

ediciones **LYD**

ACTIVISMO JUDICIAL EN CHILE

¿HACIA EL GOBIERNO
DE LOS JUECES?

JOSÉ FRANCISCO GARCÍA G.
SERGIO VERDUGO R.

Libertad y Desarrollo



Santiago de Chile, agosto 2013

INTRODUCCIÓN

En el año 2011, la comerciante María Inés Ramírez desarrollaba un negocio turístico en una plaza de Pucón. Arrendaba vehículos a batería y una pista de carreras en terrenos de la Municipalidad. Esos terrenos eran facilitados por el gobierno local mediante una autorización denominada “permiso precario”. Un día, la Municipalidad decidió alterar su planificación relativa a los bienes de uso público que estaban bajo su administración, con el objeto de descongestionar las áreas verdes, de promover un paso más expedito de los peatones, desincentivar las aglomeraciones excesivas y, con ello, disminuir los escenarios propicios para la comisión de delitos y de infracciones sanitarias (atendida la carencia de servicios higiénicos)¹. De esta forma, el negocio de María Inés Ramírez se hizo incompatible con los planes de la Municipalidad y la renovación de su permiso fue denegada.

Se planteó entonces un conflicto que María Inés Ramírez decidió llevar a los tribunales. Serían los jueces, los llamados a resolver las preguntas jurídicas que emanaban del caso. ¿Fue arbitrario el acto de la Municipalidad? ¿Se afectó el legítimo ejercicio de algún derecho fundamental de María Inés Ramírez? ¿Se ajustó la medida de la Municipalidad de Pucón a las leyes aplicables?².

Se trató, como puede verse, de una controversia jurídica simple, cotidiana, y en donde, más allá del impacto en la parte afectada, no estaban en juego grandes “temas país”, proyectos de inversión, complejos problemas morales o una batería de informes en derecho presentados por grupos de interés e instituciones relacionadas. La causa probablemente no generó noticia en la prensa y es posible que sólo haya llamado la atención de algunos académicos que siguen este tipo de juicios. Era sólo un conflicto entre María Inés Ramírez y la Municipalidad de Pucón.

En este escenario, y luego de pasar por la Corte de Apelaciones de Temuco, el caso llegó a la Corte Suprema. En sentencia del año 2012³, esta Corte determinó que María Inés Ramírez no había sido perturbada en sus derechos por un acto arbitrario, ya que había razones suficientes para el mismo, y tampoco habría sido ilegal, ya que, en opinión de la Corte, se habría ajustado a las leyes respectivas⁴.

En esa sentencia, sin embargo, aparece un voto de minoría, redactado por el ministro Sergio Muñoz, que merece la atención. En ese voto, el ministro se compadeció de María Inés Ramírez y, contrariando la opinión de los otros jueces, la defendió con razones que escapan al Derecho.

Invocando una serie de elementos extraídos de la Constitución, el juez Muñoz señaló que las “personas son iguales en dignidad y derechos”; que no deben existir discriminaciones; que es deber del Estado “amparar y procurar el desarrollo de las personas”; y que del concepto de “bien común”, emana el deber de apoyar especialmente a quienes estén en “condiciones de vulnerabilidad”.

El voto disidente agrega que, si se sigue lo anterior:

“se evitarán conflictos sociales derivados que se generan por el menosprecio o insensibilidad social en las planificaciones que se adoptan, a las que atienden como consecuencia de medidas desesperadas de los afectados, por la notoriedad de las mismas y presentándose ante la comunidad como personas ecuanímes, magnánimas y condescendientes con el afligido, a quien no le dieron solución cuando se hizo presente por los causes que la legislación contempla”⁵.

Junto con esta recomendación del juez Muñoz, éste se pregunta:

“¿Cuan [sic] difícil es resolver un caso como el de autos? En que una mujer trabajadora, la señora María Inés de Pucón, que se encuentra vulnerable, solicita, requiere, implora a otra mujer trabajadora que se halla en condiciones más privilegiadas por la función que desempeña, que se preocupe de su situación, le otorgue una respuesta igual a otros ciudadanos, que le regule particularmente su actividad si es necesario, pero que entienda que de otra manera se verá afectada su

fuente de trabajo, el sustento de ella y su familia. Ese es el trasfondo humano y jurídico de la presente acción (...)⁶.

En seguida, el juez Muñoz reconoce que la legislación “no otorga siempre una solución adecuada para cada caso” y que la potestad municipal es discrecional, pero luego indica que “No es este el campo en que corresponde realizar el análisis”⁷.

A continuación, el disidente asocia la “preocupación de una madre sobre cada uno de sus hijos” con “la preocupación de una alcaldesa” sobre los habitantes de su comuna⁸. Para él, ambas preocupaciones (la de las madres y la de los alcaldes) son de una entidad equivalente. ¿Está el juez Muñoz exigiendo que los alcaldes actúen bajo el estándar de una buena madre?

Para el ministro disidente, la Municipalidad tenía otras alternativas antes que rechazar la renovación del permiso. ¿Está el juez Muñoz insinuando cuál debe ser la política municipal que debió elegirse, siendo que reconoció que la misma era discrecional? ¿La autonomía de una autoridad electa para tomar decisiones dentro de su competencia no es un valor digno de ser ponderado en este ejercicio?

Luego, el disidente da a conocer lo que en su opinión debe ser la metodología para resolver el caso. Esta parte es interesante, porque deja entrever que el sentido de justicia subjetivo del juez es esencial para resolver controversias de relevancia jurídica:

“El tema asumido por la judicatura al conocer de este recurso excede con mucho el análisis simple del juego de normas constitucionales, es mucho más complejo, es la vida misma, es la subsistencia de la señora María Inés, a favor de quien se interpone el recurso, a la cual el disidente ampara en su dignidad y en sus garantías fundamentales, en la igualdad ante la ley, en la igualdad de trato que debe darle la autoridad, en su libertad para desarrollar actividades económicas, en su tesón por el trabajo honrado, en la libertad que tiene para desempeñarlo, en su dedicación por su familia, pues considera que se le ha discriminado de la manera más brutal que una persona pueda enfrentar por parte del Estado, en este caso por la alcaldesa de la municipalidad de Pucón: se le ha ignorado”⁹.

Llama la atención que el juez Muñoz reconozca que el “tema asumido” no es el análisis de normas, sino que “la vida misma (...)”, ya que con ello delimita el origen de las reglas que, a su juicio, deben aplicarse. Aquellas que se acercan más a la moral “de la vida” que a las reglas jurídicas dictadas por cuerpos democráticos.

Independientemente de los méritos jurídicos y éticos particulares del caso de María Inés Ramírez, el voto del juez Muñoz arroja algunas preguntas: ¿Deben los jueces reemplazar las reglas jurídicas cuando estiman que estas son injustas para el caso particular? ¿Es legítimo que autoridades no electas democráticamente (los jueces) sustituyan decisiones políticas tomadas mediante procesos donde participaron cuerpos electos? ¿Son los jueces de la Corte Suprema justicieros morales llamados a aplicar sus propias convicciones personales? ¿Es ese el sentido de tener un Poder Judicial independiente? Si todos los jueces operaran con la misma lógica ¿tendría sentido la existencia de procesos políticos para la toma de decisiones? ¿En qué posición quedaría la separación de funciones del Estado, la autonomía de las Municipalidades o los poderes regulatorios de las autoridades electas popularmente o de agencias administrativas a las que el legislador democrático les asigna discrecionalidad técnica, si acciones como las del juez Muñoz se masificaran?

Una parte importante de la literatura jurídico-política, ha intentado contestar estas preguntas desde diferentes perspectivas. Una de ellas, es la que asocia este tipo de comportamientos judiciales con lo que denomina “activismo judicial”.

