyes@filosofi.uu.se)

SUMARIO: I. Introducción. II. Tesis extrasistémica del activismo judicial. III. Códigos interpretativos. IV. Cláusula de no-redundancia y ausencia de meta-disposiciones sintácticas. V. Tesis intrasistémica del activismo judicial. VI. Conclusión. VII. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

Los teóricos del derecho generalmente explican el activismo judicial desde un punto de vista *extrasistémico*. Llamo *tesis extrasistémica del activismo judicial* a aquella que sostiene que el activismo judicial puede ser explicado como una decisión judicial no limitada por las disposiciones contenidas en un sistema jurídico. Ya sea porque los jueces basan sus decisiones en sus preferencias axiológicas - factores morales, políticos, económicos - o porque la indeterminación de los lenguajes naturales permite espacios para el ejercicio de discreción, las decisiones producto del activismo judicial suponen un escape a la aplicación de las disposiciones contenidas en el sistema jurídico para la resolución del litigio.<sup>1</sup>

En este artículo quiero explorar la posibilidad de explicar el activismo judicial desde una perspectiva *intrasistémica*. Llamo *tesis intrasistémica del activismo judicial* a aquella que sostiene que el activismo judicial puede ser explicado por la combinación de dos factores estructurales de los sistemas jurídicos, 1) la cláusula de no-redundancia y 2) los códigos interpretativos que contienen más de una directiva interpretativa. Esta combinación se expresa de la siguiente manera: en la medida en que la cláusula de no-redundancia no permite la existencia tanto de disposiciones ni normas redundantes, esto es, disposiciones o normas que ofrezcan la misma solución interpretativa a un caso, cada disposición o norma *necesariamente* ofrece una solución interpretativa distinta.<sup>2</sup> Si esto se aplica a los códigos interpretativos, para el caso de que éstos tengan más de una directriz interpretativa, cada directriz interpretativa *necesariamente* ofrecerá una solución interpretativa distinta a otra directriz. *A contrario sensu*, si dos o más directivas interpretativas ofrecen el mismo resultado, éstas serían redundantes y todas menos una deben ser eliminadas.<sup>3</sup>

1 Ver, Richard A. Posner, *The Meaning of Judicial Self-Restraint*, 1 *Indiana Law Journal*, 1-24 (1983) [HTTPS://WWW.REPOSITORY.LAW.INDIANA.EDU/ILJ/VOL59/ISS1/1](https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol59/iss1/1); Alí Lozada, *Activismo judicial y derechos sociales: Un enfoque postpositivista*, 41 *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 212-214 (2018). <https://doi.org/10.14198/DOXA2018.41.11>; Jesús Vega López, *Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial*, 41 *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 125 (2018). [HTTPS://DOI.ORG/10.14198/DOXA2018.41.07](https://doi.org/10.14198/DOXA2018.41.07); entre otros.

2 Sebastián Reyes Molina, *Judicial Discretion as the Result of Systemic Indeterminacy*, 2 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, (2020) <https://doi.org/10.1017/cjlj.2020.7>.

3 Sebastián Reyes Molina, *On Legal Interpretation & Second-Order Proof Rules*, 1 *Analisi e diritto*,

En este punto es útil introducir la distinción disposición/norma. Un documento normativo<sup>4</sup> es un conjunto de enunciados del discurso prescriptivo.<sup>5</sup> El discurso prescriptivo contenido en un documento normativo es lo que se conoce como disposición normativa. Por otro lado, la norma es el significado atribuido por el intérprete a una disposición, o a un fragmento de una disposición, o una combinación de disposiciones o una combinación de fragmentos de disposiciones, la cual es aplicada en el caso concreto con el fin de provocar determinadas consecuencias jurídicas.<sup>6</sup> Si bien la disposición normativa y la norma están unidas por la actividad del intérprete,<sup>7</sup> la tarea interpretativa presupone, de forma general, un reconocimiento previo de todos o al menos la mayoría de los significados posibles que pueden ser adscritos a una disposición normativa.<sup>8</sup> En este sentido, entiendo por interpretación jurídica la adscripción de significado -norma- a una disposición basado en el uso de directrices interpretativa contenidas en el código interpretativo.<sup>9</sup> La distinción disposición/norma es útil para clarificar que las normas adscritas a las disposiciones, debido a la interdicción de redundancia normativa, han de ser necesariamente distintas unas de otras.