Para el juez activista, el principal criterio para motivar sus decisiones no es el ordenamiento jurídico en sí, sino que su compasión y su sentido individual y subjetivo de justicia, sus preferencias y convicciones políticas, morales o de política pública o regulatoria. En el ejemplo del juez Muñoz, sus argumentos no descansaron en normas jurídicas precisas, sino en una mezcla de principios abstractos (hasta vagos) y una intuición emocional que el juez intenta racionalizar. Si todos los jueces hubieran votado de esta forma, y con este tipo de argumentos, se habría generado una situación de incerteza para las Municipalidades, que probablemente habría quitado un espacio importante a las decisiones tomadas por sus principales autoridades, quedando ellas sometidas a los criterios

subjetivos de equidad del juez de turno. ¿Era ésta la solución adecuada?

El comportamiento “activista” ha sido fuertemente criticado por la literatura, aunque su definición no ha sido fácil. En ocasiones, los autores utilizan, y abusan, del apelativo de “activismo” para criticar sentencias que no comparten -trasladando el activismo desde el juez al académico-. Sin perjuicio de ello, y como explicaremos, existen ciertos acuerdos en la literatura que permiten detectar los casos más evidentes del “activismo judicial” (casos como el del juez Muñoz) y construir algunas *luces de alerta* para identificar comportamientos inadecuados.

Como muchas veces el activismo se esconde detrás de razonamientos jurídicos sofisticados, no siempre es posible identificar las conductas judiciales reprochables.

Por eso, normalmente las críticas se asocian a casos donde es evidente la existencia de activismo. Es a este tipo de casos a los que pretendemos llegar con este libro.

El propósito de este trabajo es examinar algunos casos prácticos y recientes que demuestran la existencia de una tendencia al activismo que se observa dentro de parte del Poder Judicial, junto con proponer algunas explicaciones por las cuales dicho activismo se habría generado, algunas condicionantes internas y externas, y una serie de recomendaciones para reducir las posibilidades de que en el futuro este tipo de comportamientos judiciales se lleve a cabo.

Con ello, tenemos la intención de fortalecer el rol de los jueces, colaborando con ideas que pueden ser útiles para vigorizar al Poder Judicial y robustecer su rol dentro de nuestra comunidad política. Creemos fundamental separar la paja del trigo: detrás de un juez activista hay muchos que cumplen su labor de manera silenciosa, sin agenda propia y con sujeción a la Constitución y a las leyes.

Así, esperamos entre otras cosas, que este libro sea útil para los mismos jueces, colaborando con una reflexión que, estimamos, sólo puede traer beneficios tanto para una concepción fuerte y robusta de la independencia judicial, como acerca del tipo de democracia en la que queremos vivir.

Las ideas que propondremos se organizan de la siguiente forma:

En la primera parte del libro, sobre la teoría del activismo judicial, en el capítulo 1, entregaremos algunas nociones teóricas sobre esta materia. Revisaremos la literatura extranjera y nacional al respecto; argumentaremos que es posible entregar un enfoque sobre el activismo en Chile y construiremos una lista de criterios que, a nuestro juicio, podrían conducir a detectar casos de activismo. Serán las denominadas luces de alerta que nos permitirán examinar y denunciar los casos prácticos que muestran un activismo explícito, con un criterio relativamente objetivo y esencialmente cualitativo.

En la segunda parte, dedicada a la práctica del activismo judicial en Chile, revisaremos los casos que, a nuestro juicio, dentro del Poder Judicial chileno han mostrado actitudes que pueden ser catalogadas como activistas en cinco áreas: medio ambiental (capítulo 2); tomas de establecimientos educacionales (capítulo 3); planes privados de salud (capítulo 4); garantismo penal (capítulo 5) y el que hemos denominado desacato constitucional, esto es, casos en que los tribunales superiores de justicia no han cumplido sentencias del Tribunal Constitucional debiendo hacerlo (capítulo 6).

Como se verá, no todos los casos de estudio analizados de activismo serán tan obvios como el del juez Muñoz defendiendo a María Inés Ramírez. Sin embargo, esperamos entregar suficientes razones para satisfacer una parte importante de las *luces de alerta* construidas en el capítulo teórico. Argumentaremos que la diversidad de materias donde se han presentado casos de activismo, demuestra que existe una tendencia en que parte del Poder Judicial se ha hecho cómplice de esta anomalía. Creemos que existen suficientes ejemplos de importancia como para que el activismo sea un problema relevante para nuestra sociedad en general y para el Poder Judicial en particular.

En la tercera parte, revisaremos los que, a nuestro juicio, son las condicionantes internas y externas del activismo judicial sobre la base del análisis de su estructura institucional, la cultura judicial imperante, y un entorno externo que, a nuestro juicio, no ayuda a minimizar este tipo de comportamiento judicial.

Así, en primer lugar, en el capítulo 7, identificamos un primer condicionante interno que probablemente incide en la existencia de comportamientos activistas y que, a nuestro juicio, podrían orientar el debate futuro para solucionar los problemas derivados del mismo; éste se relaciona con el sistema de nombramiento, evaluación, disciplina y el rol que cumple la Academia Judicial en la formación de los jueces.

El capítulo 8, examina un segundo condicionante interno. Se trata de la cultura judicial. Para ello, hemos analizado tres elementos que nos parecen de la mayor importancia: entregar una suerte de “radiografía” de los actuales ministros de la Corte Suprema -y también de los ministros de Cortes de Apelaciones- con el objeto de evaluar, en términos generales, quiénes lideran el Poder Judicial hoy. Ello nos llevará a analizar la enseñanza del derecho en los 60’s en las principales escuelas de derecho y, en particular, la idea tan en boga en aquellos años del derecho al servicio de las transformaciones y reformas sociales. Creemos que una aproximación similar es la que hoy están teniendo algunos jueces activistas -tal vez viudos de aquella época-, destacando, sin embargo, uno en particular: el ministro de la Corte de Apelaciones Carlos Cerda. El juez Cerda no destaca en nuestra investigación por su jurisprudencia –activista o no–, sino porque creemos puede ser considerado intelectual del activismo judicial en Chile. Examinar críticamente sus ideas acerca de la función judicial nos parece de la mayor relevancia, especialmente porque se trata de un juez, como veremos, que constituye fuente de inspiración para las nuevas generaciones de jueces, teniendo un rol importante en su formación, a la vez que ocupa hoy un rol destacado en el Instituto de Estudios Judiciales.

El capítulo 9 está orientado a analizar dos condicionantes externas. Primero, el rol que pueden jugar los medios de comunicación. Como estudio de caso, presentamos algunos hitos en la cobertura que ha dado el medio digital El Mostrador a algunas sentencias controversiales -destacando las del Ministro Sergio Muñoz, como asimismo la cobertura respecto de las nominaciones a la Corte Suprema de ciertos jueces. Segundo, revisaremos el rol que juega la crítica académica al comportamiento de los jueces.

Creemos que estas condicionantes, si bien no son determinantes del activismo judicial, pueden ayudar a entender mejor las razones por las cuales el escenario actual es relativamente propicio para que éste

se desarrolle sin mayores formas de control y con incentivos contrarios.