Frente a una pluralidad de soluciones interpretativas, la intérprete debe escoger la alternativa interpretativa que más se acomode a sus criterios. Ahora bien, en la medida en que las directrices interpretativas no están reguladas por meta-directrices interpretativas que establezcan jerarquías entre ellas, la elección de una directriz por sobre otra es discrecional. En este sentido, el postulado central de la tesis intrasistémica sostiene que el activismo judicial puede ser entendido como el uso de meta-reglas de origen no-jurídico en la elección de la directriz interpretativa que va a servir como base para la interpretación de la formulación normativa aplicable al caso.

Estas meta-reglas reflejan las preferencias axiológicas de los jueces que servirán para basar la interpretación de las disposiciones pertinentes para la resolución de la controversia. Interpretación que, si bien es el resultado de

165-184 (2017).

4 Aquél enunciado de las fuentes formales del derecho con pretensión de obligatoriedad y validez democrática.

5 El discurso prescriptivo es aquel utilizado con la finalidad (o pretensión de) modificar los comportamientos de las personas.

6 Riccardo Guastini, *Introducción a Disposición vs. Norma*, 136 (Rafael Escudero y Susanna Pozzolo, eds., Palestra Editores, 2011).

7 Con la voz intérprete me refiero a todos aquéllos a quienes se encuentran facultados para realizar, en términos de Kelsen, la "interpretación auténtica": la que puede provocar efectos jurídicos (la generalidad de los sistemas conceden estas facultades a los tribunales de justicia). Sobre la teoría de la interpretación de Kelsen ver: Álvaro Núñez, *Kelsen en la encrucijada: Ciencia jurídica e interpretación del derecho*, 2 *Ius et Praxis*, 415-442 (2014). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000200012>.

8 En este sentido una disposición normativa tiene, por regla general, más de un significado posible. No existe una correspondencia biunívoca entre disposición y norma. A una disposición pueden adscribirse varios significados (i.e., normas). Ver: Riccardo Guastini, *op. cit.*, nota 6, 14

9 Sebastián Reyes Molina, *Interpretación jurídica y Legal Craft*, en, vol. 2 *L'arte della distinzione: Scritti per Riccardo Guastini*, 270 (Pierluigi Chiassoni *et al.* eds., Marcial Pons, 2019).

preferencias axiológicas, es apoyada por razones de origen legal, i.e., directrices interpretativas.

En este artículo solamente me limito a presentar los lineamientos generales de las tesis extra e intrasistémicas, sin pronunciarme sobre las posibles relaciones que puedan existir entre éstas.

Este artículo se estructura de la siguiente manera: en §2 presento la tesis extrasistémica, concentrándome en el aspecto discrecional adscrito a las decisiones resultantes del activismo; en §3 me refiero a los códigos interpretativos; en §4 desarrollo la relación entre los sistemas jurídicos y la cláusula de no redundancia; en §5 desarrollo la tesis intrasistémica del activismo judicial; en §6 presento las conclusiones de este trabajo.

## II. TESIS EXTRASISTÉMICA DEL ACTIVISMO JUDICIAL

En esta sección presentaré los lineamientos generales de la tesis extrasistémica del activismo judicial. Por ‘extrasistémico’ me refiero a que las razones que apoyan las decisiones judiciales son de origen no legal. A estas consideraciones de origen no legal les llamo ‘preferencias axiológicas’ y engloban razones morales, políticas, religiosas, económicas, entre otras. Como el lector notará, no es mi intención definir ‘activismo judicial’ ni favorecer una u otra definición de este fenómeno.<sup>10</sup> Tampoco es mi intención pronunciarme sobre el estatus normativo del activismo judicial o su justificación (o falta de).<sup>11</sup> Por último, no avanzo metodologías para identificar qué decisiones pueden ser calificadas como activistas.<sup>12</sup>

El punto de esta sección es simplemente identificar ciertos elementos comunes detrás de una tesis general que sostiene que *existe* un tipo de actividad judicial denominada ‘activismo judicial’. Estos puntos comunes, como se verá, pueden ser resumidos en el postulado que las decisiones tildadas de activistas van, de alguna u otra forma, en contra o sin respaldo de las formulaciones normativas contenidas en un sistema jurídico. Es decir, estas tesis asumen una concepción del activismo judicial como una actividad extrasistémica. Con eso no quiero decir de que *de hecho* exista una escuela de pensamiento denominada ‘extrasistémica’ o sostenga explícitamente que actuar fuera del margen del derecho es una condición necesaria o necesaria y suficiente del concepto de activismo judicial. Lo que busco poner en atención es que la asunción base de trabajos sobre activismo judicial asumen de una u otra forma que el activismo judicial se desarrollado en un marco extra-jurídico.