En la cuarta parte del libro, nos abocamos a delinear propuestas que conduzcan a minimizar el activismo judicial en Chile. En efecto, daremos a conocer algunas metodologías judiciales que podrían ser exigidas y seguidas por los jueces para disminuir las posibilidades de activismo (capítulo 10). Sostendremos que el activismo se multiplica cuando no existen formas claras de trabajo por parte de los jueces. Cuando se exigen metodologías concretas de argumentación, interpretación y aplicación de las reglas jurídicas pre-existentes, probablemente aumentan las posibilidades de que los jueces sean más respetuosos del Derecho y obedezcan menos a sus opiniones personales. Por ello, defenderemos la idea de que los jueces deben avanzar en la construcción de metodologías concretas para aproximarse a los casos que se les presentan. No pretendemos proponer el método correcto, sino sólo dar a conocer algunos que podrían ser útiles para este propósito. Al demostrar que ellos existen, y que han tenido aplicación en Chile o en otros países, creemos que se acredita el punto de que los jueces disponen de suficientes herramientas para eludir caer en caminos activistas.

A continuación, en el capítulo 11, propondremos algunas recomendaciones que, creemos, podrían ser útiles para minimizar o inhibir el activismo judicial. De esta forma, queremos dejar planteadas algunas ideas que debieran, a nuestro juicio, formar parte un necesario debate futuro relativo a las políticas públicas judiciales en materia de nombramiento, evaluación, disciplina y formación de jueces. No creemos haber agotado todas las recetas disponibles; nuestro objetivo es sólo proponer algunas para dar comienzo a un debate necesario.

Finalmente, en las conclusiones, sintetizaremos nuestros principales hallazgos y resumiremos la orientación que, creemos, debiera seguir el debate sobre el comportamiento judicial en nuestro sistema democrático.



PRIMERA PARTE
ACTIVISMO JUDICIAL. LA TEORÍA

Libertad y Desarrollo

CAPÍTULO 1

ACTIVISMO JUDICIAL. LA TEORÍA

A través del lenguaje del “activismo”, el debate público suele reaccionar de manera crítica frente a sentencias que parecen no someterse lo suficiente a la Constitución y a las normas jurídicas dictadas por las autoridades electas democráticamente y, en algunos casos, contrariando derechamente su voluntad. De esta manera, se suele acusar de activista a aquellos jueces que no siguen las pautas normativas que han sido acordadas por una comunidad política en su Constitución o que han entregado los representantes populares, que son quienes gozan de la legitimidad para dictar las reglas que regirán a la sociedad. La crítica contra los jueces activistas tiene, entonces, una dimensión democrática y acusa un desconocimiento en la asignación de roles dentro del sistema político.

Esta crítica puede invocarse, como se verá, para casos de diversa naturaleza. Entre ellos, existen situaciones de excesivo garantismo en materia penal, falta de deferencia en materia de regulaciones ambientales y energéticas, defensa de intereses de grupos de interés específicos o en materias poco mediáticas como el caso de la Municipalidad de Pucón, que relatamos en la introducción. A veces, estas decisiones judiciales se traducen en dejar de utilizar reglas jurídicas específicas, en la aplicación de alguna moral extrajurídica asociada a la adjudicación de derechos para grupos de interés particular, y otras veces en la declaración de ilegitimidad de las mismas, como ocurre en algunos casos de control de constitucionalidad de las leyes o en la revisión judicial de decretos del Poder Ejecutivo, o en cualquier otra hipótesis donde, existiendo una respuesta jurídica clara, el juez se aparta de ella para seguir lo que cree personalmente correcto.

Como puede observarse fácilmente, la definición de activismo judicial dependerá del concepto que se tenga de democracia, del rol de los jueces

dentro del sistema político, y de teorías jurídicas acerca de la interpretación normativa y la función jurisdiccional. No es nuestro propósito resumir o zanjar este debate -el que por lo demás ha dividido a la academia desde hace muchos años, y en el que constitucionalistas y filósofos del derecho en particular han realizado grandes aportes-. En todo caso, no puede perderse de vista que este tipo de discusiones deben ser examinadas bajo nuestra tradición política-jurídica actual.

El objetivo de este capítulo es explicar brevemente las bases teóricas en que se sustenta la literatura sobre el denominado "activismo judicial". El análisis que realizaremos será útil para el examen crítico de los casos que se plantean en la segunda parte de este libro.

Este capítulo se divide en 6 secciones. En la primera (1.1), explicaremos brevemente algunos supuestos previos que metodológicamente se hace necesario aceptar si se quiere discutir sobre activismo y seguir el argumento central de este libro. En seguida (1.2), analizaremos el origen del término "activismo judicial" y revisaremos cómo la discusión sobre el mismo se está llevando a cabo en diversos países y también en Chile. Asimismo, en esta sección daremos algunos ejemplos para mostrar la diversidad de materias en que éste debate ha tenido lugar. Luego, examinaremos algunos conceptos que se han dado sobre el mismo, buscando establecer un grado de unidad terminológica. En tercer lugar (1.3), examinaremos críticamente las formas en que el activismo ha sido defendido. En cuarto lugar (1.4), resumiremos las principales críticas contra el activismo judicial, y evaluaremos rápidamente su alcance. Distinguiremos una crítica democrática asociada a la función judicial, una crítica económica de incapacidad técnica, y una crítica relativa a la (in)eficacia probable de la sentencia dictada por un juez activista. A continuación (1.5), analizaremos una tercera posición en esta materia: la negación del activismo judicial. Finalmente (1.6), a modo de conclusión, explicaremos la manera en que casos judiciales de activismo pueden ser detectados, determinando las variables cualitativas que es necesario considerar. En esta parte, haremos un listado con las denominadas *luces de alerta* que pueden ayudarnos a identificar los casos más evidentes de jueces y decisiones activistas.

1.1 Supuestos previos para estudiar el activismo judicial

Atendido que existen muchas discusiones sobre el rol de los jueces en una democracia, sobre teorías de interpretación judicial y sobre teorías del Derecho en general, cualquier estudio sobre comportamiento judicial que quiera profundizar en aspectos prácticos, requiere de la utilización de ciertos supuestos previos que se hagan cargo de estos debates. Dichos supuestos pueden estar implícitos en los trabajos académicos, ya que ellos (como el nuestro) no tienen como objetivo tratar con profundidad estos problemas previos; pero nosotros decidimos explicitarlos. Metodológicamente, nos parece valioso que el lector conozca estas ideas, y que de alguna manera condicionan la perspectiva con la que se observa (y critica) el comportamiento de los jueces.

El primer supuesto, consiste en asumir que la función de los jueces es la de aplicar la Constitución y las normas dictadas por las autoridades democráticamente electas y que es posible conocer con relativa certeza el contenido de dichas normas. A veces dicho contenido será relativo y no entregará respuestas objetivas muy claras. En esos casos, los jueces deben esforzarse por encontrar la respuesta adecuada y evitar resolver el problema mediante sentencias que provoquen alteraciones importantes en el sistema jurídico-político.

En segundo lugar, suponemos que existe un esquema de separación de funciones estatales respetuoso de la independencia judicial, que exige que los jueces sean también respetuosos de la voluntad democrática. Por ello, una decisión contraria a la adoptada por los tomadores de decisiones debe ser excepcional y altamente justificada.

Un tercer supuesto, consiste en que la legitimidad de las sentencias judiciales se encuentra en su fundamentación expresada, y que dicha fundamentación no puede entregar respuestas contradictorias con las formuladas por la Constitución o los representantes del pueblo mediante el Derecho vigente.

Creemos que es importante aceptar estos supuestos, presentes en nuestra tradición jurídica y política, para efectos de poder generar un debate en torno al activismo judicial. La aceptación de los mismos no es suficiente, desde luego, para creer que es posible que existan jueces activistas, pero es necesaria para

consentir en un escenario de debate sobre con acusaciones de activismo.

1.2 Origen del activismo y acuerdo terminológico sobre el concepto

La expresión "activismo judicial" aparece por primera vez en los EE.UU., y ha formado parte importante de la discusión política-jurídica norteamericana, sin perjuicio de que la terminología ha sido utilizada de manera general en muchas otras tradiciones jurídicas.

Desde una perspectiva histórica, el concepto fue introducido por el destacado académico Arthur Schlesinger Jr. en uno de los números de la Revista *Fortune* de 1947¹. A partir de entonces, es frecuente encontrar alusiones al "activismo" en la literatura, pese a que con anterioridad encontramos antecedentes históricos similares bajo otras nomenclaturas².

Tal vez quienes han estudiado el problema del activismo con mayor perspectiva científica son los profesores norteamericanos Cross y Lindquist, quienes señalan que el ataque contra el activismo judicial en Estados Unidos (en particular contra algunos ministros de la Corte Suprema) cobró fuerza durante la era de la denominada "Corte Warren"³, la que destacó "por sus numerosas y controversiales sentencias"⁴. Como sintetizan los autores, un juez activista era aquél que creía que la Corte Suprema podía jugar un rol positivo promoviendo reformas sociales de tipo progresista⁵.

Generalmente, eran los conservadores quienes se oponían al activismo judicial durante esta etapa, atendido que la Corte Warren tuvo una agenda progresista⁶. Como parece lógico, a medida que los conservadores fueron ganando más espacios dentro de la Corte Suprema, los progresistas pasaron a liderar la batalla contra el activismo judicial⁷. Ello demuestra que el activismo puede ser, antes que nada, una lucha política y moral (y no sólo jurídica)⁸. Hoy es común encontrar en la literatura afirmaciones en que se concuerda que el activismo puede ser progresista o conservador⁹, pese a la existencia de esfuerzos por diferenciar ambos casos¹⁰ y a visiones particulares que detectan casos de activismo bajo otras doctrinas como el estatismo y el libertarianismo¹¹. Lo anterior ha llevado a académicos vinculados a alguna de estas doctrinas a discutir entre ellos cuál es la mejor manera de enfrentar el problema y cuál debe ser el rol de los jueces¹².

Parte de la literatura norteamericana asocia el activismo judicial al control judicial de las leyes, asumiéndose que este es el escenario más probable de activismo¹³. Esto es normal en EE.UU., atendido a que en dicho país todos los jueces pueden, por sí solos, controlar las decisiones políticas de órganos representativos. Ello ha hecho que cierta literatura “mida” el activismo utilizando los casos en que los jueces han invalidado legislaciones¹⁴, cuestión que también ha ocurrido para estudios de tribunales de otras partes del mundo, como en tribunales europeos¹⁵, en Canadá¹⁶, e incluso (y con ciertos matices) en Chile¹⁷.

Sin embargo, y como explicaremos, el concepto de activismo judicial es mucho más amplio¹⁸. En efecto, en muchos países se ha debatido utilizando el lenguaje del activismo para las más diversas materias e instituciones judiciales. Algunos ejemplos vienen de Europa del Este¹⁹ y de Cortes Constitucionales diversas²⁰, además de existir abundante literatura en materia de tribunales internacionales²¹ y de tribunales ordinarios²².

Como puede verse, si en algún momento algún autor sostuvo que el activismo era una discusión propiamente norteamericana y asociada al control judicial de las leyes, esa afirmación se encuentra totalmente superada²³. Incluso, hoy es posible encontrar literatura que afirma que es más posible encontrar activismo judicial fuera de los tribunales norteamericanos, en tradiciones más cercanas a la europea-continental²⁴.

En Chile la discusión sobre el activismo ha llegado para quedarse. No sólo se han planteado críticas utilizando el lenguaje del activismo, sino que también algunos trabajos han intentado dar explicaciones y realizar distinciones académicas sobre el mismo. Aunque no son muchos trabajos, por ser una literatura relativamente reciente, cabe citar los ejemplos de Miriam Henríquez, Javier Couso, Francisco Zúñiga y Patricio Zapata²⁵, como también un artículo de nuestra autoría²⁶. Por otra parte, también han existido debates en los medios de comunicación²⁷.

Ya explicado el contexto y el origen del concepto de “activismo judicial”, pasemos a revisar lo que la literatura, en general, entiende por éste; independientemente de las críticas conceptuales que revisaremos más adelante. Como veremos, existe una multiplicidad de definiciones que, sin perjuicio de su diversidad y aplicación, contienen rasgos comunes

que, a nuestro juicio, permiten extraer algunos elementos unitarios.

Los autores que se han referido a esta cuestión, pueden ser clasificados en diferentes grupos. En primer lugar, algunos asumen que el término es propio del debate popular extrajurídico y que requiere de respuestas desde la academia legal²⁸. En este contexto, Green sostiene que la mejor manera de entender el activismo judicial es identificar los casos en que los jueces han violado estándares culturales sobre la función judicial²⁹. Esta realidad cultural, en EE.UU. se sostiene en una tradición de fuerte discreción judicial, cuestión que no ocurre en Chile, un país mucho más formalista, cuya educación legal se sostiene en los códigos y la interpretación literal. Si Green intentara definir el activismo judicial para el Poder Judicial chileno, probablemente lo asociaría con la falta de aplicación de elementos de nuestra propia tradición jurídica, como la falta de apego a las palabras de las leyes, la existencia de silogismos que no se siguen de manera lógica o que quiebran el principio de no contradicción y la manifestación de opiniones políticas y morales en las sentencias³⁰. Todos estos elementos son ajenos, en general, a nuestra cultura judicial, la que suele ser formalista en la manera en que presenta sus sentencias. El ejemplo de la Municipalidad de Pucón mostró al juez Muñoz quebrando estos estándares de cultura judicial señalados.

Otro grupo de autores indica que existe activismo cuando un juez "no permite elecciones de política a otros funcionarios gubernamentales... no prohibidas claramente por la Constitución"³¹, o cuando las cortes alteran significativamente las preferencias de las mayorías parlamentarias o las concepciones del constituyente³². Para este grupo de autores, el activismo se suele oponer al *judicial-restraint*, y el juez actúa discrecional y libremente, sin mayores ataduras a su potestad, con el fin de "hacer justicia" (*do justice*)³³. La diferencia entre activismo y *judicial-restraint*, no es que uno legisle y el otro interprete, ya que ambos consideran un grado de Derecho y un grado de política. La diferencia entonces, es más una cuestión de grado (*degree*) que de tipo (*kind*)³⁴. Los actores representativos (como el Alcalde en el caso de la Municipalidad de Pucón) hacen más política que Derecho, y los jueces deberían hacer más Derecho que política.

Una parte de la literatura ha asociado el activismo con cuestiones relativas a la interpretación de la Constitución, atendido probablemente a que esta

es la norma que entrega la mayor cantidad de principios y valores generales que incrementan el campo de acción en que los jueces pueden trabajar. En este sentido, se ha dicho que el activismo supone un “conflicto entre tribunales y poderes políticos en cuestiones de política constitucional”³⁵. También, cuando un juez no permite que la democracia prime en casos donde la “aplicación de la Constitución o de la ley es tan clara que posee las cualidades tradicionales del *Derecho* en vez de la filosofía moral o política. Esto significa implementar los actos del Congreso y las decisiones del Ejecutivo en vez de derrotarlas”³⁶. Si intentáramos usar esta versión del activismo judicial en Chile, probablemente nos acercaríamos al análisis de recursos de protección (como ocurrió en el caso de la Municipalidad de Pucón, y como examinaremos -en la parte 2- en lo relativo a los casos sobre protección de la salud y de regulación del medio ambiente) y, también, a casos donde el Tribunal Constitucional (“TC”) ha controlado la constitucionalidad de la ley o de decretos supremos (esta parte no será objeto de análisis en este libro).