<sup>10</sup> Ver por ejemplo Aharon Barak, *The Judge in a Democracy*, 261 (Princeton University Press, 2006).

<sup>11</sup> Por ejemplo, Diego Javier Duquelsky Gómez, *La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial*, 41 DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 193-209 (2018). <https://doi.org/10.14198/DOXA2018.41.10>.

<sup>12</sup> Ver en este sentido Alí Lozada, *op. cit.*, nota 1, 211-226.

En resumen la tesis extrasistémica del activismo judicial postula:

- a. El activismo judicial puede ser explicado por preferencias axiológicas o extrasistémicas de los jueces como base para la decisión judicial.
- b. El activismo judicial se enfoca en la decisión final del caso.
- c. El activismo judicial se ejerce dentro de un contexto de discrecionalidad.

Por ejemplo, Posner identifica al activismo judicial como lo opuesto a la categoría de *judicial self-restraint*.<sup>13</sup> Esta categoría pone énfasis en los límites autoimpuestos por los jueces al poder de las cortes para los casos en que el ejercicio de dicho poder intervenga con la función de otros poderes del estado u otras instituciones gubernamentales.<sup>14</sup> *A contrario sensu*, el activismo judicial sería el ejercicio del poder de las cortes de forma tal que afecte o reemplace las funciones de los otros poderes del estado u otras instituciones gubernamentales.<sup>15</sup> En este contexto se configurarían el activismo judicial en los casos en que los jueces, por medio de las decisiones judiciales, impongan políticas públicas. Dado que típicamente las cortes no tienen competencia para crear políticas públicas, las decisiones judiciales que suponen la creación de dichas políticas son decisiones tomadas al margen de las normas que regulan su competencia. Es decir, son extrasistémicas.

Barak entiende el activismo judicial como el ejercicio del poder de las cortes en la forma de creación de nuevas leyes o modificación de leyes existentes con el fin de obtener un equilibrio entre los diversos valores sociales.<sup>16</sup> Esta postura supone que tanto la creación o modificación de las leyes existentes necesariamente supone dejar sin efecto el ejercicio de las funciones de otro poder del estado. La nueva ley creada por los jueces puede abolir leyes promulgadas por el parlamento o dejar sin efecto políticas públicas creadas por el ejecutivo. En este sentido, el activismo judicial busca llenar un vacío en la regulación deficiente en la protección o equilibrio de los valores sociales. Este vacío, presupone a su vez, que el activismo judicial se basa en consideraciones extrasistémicas.

Lozada, adoptando una definición estipulativa de activismo judicial, sostiene que el activismo judicial es

una forma de comportamiento jurisdiccional y arbitrario que consiste en tomar decisiones caracterizadas por dos rasgos: i) son idóneas para *realizar* valores constitucionales *sustantivos* (paradigmáticamente, los derechos fundamentales), a costa de ii) *interferir injustificadamente*

13 Richard A. Posner, *How Judges Think*, 286 (Harvard University Press, 2008).

14 Richard A. Posner, *op. cit.*, nota 1, 10-12.

15 Richard A. Posner, *op. cit.*, nota 13, 287.

16 Aharon Barak, *op. cit.*, nota 10, 271.

en una línea de actuación, actual o potencial, reservada de *manera definitiva* – es decir, no meramente *prima facie* - a la legislación o a la administración en virtud de valores constitucionales *formales* (como la seguridad jurídica, el principio democrático o la división de poderes).<sup>17</sup>