Por otro lado, una autora que ha escrito entre nosotros, ha hecho una interesante distinción entre judicialización y activismo, términos que suelen confundirse y cuya diferenciación puede ayudarnos a entender mejor lo que entendemos por activismo judicial. Para la judicialización, los tribunales adquieren mayor protagonismo³⁷. El activismo, en cambio, se vincula con la actuación de los tribunales, siendo identificado con una “postura proactiva del juzgador”³⁸.

En realidad, todas las definiciones anteriores tienen razón en sus respectivos ámbitos de aplicación³⁹. En este libro, más que precisar una definición de activismo judicial, utilizaremos un conjunto de variables prácticas que, tomadas de la literatura especializada, nos ayudarán en su identificación. Denominaremos a estas variables las *luces de alerta*, y las tratamos en la sección final de este capítulo.

1.3 La defensa del activismo judicial

Existen diversas maneras de defender el activismo judicial. Una de ellas es directa, mediante la cual se entregan razones que justifican este comportamiento. En este caso, el activismo es aceptado, defendido y promovido por algunos autores. Otra forma de activismo es indirecta, por la cual se

niega la existencia del mismo y, en consecuencia, se validan los comportamientos judiciales que han sido reprochados de activistas.

Dentro de la defensa directa del activismo judicial, distinguimos otros subtipos de defensa. En primer lugar, un activismo asociado a una agenda de reforma social, a veces basado en derechos fundamentales o en principios como la igualdad; y, en segundo lugar, la defensa puede descansar en razones orgánicas o relacionadas con la estructura política-constitucional del sistema. Veamos cada una por separado.

1.3.1 Primera defensa

Activismo para proteger derechos y lograr reformas sociales

Para este tipo de defensa del activismo, en general, los argumentos descansan en la protección de minorías que se estiman postergadas, a veces en nombre de la igualdad⁴⁰. Así, por ejemplo, se ha dicho que los jueces deben “abrir la puerta de la justicia a los pobres”⁴¹, o se ha sostenido que el activismo es útil para alcanzar la “justicia social”⁴².

Este tipo de argumentos son frecuentes en la literatura constitucional latinoamericana, destacando Roberto Gargarella, quien ha sostenido que el derecho acostumbra a hacer lo que no debe: “maltrata a quienes debe cuidar, persigue a quienes debe proteger, ignora a quienes debe mayor atención, y sirve a quienes debe controlar”⁴³.

Así, analizando jurisprudencia en materia de protesta social en Argentina -casos de toma o cortes de camino- sostuvo que la primera función de los jueces “es la de proteger a las minorías, y especialmente a las minorías que critican a la autoridad pública, y más todavía a aquellas que lo hacen a partir de una situación de serias dificultades expresivas (...)”⁴⁴; y que éstos -los jueces- “en lugar de orientarse a satisfacer las demandas básicas de los grupos más desaventajados, decidieron dificultar la expresión de tales demandas. Actuando de ese modo, dichos magistrados se mostraron más preocupados por preservar la ‘paz social’ que la vitalidad del sistema democrático”⁴⁵.

Para el autor, el activismo judicial encuentra uno de sus fundamentos

en una idea deliberativa de democracia. En este sentido, los jueces “se encuentran, en términos institucionales, en una excelente posición para favorecer la deliberación democrática. En efecto, el Poder Judicial es la institución que recibe las quejas de quienes son, o sienten que han sido, tratados indebidamente en el proceso político de toma de decisiones”⁴⁶.

En todo caso, no deja de ser interesante que para el autor no sea razonable esperar que los jueces trabajen en pos de una mejora en el status de grupos minoritarios:

“Decir esto no implica afirmar que no es posible encontrarse con jueces comprometidos con dicha tarea, o –menos aún– que no sería deseable que lo hicieran. Lo que ocurre es, más bien, que no contamos con una estructura institucional que favorezca el logro de dicho resultado, por lo que, de modo habitual, quienes avalamos aquel activismo sólo descansamos en la suerte o la buena voluntad de los jueces”⁴⁷.

Es interesante examinar el impacto que este tipo de doctrinas presenta en materia de derechos sociales, los que se conectan con los casos de protesta analizados por Gargarella⁴⁸. Así también, llama la atención la forma en que el autor conecta los problemas judiciales con los sesgos que se producen por el sistema de designación de jueces⁴⁹. Todos estos problemas son analizados bajo una perspectiva de análisis asociada a lo que los jueces *deberían hacer en lo posible* y no respecto de lo que el Derecho les ordena hacer. Por eso, esta visión aparece comprometida fuertemente con doctrinas de reforma social y de protección de las ideas que, se estima, son *justas o buenas*.

En Chile también han existido autores de una línea similar a la de Gargarella, y que reconocen su influencia. Un buen ejemplo se encuentra en el trabajo de Domingo Lovera, quién critica el que se haya “desplazado” al “pueblo chileno” de la “definición constitucional”, lo que habría generado muchos “excluidos” de la política constitucional chilena⁵⁰, lo que lleva a proponer un nuevo rol para los jueces, que vale la pena detenerse a leer:

“... las cortes pueden desempeñar algún papel. No por el hecho de ser cortes. Sino porque podemos utilizarlas como mecanismos

a disposición de la gente; de los excluidos. Mecanismos por medio de los cuales se podrá llamar la atención de la clase política acerca de lo que (erróneamente) hacen. O cómo [sic] ocurre en el caso de los derechos sociales, como mecanismos para llamar la atención por lo que no hacen en absoluto. Para insistir con la idea con la que comencé este trabajo: no confiamos en las cortes en tanto cortes, sino en tanto son instrumentos capaces de causar un impacto en el sistema político que se irá perfeccionando hasta que podamos exigir que las cortes salgan de escena. De hecho el mismo trabajo de las cortes en este sentido debiera ser la semilla de su propia desaparición –en tanto cortes ‘juricéntricas’. Para que ello ocurra... el sistema político debe ser capaz de ‘sentir’ ese golpe. De acusar recibo. Debe ser capaz de entender que ‘algo no está funcionando’ y debe ser mejorado”⁵¹.

Como puede observarse, Lovera le pide a las cortes que cumplan un rol que se encuentra fuera de su función. Y lo hace de manera consciente porque estima que existen razones políticas urgentes que así lo ameritan. Este tipo de posiciones, que de manera directa convocan a los jueces a convertirse en activistas de causas que se estiman importantes, son la mejor confesión de que es posible que exista activismo por parte de ellos. Con ello no sólo se demuestra que las posiciones que niegan el activismo adolecen de falencias que pueden ser incompatibles con la realidad, sino que además manifiesta que existe un espacio para que el activismo pueda operar en la judicatura chilena.

Este grupo de argumentos suelen estar muy cargados retóricamente, no quedando claro cuáles son los verdaderos alcances que esos principios les entregan a los jueces en su poder jurisdiccional. Por ello, normalmente este tipo de razones simpatizan con una visión expansiva del Poder Judicial, incluso intrusivas de los otros poderes del Estado. Muchas veces estos autores están conscientes de que su propuesta implica un costo democrático importante, y otras veces lo entienden como parte importante de la democracia. Lo último supone un concepto de democracia diferente de la tradicional. No se tratará de una democracia basada en la regla de mayoría y la separación de funciones estatales, sino en un sistema político donde la participación y los resultados se logran sobre la base de un discurso jurídico con una entonación fuerte en los derechos

fundamentales y la justicia. El fantasma del gobierno de los jueces suele aparecerse frente a ellos.

1.3.2 Segunda defensa.

El activismo como corrección orgánica y política-constitucional

Existe un segundo grupo de razones que persiguen proteger el activismo judicial, y que a nuestro juicio requieren de mayor atención. Estas razones no se basan tanto en los derechos fundamentales, sino en cuestiones orgánicas del sistema político y de fuentes del Derecho. Así, se ha dicho que el activismo es útil para proteger la “estructura de la Constitución”⁵² o para corregir malas sentencias pasadas y frenar el poder excedido del Congreso⁵³.

Aunque es dudoso que estos comportamientos judiciales puedan siempre ser calificados de “activismo” (ello dependerá de un análisis casuístico), es importante precisar que muchas veces ellos tienen más que ver con la independencia del Poder Judicial y la aplicación del Derecho que con la invasión indebida de funciones no judiciales. Si las respuestas jurídicas preestablecidas son claras, y los jueces responden a ellas, entonces las posibilidades de activismo se reducen notoriamente. En cualquier caso, es probable que sea más fácil encontrar casos de activismo judicial bajo la retórica de los derechos y de los principios que de reglas orgánicas dadas por el constituyente. Lo anterior se debe a que los derechos y los principios normalmente dejan espacios de discrecionalidad que las reglas orgánicas no suelen abrir. Nada obsta, sin embargo, a que puedan existir excepciones.

Los argumentos de defensa del activismo, en general, podrían fortalecerse si se construye alguna teoría que explique que el poder político puede defenderse de las cortes, por ejemplo, mediante una reforma constitucional o mediante el control político de la judicatura⁵⁴. Este grupo de razones, sin embargo, no es suficiente para explicar la legitimidad del activismo judicial. Ellas son, más bien, una manera de atenuar los efectos del activismo que de legitimarlo. Si bien muchas recetas institucionales pueden resultar valiosas (de hecho, en los capítulos 10 y 11 nosotros proponemos algunas), ellas no son suficientes desde una perspectiva puramente democrática. No obstante lo anterior, si se estima que el activismo judicial es, en mayor

o menor medida, inevitable en ciertas circunstancias, entonces la existencia de ese tipo de recetas puede resultar saludable en el sistema. Incluso, pueden ser útiles para desincentivar los casos de activismo. El problema es que ellas, en general, plantean el dilema de equilibrar una regla fuerte de independencia judicial con un control adecuado de la labor de los jueces. Volveremos sobre estas ideas más adelante.

1.4 Las críticas contra el activismo judicial

En la literatura, los críticos del activismo judicial son más comunes que sus defensores. Normalmente, y como ya lo señalamos, el término “activismo” se utiliza para atacar una sentencia, un juez o un grupo de jueces, y no para defender los resultados de dicha sentencia⁵⁵. Previo a desarrollar las críticas, es importante señalar que el activismo judicial no sólo ha generado contra-argumentos, sino que también reacciones doctrinarias que intentan corregirlo o minimizarlo.

Probablemente el ejemplo más importante es la elaboración académica del *judicial restraint*, que se le suele atribuir a James Thayer, mediante la cual los jueces debían auto-contenerse de tomar decisiones con impactos políticos muy fuertes y ser respetuosos de las decisiones democráticas⁵⁶. Hoy se sigue calificando de *thayerianos* a quienes defienden visiones parecidas acerca de la función judicial⁵⁷, las que se suelen invocar en oposición al activismo, y se las presenta como una alternativa que los jueces deberían seguir. Como veremos, en Chile, varios autores han planteado la necesidad de que los jueces sigan alguna de estas teorías de deferencia o auto-restricción para tratar diversas materias. Como ejemplo de ello, en algunos casos lo han vinculado con el problema de los derechos sociales en las causas de las Isapres⁵⁸, y otros lo han desarrollado en relación con las potestades de control del TC⁵⁹. De a poco, la crítica de la academia chilena se ha ido dirigiendo en contra de algunas sentencias de la Corte Suprema y de Cortes de Apelaciones⁶⁰. Como puede observarse, las áreas en que la discusión puede generarse son amplias, y se asocian a cualquier tipo de tribunal, aunque probablemente hay materias más sensibles al respecto, como ocurre en lo relativo a los derechos sociales, donde es normal encontrar casos interesantes de activismo en el Derecho Comparado. Un ejemplo cercano es el de Argentina⁶¹.

Lo interesante de este tipo de reacciones que apuntan a disminuir el impacto del activismo judicial, es que ellas trabajan bajo un supuesto crítico implícito contra el activismo, el que puede fundamentarse en alguna (o varias) de las críticas que a continuación desarrollamos. Sobre estas, lo primero que debe advertirse que es responden a naturalezas diversas. Simplificando el tipo de crítica que el activismo ha recibido, las resumiremos en tres grupos. Primero, distinguiremos una crítica democrática asociada a la función judicial; luego, una crítica económica o de incapacidad técnica; y, finalmente, una crítica relativa a la (in)eficacia probable de la sentencia dictada por un juez activista.

1.4.1 Crítica democrática contra el activismo judicial

Por un lado existe una crítica asociada a la función de los jueces. Se suele argumentar que el activismo desconoce su verdadera función, propiamente judicial⁶². Así, se identifican dos problemas de legitimidad: la democrática (no respetar lo que deciden los órganos electos por actos de jueces no electos) y la “contra-constitucional”, con sentencias contrarias a la Constitución⁶³. Así, la naturaleza de la función judicial se vincula directamente con la manera en que vemos la democracia y el constitucionalismo⁶⁴.

La crítica democrática se relaciona con que el activismo judicial tiene un déficit popular, no sólo porque carece de legitimidad electoral⁶⁵, sino porque proviene de elites morales y políticas que influyen y capturan la judicatura. Normalmente, quienes son exitosos en los procesos judiciales no son precisamente los más necesitados, sino aquellos con suficiente influencia.

Un buen ejemplo de ello, entre nosotros, es lo que ha ocurrido con los casos de las Isapres, donde las cortes acogen de manera casi automática (y normalmente sin razonar sobre necesarias bases casuísticas) los recursos de protección en contra de las alzas unilaterales de los precios de los planes de salud (profundizaremos estas ideas en el capítulo 4). Los beneficiados por esta jurisprudencia no son precisamente las personas afiliadas al Fondo Nacional de Salud (FONASA), sino aquellos que, estando afiliados a Isapres, tienen información suficiente como para saber de la posibilidad de reclamar, conocer el camino jurídico disponible y poder contactar a un abogado especialista.

La crítica de la elite que se beneficia por el activismo conduce a un argumento que dice que quienes no son capaces de ganar una elección (o de vencer en la deliberación legislativa), buscan convencer a un grupo de jueces para obtener la satisfacción de sus demandas⁶⁶. El activismo les entregaría una posibilidad menos costosa que el lobby parlamentario para satisfacer sus demandas⁶⁷. Desde luego, esto daría pie a la acusación de que el gobierno de una minoría a la que le molestan los resultados electorales es la que en definitiva resuelve los problemas sociales⁶⁸. Si a ello se agregan las teorías que dicen que los tribunales tienen la palabra final (presentes entre nosotros), el problema se agrava⁶⁹.

A mayor abundamiento, esta minoría, representada mediante jueces, tiende a exagerar su propia sabiduría en comparación con los otros, lo que Graglia denomina "la enfermedad ocupacional de los jueces que sirven de por vida" (*the occupational disease of life-tenured federal judges*)⁷⁰. Se corre el riesgo, entonces, de que los jueces se perciban a sí mismos como defensores de sus subjetivos conceptos de justicia y no de la voluntad democrática mayoritaria. El paternalismo implícito en esta idea es evidente.

Cabe hacer presente que la crítica expuesta en el párrafo anterior es esencialmente relativa, ya que podrían existir ejemplos contrarios donde los beneficiados por el activismo son, realmente, mayorías. Sin embargo, creemos que esas mayorías deberían expresarse a través de las elecciones, para que sean sus representantes electos los que en definitiva tomen la decisión, y no un grupo de jueces con bajos niveles de rendición de cuentas y una relativa baja predictibilidad de sus decisiones. En cualquier caso, la crítica de la "elitización" siempre estará presente en la conducta judicial, en tanto se sustenta en jueces (y no en personas representativas), y a veces en los contenidos sustantivos de sus decisiones judiciales (en tanto no dirigidas a la mayoría).