No entraré a discutir el fondo de esta definición ni el problemático uso de la fórmula ‘arbitrariedad’ presentado por Lozada en el párrafo citado. Lo que quiero remarcar con esta cita es que los elementos centrales de la noción de activismo judicial suponen una actividad extrasistémica. Vale decir, las cortes interfieren en un ámbito que le corresponde a otro órgano gubernamental basado en preferencias axiológicas, que en el caso de la definición otorgada por Lozada, se pueden entender como aquéllas relacionadas a la realización normativamente deseable de los valores constitucionales sustantivos y sin el respaldo de un marco normativo de origen legal – he ahí el uso de fórmulas tales como ‘arbitraria’ e ‘injustificada’ por parte de Lozada. Vale decir, la realización de valores constitucionales acorde a las preferencias axiológicas del juez de turno.<sup>18</sup>

La fuerza de la tesis extrasistémica se encuentra en el poder explicativo de decisiones judiciales cuyo impacto trasciende la discusión jurídica-académica y repercute en el desarrollo de la vida social de una comunidad. En este sentido, las tesis extrasistémicas sobre el activismo no sé interesan en los análisis técnico-jurídicos sobre los métodos interpretativos y argumentativos adoptados por las cortes. Tampoco como dichas decisiones afectan directa o indirectamente precedentes sobre las materias objeto de decisión. Los trabajos sobre activismo se enfocan en el impacto de las *decisiones judiciales finales vis-à-vis* decisiones procedimentales. Es decir, la decisión de un caso que se utiliza como motor de un cambio social por diseño. Con la expresión ‘por diseño’ me refiero a que el cambio social no es un producto colateral de la resolución del caso concreto sino que es el resultado de una estrategia que busca plasmar un resultado de corte ideológico del intérprete. En este sentido las decisiones finales tildadas como activistas reflejan o pueden ser reconstruidas en términos de preferencias axiológicas o extrasistémicas del intérprete.

Por último, el activismo judicial se enmarca dentro de un contexto de discreción judicial. Barack sostiene que sólo tiene sentido hablar de activismo o auto-limitación de los jueces si la discrecionalidad judicial existe.<sup>19</sup> Esto debido a que la discrecionalidad judicial permite a los jueces el ejercicio de sus preferencias axiológicas al decidir el caso concreto. Este espacio de arbitrariedad se relaciona con la ausencia de formulaciones normativas o razones de origen jurídico que

17 Alí Lozada, *op. cit.*, nota 1, 212.

18 Ver, Ricardo Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, 64 (Trotta, 2008).

19 Aharon Barak, *op. cit.*, nota 10, 264.

limiten al juez en la decisión final. Como se ha visto, el activismo judicial no es simplemente el ejercicio de poder arbitrario sino que tiene un *telos* que de una u otra forma es visto como legítimo por el decisor.<sup>20</sup> Por ejemplo, la promoción de (o equilibrio entre) ciertos valores sociales, políticos, constitucionales, religiosos, etc. En este sentido, espacios de discrecionalidad son esenciales para poder desarrollar dichos valores por medio de decisiones judiciales *so pena* de quebrantar formulaciones normativas expresas que pueden limitar o derechamente ir en contra de la promoción de dichos valores. En otras palabras, los teóricos del derecho han conectado la discrecionalidad judicial con el activismo judicial. La manera más directa de conectar ambas facetas es la siguiente: toda decisión producto del activismo judicial es discrecional.

Como veremos más adelante espacios discrecionales en el proceso adjudicativo es el punto en común que las tesis extrasistémica e intrasistémicas tienen en común.

### III. CÓDIGOS INTERPRETATIVOS

Antes de desarrollar la tesis intrasistémica quiero dedicar unas palabras a los códigos interpretativos y su relación con la cláusula de no-redundancia de los sistemas jurídicos. Este último punto será desarrollado en §4.

El código interpretativo de un sistema jurídico es el conjunto de directivas interpretativas, técnicas de argumentación, métodos de razonamiento y – a pesar de que no resuelven controversias interpretativas – meta-reglas que dirimen conflictos entre disposiciones.<sup>21</sup> Las directivas interpretativas son disposiciones de segundo orden que dirigen y constriñen la interpretación de las disposiciones de primer orden.<sup>22</sup> En líneas generales, y sin perjuicio de otros factores que puedan operar en este ámbito,<sup>23</sup> ejemplos de directrices interpretativas aceptadas generalmente por una comunidad determinada son: el uso común de la palabra, significado literal, voluntad del legislador, historia de la ley, entre otros.