Con la crítica democrática, el activismo le quita *accountability* a las instituciones representativas, haciéndolas menos responsables de solucionar los problemas que, se dice, se quiere solucionar. El crítico del activismo judicial también puede estar a favor de derrotar la pobreza y de incluir a las minorías, pero elige un camino representativo para ello. Un camino que, en definitiva, es más compatible con un ideal republicano de democracia representativa. Probablemente autores como Lovera responderán

(como efectivamente lo han hecho) que estos argumentos son falsos en un contexto de debilidad de las instituciones democráticas⁷¹. Si el Congreso no es representativo, entonces no da garantías de proteger a las minorías excluidas. Independiente de que este tipo de argumentos sean o no válidos (lo que es muy discutible), es importante precisar que de ellos no se sigue que sean los jueces los que se encuentran en una mejor posición para satisfacer las demandas que se estiman insatisfechas.

En efecto, si se estima que el Congreso tiene un déficit democrático (cuestión, repetimos, altamente discutible), entonces no puede asumirse que ese déficit lo deben sanear los jueces (¿de dónde emana este mandato?), o que ellos tienen la capacidad (son abogados con carrera judicial profesional) o la legitimidad para hacerlo (no han sido electos). De hecho, hay más razones para pensar que los jueces son menos democráticos que los representantes electos, desde el momento que ellos pertenecen a una elite compuesta por profesionales abogados de un cierto nivel social que fueron designados en sus cargos luego de una carrera a la que difícilmente pueden tener acceso las minorías que se dice defender. En este contexto, si la preocupación es la manera en que los representantes electos no dan respuestas políticas a las demandas de la población, sería conveniente discutir algunas reformas que fortalezcan los canales electorales y legislativos, y no debilitarlos haciéndolos menos responsables de decisiones que se les privan y se les entregan a otros con menos legitimidad (los jueces). Por lo anterior, la receta que los defensores del activismo judicial proponen, puede terminar acentuando los problemas que ellos mismos diagnostican.

Por otro lado, existe una perspectiva de análisis bastante interesante, desarrollada por Sunstein, quien prefiere hablar de "maximalismo" para referirse a los casos de jueces que expanden sus facultades por sobre los otros poderes del Estado. En términos similares a los expuestos dentro de esta sección, Sunstein argumenta que el "maximalismo" no mejora la deliberación colectiva ni el *accountability* de las instituciones, sino todo lo contrario. Para este autor, el maximalismo que promueve ideales democráticos es un proyecto fácilmente imaginable. Pero los jueces saben que pueden equivocarse y por esta razón son generalmente cautelosos de no entregar la última palabra en procesos políticos en curso⁷². Lo anterior se debe a que, y aunque estuvieren en lo correcto, decisiones judiciales amplias, tempranas y hasta apresuradas en relación a los tiempos políticos,

pueden tener efectos sistémicos desafortunados⁷³. Volveremos sobre estas ideas en el capítulo 10, sección 3.

1.4.2 Crítica económica o de incapacidad técnica contra el activismo judicial

Esta crítica sostiene que las formas de activismo judicial que invaden órbitas legislativas o ejecutivas pueden resultar en costos sociales importantes cuando las cortes invaden competencias técnicas o cuando buscan obtener una percepción de la distribución de preferencias en la sociedad⁷⁴. El proceso judicial de toma de decisiones no es eficiente en esta tarea, ya que no ha sido diseñado para ello⁷⁵. Los déficits procesales harían difícil obtener decisiones que aseguren una observancia técnica suficiente, participativa y que se haga cargo de las externalidades que las decisiones producen.

Tal vez una de las áreas donde mayor desarrollo ha habido sobre estas discusiones en EE.UU., la introdujo el caso *Chevron*, donde se plantea el problema de la deferencia que deben tener los jueces con las definiciones técnicas de la autoridad administrativa especialista⁷⁶. En el capítulo 2 y en el capítulo 10, sección 2, veremos que esta discusión no es del todo ajena a nosotros.

En nuestro país esta crítica ha sido central en los cuestionamientos que han realizado diversos expertos al fallo *Castilla* (que examinaremos en el capítulo 2). Se trata de una crítica que se ha extendido a otras sentencias ambientales de la Corte Suprema–, en la medida en que, habiendo el legislador entregado las decisiones técnicas de evaluación de proyectos con impacto ambiental a la autoridad sectorial –con una legislación reforzada de manera reciente–, se espera que la revisión judicial de las cortes opere bajo el estándar de *deferencia experto*⁷⁷.

Asimismo, esta crítica es posible de encontrar en el debate sobre la exigibilidad judicial de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). El problema que se produce es precisamente que cortes, sea en casos de salud o educación, buscando avanzar ciertos ideales de justicia o reforma social, toman decisiones que tienen gran impacto desde la perspectiva de la regulación sectorial o de políticas públicas, decisiones que no han

sido evaluadas bajo los estrictos criterios técnicos que suelen acompañar los diseños regulatorios o de política pública⁷⁸.

En efecto, y como sostiene Sunstein, decisiones activistas pueden producir consecuencias adversas no intencionadas ni previstas (tema que es por lo demás recurrente en la obra de Sunstein⁷⁹), lo que agravaría el daño provocado por sus sentencias⁸⁰. Los costos del activismo judicial pueden crecer sin que sea fácil medir los verdaderos daños que se provocarán en el futuro. El estímulo que un fallo puede producir en grupos de lobistas⁸¹, los efectos económicos que una decisión puede provocar dentro de un sistema de seguros de salud (como ocurrió en materia de *"Isapres"*), los incentivos para litigar que se generan, son sólo algunas consecuencias que podrían observarse de exacerbarse el impacto de una sentencia activista.

Los buenos jueces tratarán de minimizar la suma de los costos de la toma de decisiones (costos de hacer uso del sistema legal) y los costos por errores judiciales en sentido amplio⁸². Así, por ejemplo, cualquier decisión judicial relativa a la aplicación de la garantía de la libertad de expresión a controversias relativas a las nuevas tecnologías de información, incluyendo internet, debe ser aplicada de manera estrecha (*narrow*), porque una decisión amplia, en este momento del tiempo, tiene altas probabilidades de ser errónea⁸³. La posibilidad de cometer errores judiciales en decisiones activistas puede generar costos altísimos.

Para Sunstein, una forma de entender los errores judiciales, es reconociendo que al decidir casos difíciles, "los jueces frecuentemente carecen de toda la información relevante, y sus decisiones pueden tener consecuencias no intencionadas. Su interés por decisiones superficiales (*shallow*) y estrechas (*narrow*) es producto de entender las propias limitaciones cognitivas (y motivacionales)"⁸⁴.

1.4.3 Crítica relativa a la (in)eficacia probable de la sentencia activista

A la crítica económica muchas veces le sigue una crítica relativa a la probable (aunque no cierta) ineficacia de la sentencia activista. ¿Cuál es la capacidad que tiene una sentencia activista de ser efectivamente obedecida? Su aplicación, en ocasiones, dependerá del consentimiento de los gobernados

por dicha decisión, lo que se hace complejo si esos gobernados gozan de ciertas posiciones de poder (ya sea público o privado, formal o informal)⁸⁵.

Existe evidencia que sugiere que la coerción judicial activista puede tener éxito cuando el proceso político es demasiado débil⁸⁶, pero la regla contraria debiera regir cuando el proceso político es fuerte. Entonces, ¿no será mejor orientar el debate hacia preguntas que se dirijan a fortalecer los procesos políticos?⁸⁷.