Los códigos interpretativos se alinean con los valores de las culturas jurídicas occidentales tales como el principio de legalidad y el principio de justificación de poder estatal. Estos dos principios apuntan a contralar el ejercicio del poder estatal. Este objetivo se busca cumplir de distintas formas. Una de éstas

<sup>20</sup> *Ibidem*, 272.

<sup>21</sup> Torban Spaak, *Guidance and Constraint: The Action-Guiding Capacity of Theories of Legal Reasoning*, 43 (Iustus Förlag, 2007); Pierluigi Chiassoni, *Legal Interpretation Without Truth*, 29 *REVUS: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 99-113 (2016). <https://doi.org/10.4000/revus.3615>.

<sup>22</sup> Para una discusión sobre disposiciones de segundo orden ver Sebastián Reyes Molina, *op. cit.*, nota 3, 165-184.

<sup>23</sup> Sólo a modo de ejemplo y de forma general: la propia moralidad de los intérpretes, el trabajo de los estudiosos del derecho, condiciones sociales, políticas, etc.

formas es proveer razones de origen jurídico en las que los jueces puedan basar la interpretación de las disposiciones normativas. Los códigos interpretativos ofrecen un acervo de bases legales, i.e., directrices interpretativas, en los cuales la interpretación de los jueces se debe apoyar.<sup>24</sup> *A contrario sensu*, si los jueces interpretan las disposiciones normativas basándose en razones otras que las otorgadas por los códigos interpretativos entonces dicha interpretación carece de sustento jurídico. Ahora bien, los jueces no necesitan utilizar todas las directrices interpretativas que un código interpretativo ofrece, basta que se implemente una sola para otorgar base jurídica a la norma ascrita a la disposición. Un sistema jurídico que carece de códigos interpretativos se verá afectado por un déficit de razones jurídicas para apoyar las normas adscritas a las disposiciones normativas. Esto no significa que no existan razones que apoyen la norma adscrita sino que simplemente estas razones no serían de origen legal.

Los códigos interpretativos proveen razones para eliminar la arbitrariedad en la interpretación del derecho por medio de las directivas interpretativas. En este sentido proveen un conjunto de razones cuyo número es finito y vinculante para con el interprete con el fin de reducir la ambigüedad y vaguedad de los lenguajes naturales. Dado que el número de directivas interpretativas es limitado, el código interpretativo provea un conjunto limitado y restringido de razones que eliminan la arbitrariedad del proceso interpretativo. De esta forma un sistema jurídico sin códigos interpretativos se verá enfrentados *ad minimum* a discrecionalidad interpretativa y *ad maximum* a arbitrariedad en la decisión judicial.

#### IV. CLÁUSULA DE NO-REDUNDANCIA Y AUSENCIA DE META-DISPOSICIONES SINTÁCTICAS

Los teóricos del derecho han avanzado la tesis de que los sistemas jurídicos poseen ciertas propiedades denominadas *formales* o *racionales*. Estas propiedades serían, a modo de ejemplo, la prohibición de antinomias, el dogma de completitud y clausura del sistema, la interdicción de antinomias, entre otras.<sup>25</sup> Para algunos, estas son propiedades conceptuales de los sistemas jurídicos. Para otros éstas son directrices interpretativas que los jueces han de tener en cuenta cuando interpreten las disposiciones. En otras palabras, las propiedades formales son premisas de una tesis interpretativa de los sistemas jurídicos.

Llamo cláusula de no-redundancia a aquella propiedad formal que establece que los sistemas jurídicos no pueden tener disposiciones ni normas redundantes. Dos o más disposiciones/normas son redundantes cuando producen el mismo

24 Torban Spaak, *op. cit.*, nota 21, 44.

25 Ver, Alf Ross, *On Law and Justice*, 131 (The Lawbook Exchange, 1959); Carlos Eduardo Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Normative Systems*, 60 (Springer-Verlag, 1971); Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, 272-292 (Ariel Derecho, 2da. Ed., 2013).



resultado para el caso concreto.<sup>26</sup> La cláusula de no-redundancia apunta a la facilitación de la resolución de controversias al evitar la multiplicación de disposiciones que regulan un mismo comportamiento de igual manera.

Ahora bien, si un sistema jurídico *racional* contiene un código interpretativo con más de una directiva interpretativa necesariamente provee una pluralidad de normas que *ex ante* pueden ser adscritas a la disposición que se aplicará al caso concreto. *A contrario sensu*, las normas adscritas a las disposiciones necesariamente proveen diferentes soluciones *so pena* de ser redundantes y todas menos una han de ser eliminadas. En otras palabras, la pluralidad de directivas interpretativas significa pluralidad de normas que *ex ante* pueden ser adscritas a las disposiciones normativas. En este sentido, habrán tantas normas como directrices interpretativas tenga el código interpretativo contenido en el sistema jurídico.

Ahora bien, los códigos interpretativos pueden ser de dos tipos: 1) regulados y 2) no-regulados. Los códigos regulados son aquellos códigos interpretativos que cuentan con meta-disposiciones de origen legal que establecen jerarquías entre las distintas directrices interpretativas. A estas meta-disposiciones les llamo *meta-disposiciones sintácticas*. Los códigos no-regulados son aquellos que carecen de meta-disposiciones sintácticas. Vale decir, no existen relaciones de jerarquía entre directrices interpretativas. Los códigos no-regulados son los que típicamente se encontrarán en los sistemas jurídicos occidentales contemporáneos. En lo que sigue me enfocaré en los códigos interpretativos no-regulados.<sup>27</sup>

La ausencia de meta-disposiciones sintácticas supone que todas las directivas interpretativas tienen el mismo valor frente al interprete. Vale decir, no existen razones jurídicas para escoger una por sobre otra. Esto significa que cuando los jueces usan una directriz interpretativa para fundamentar la norma que adscriben a la disposición están participando en una elección *ergo* están decidiendo discrecionalmente. En otras palabras, la norma resultante de la aplicación de la directriz interpretativa presupone el ejercicio de discrecionalidad en la elección de dicha directriz. Esto no puede ser de otra manera ya que no hay razones jurídicas que obliguen al juez a escoger una directriz por sobre otra. En este sentido, los jueces necesariamente ejercen discreción al interpretar el derecho.

## V. TESIS INTRASISTÉMICA DEL ACTIVISMO JUDICIAL

En esta sección estableceré las bases para una teoría intrasistémica del activismo judicial. Por 'intrasistémica' me refiero a que decisiones calificadas de

<sup>26</sup> Alf Ross, *op. cit.*, nota 25, 132.

<sup>27</sup> Para ver un tratamiento de los códigos regulados y no-regulados ver Sebastián Reyes Molina, *op. cit.* nota 2.

activistas pueden estar basadas en razones jurídicas que enmascaran o permiten 'ocultar' el ejercicio de preferencias axiológicas. O lo que es lo mismo, la decisión 'activista' es apoyada por reglas del mismo sistema jurídico.

En este sentido los postulados de la teoría intrasistémica del activismo judicial son los siguientes:

- a. El activismo judicial puede ser explicado recurriendo a razones jurídicas, específicamente a las directrices interpretativas.
- b. El activismo judicial se enfoca en la decisión interpretativa, vale decir en la elección de la directriz interpretativa que va a fundamentar la norma que decidirá el caso concreto.
- c. El activismo judicial se ejerce dentro de un contexto de discrecionalidad.

*Prima facie* el punto c) es el único elemento en común entre las tesis extrasistémica e intrasistémica. Sin embargo, la diferencia es el alcance de la discreción. En la tesis extrasistémica, la discrecionalidad es más amplia puesto que engloba tanto a la decisión final del caso como todas aquellas otras decisiones previas que se han de adoptar en orden de implementar las preferencias axiológicas del juez. En la tesis intrasistémica, por otra parte, la discreción es limitada puesto que su alcance solo cubre la decisión sobre la directriz interpretativa que se escogerá. El resultado de las preferencias axiológicas del interprete es la decisión sobre qué directriz interpretativa se aplicará a la disposición de primer orden. Ahora bien, dado que cada directriz interpretativa necesariamente provee *ex ante* una norma distinta, la decisión sobre cuál directriz interpretativa se utilice afectará la decisión final del caso.

Frente a una pluralidad de normas y a falta de reglas jurídicas que guíen la actividad interpretativa, la jueza debe escoger la directriz interpretativa que más se acomode a *sus* criterios. Ahora bien, en la medida en que las directrices interpretativas no están reguladas por meta-disposiciones sintácticas la elección de una directriz por sobre otra es discrecional.

En este sentido, el postulado central de la tesis intrasistémica sostiene que el activismo judicial puede ser entendido como el uso de meta-reglas de origen no-jurídico en la elección de la directriz interpretativa que va a servir como base para la interpretación de disposición normativa aplicable al caso.

Estas meta-reglas reflejan las preferencias axiológicas de los jueces que servirán para basar la interpretación de las disposiciones pertinentes para la resolución de la controversia. Interpretación que, si bien es el resultado de preferencias axiológicas, es apoyada por razones de origen legal, i.e., directrices interpretativas. Así las cosas, la decisión final del caso será armónica con las preferencias axiológicas del juez pero se encontrará fundamentada no directamente en estas sino que en reglas jurídicas, i.e., directrices interpretativas.

## VI. CONCLUSIÓN

En este artículo me he propuesto presentar una explicación del activismo judicial como un fenómeno *interno* al derecho. Vale decir, dar cuenta de elementos estructurales de los sistemas jurídicos que permiten la adopción de decisiones que pueden ser clasificadas como activistas.

El elemento central es la posibilidad de ejercer discreción al momento de interpretar el derecho. Este ejercicio de discrecionalidad se traduce en la elección de una directriz interpretativa que acomode las preferencias axiológicas de los decisores. Ahora bien, esto permite que el juez activista pueda revestir su decisión con una cuota de legalidad en el sentido de que, a pesar de que la decisión es un reflejo de sus preferencias, se encuentra fundamentada en disposiciones normativas. En este sentido, la tesis intrasistémica se encuentra libre de la crítica central que afecta a las teorías extrasistémicas, i.e., el déficit de legitimidad del ejercicio del poder judicial en favor de preferencias axiológicas de los jueces.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- Aharon Barak, *The Judge in a Democracy*, (Princeton University Press, 2006).
- Alf Ross, *On Law and Justice*, (The Lawbook Exchange, 1959).
- Alí Lozada, *Activismo judicial y derechos sociales: Un enfoque postpositivista*, 41 *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 221-226 (2018). <https://doi.org/10.14198/DOXA2018.41.11>
- Álvaro Núñez, *Kelsen en la encrucijada: Ciencia jurídica e interpretación del derecho*, 2 *Ius et Praxis*, 415-442 (2014). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000200012>.
- Carlos Eduardo Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Normative Systems*, (Springer-Verlag, 1971).
- Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, (Ariel Derecho, 2da. Ed., 2013).
- Diego Javier Duquelsky Gómez, *La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial*, 41 *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 193-209 (2018). <https://doi.org/10.14198/DOXA2018.41.10>
- Jesús Vega López, *Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial*, 41 *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 123-150 (2018). <https://doi.org/10.14198/DOXA2018.41.07>.
- Pierluigi Chiassoni, *Legal Interpretation Without Truth*, 29 *REVUS: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 93-118 (2016). <https://doi.org/10.4000/revus.3615>

- Riccardo Guastini, *Introducción a Disposición vs. Norma*, 133-156 (Rafael Escudero y Susanna Pozzolo, eds., Palestra Editores, 2011).
- , *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, (Trotta, 2008).
- Richard A. Posner, *How Judges Think*, (Harvard University Press, 2008).
- , *The Meaning of Judicial Self-Restraint*, 1 *Indiana Law Journal*, 1-24 (1983).  
<https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol59/iss1/1>
- Sebastián Reyes Molina, *Judicial Discretion as the Result of Systemic Indeterminacy*, 2 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, (2020). <https://doi.org/10.1017/cjlj.2020.7>
- , *Interpretación jurídica y Legal Craft*, en, vol. 2 *L'arte della distinzione: Scritti per Riccardo Guastini*, 269-285 (Pierluigi Chiassoni et al. eds., Marcial Pons, 2019).
- , *On Legal Interpretation & Second-Order Proof Rules*, 1 *Analisi e diritto*, 165-184 (2017).
- Torban Spaak, *Guidance and Constraint: The Action-Guiding Capacity of Theories of Legal Reasoning*, (Iustus Förlag, 2007).