1.4.4 Evaluación de las críticas

Estos dos últimos argumentos (el económico y el de la eficacia) no son enteramente concluyentes en contra del activismo, sino que sólo desnudan algunos de los problemas que el mismo acarrea, y que de alguna manera se pueden corregir o controlar mediante reformas institucionales.

Sin embargo, esas consecuencias no son de menor entidad, ya que ellas hacen más graves los argumentos terminales contra el activismo, como el que acusa un desconocimiento de la función judicial dentro de una democracia⁸⁸. Para aceptar este argumento terminal contra el activismo, es necesario, previamente, aceptar los supuestos elaborados en el la sección 1 de este capítulo. Si ellos se aceptan, entonces las razones que han llevado a algunos a defender el activismo pueden ser rápidamente descartadas (ver sección 3 de esta parte).

1.5 La negación del activismo judicial

Hay todavía un tercer enfoque en materia de activismo judicial que está dado por aquellos que niegan la idea mismo de activismo judicial. Es bueno señalar que, si bien, y como se verá, existen autores importantes que comparten esta visión; para algunos ésta puede asociarse a una defensa encubierta de activismo, ya que puede ser utilizada (y normalmente es así) para descalificar los reproches de activismo en casos particulares. En consecuencia, y como señalamos anteriormente, la negación del activismo puede adoptar la forma de una defensa *indirecta*. Pese a todo, la evaluación de los argumentos de estos autores escépticos es, creemos, necesaria.

Hay autores que han cuestionado la validez del concepto de activismo

judicial. El juez Easterbrook, por ejemplo, indica que es un término “resbaladizo” y “vacío” que depende de los ciclos políticos⁸⁹. Para este autor, en realidad, “activismo” no es otra cosa que “jueces actuando mal”, y todos tienen una posición diferente acerca de cuándo un juez actúa mal, lo que se relaciona con la discusión acerca del rol que debe jugar el precedente judicial y el respeto por la democracia⁹⁰.

Este tipo de críticas son bastante comunes en una parte relevante de la literatura⁹¹, incluso en la que se ha difundido dentro de Chile⁹². Así, por ejemplo, también se ha dicho que los significados que los autores dan al concepto son contradictorios y a veces se usa el mismo lenguaje para hacer referencia a cuestiones diferentes⁹³. Por ello, se suele indicar que el activismo no es más que una acusación retórica contra decisiones judiciales de las cuales se discrepa⁹⁴, siendo incluso tildado de “mito”⁹⁵. Como es difícil determinar los casos y la manera en que los jueces deben ser respetuosos de los otros poderes estatales y evitar expandir sus propias facultades (el denominado *self restraint*), se ha insistido en que es imposible llegar a un consenso acerca del concepto de activismo⁹⁶.

Para que estas críticas efectivamente cumplan su propósito de destruir el concepto de activismo, deben demostrar que no existen respuestas jurídicas objetivas que los jueces han dejado de obedecer. Si la “mala” sentencia sólo puede demostrarse cuando existan claras respuestas jurídicas, entonces lo que negaría la existencia del activismo es la ausencia de estas reglas. El relativismo jurídico detrás de este argumento es evidente, y puede tener asidero, a nuestro juicio, en algunos casos específicos que normalmente serán excepcionales. Lo normal, por el contrario, es que el Derecho entregue respuestas concretas, y lo excepcional es que no lo haga. La prueba de que existen estos casos excepcionales exige un análisis cualitativo que carece de la fuerza suficiente para demostrar que el concepto de activismo es generalmente erróneo.

Por lo demás, en aquellos casos en que el Derecho no entrega respuestas claras, y como veremos en el capítulo 10, sección 3, los jueces, lejos de construir reglas generales, deben mostrarse minimalistas, procurar evitar resolver los casos con respuestas que tengan consecuencias más allá de los casos particulares y de los méritos individuales de los casos puntuales. En este ejercicio, deben proponerse seguir alguna metodología para fallar

que permita predecir sus resultados con antelación, y guardar la debida coherencia en casos similares, siempre intentando no crear reglas nuevas. Esta actitud judicial se opone al activismo, que suele ser maximalista de la función judicial y entregar respuestas amplias con la construcción de reglas poco predecibles y resultados que se alejan de los méritos particulares de los procesos puntuales. Es en esta actitud maximalista en que es posible identificar casos de activismo, como examinaremos en la parte 2 de este libro.

No obstante lo anterior, creemos que el llamado de atención sobre el supuesto carácter “resbaladizo” o “vacío” del activismo, puede ser útil para exigirle a los académicos que sean rigurosos en las acusaciones que suelen realizar frente a jueces activistas. No basta, creemos, con determinar que un juez se apartó del Derecho para acusarlo de activista. Es importante examinar si el Derecho entregó efectivamente una respuesta suficientemente objetiva y clara, y si el juez podía razonablemente sostener un comportamiento diferente frente al caso que motivó su conducta objetada⁹⁷.

Por otra parte, es importante considerar que los argumentos que niegan el activismo suelen estar presentes entre los principales acusados de ser activistas (los jueces), por lo que no debe extrañarnos encontrar este tipo de respuestas desde el mundo de la judicatura. La defensa (¿corporativa?) de la función judicial parece ser un lugar común en muchos países⁹⁸.

1.6 Las luces de alerta del activismo judicial

Es imprescindible construir indicadores que den alerta de eventos que puedan parecer sospechosos y que se sustenten lógicamente en los supuestos que hemos elaborado con anterioridad. De no compartirse estos supuestos, será improbable que se compartan los indicadores que más abajo se presentan.

El análisis será siempre, para nuestro propósito, cualitativo, ya que las mediciones cuantitativas que se han intentado han sido objeto de críticas metodológicas fuertes. Si bien estas “mediciones” cuantitativas han sido efectivamente utilizadas⁹⁹, ellas no han sido capaces de responder a las objeciones¹⁰⁰. Como las variables no son absolutas (como se verá más abajo), no pueden haber mediciones objetivas bajo ellas, debiendo entender caso a caso si la fundamentación entregada por el juez es

suficiente, comparándola con el Derecho aplicable. Ello acerca la metodología a análisis más cualitativos que no pueden separarse de la casuística. Por lo anterior, la pretensión de nuestro libro no es demostrar la existencia sistemática de activismo, sino que sólo constatar que hay muestras relevantes que han provocado impacto en diversas áreas, todas relacionadas con el comportamiento de jueces pertenecientes al Poder Judicial. Ello no probará, desde luego, que todos los jueces sean activistas, pero descartará los argumentos negacionistas del activismo y hará un llamado de alerta para poner más atención en el futuro, demostrando que el activismo existe, se usa, y produce efectos sociales importantes.

En general, la literatura concuerda en que es posible detectar casos claros de activismo¹⁰¹, aunque probablemente existirán muchos casos grises interpretables. Nuestra metodología, entonces, no se dirige a elaborar un *test* que permita evaluar *todos* los casos, sino sólo los más extremos y evidentes.

Lo primero es identificar criterios que permitan detectar casos con independencia de las doctrinas y principios que los jueces dicen sostener. De esta manera, debe tratarse de variables, como dicen los norteamericanos, que sean *value-free*, de forma que distintas sensibilidades políticas, morales o culturales puedan estar de acuerdo con ellos y compartir, en definitiva, que el comportamiento judicial que se acusa es activista¹⁰². Mientras más objetivos sean estos indicadores¹⁰³, más probable es que las consecuencias puedan ser compartidas por quienes defienden una sentencia activista por su doctrina y la atacan por su carácter activista¹⁰⁴.

Los indicadores que a continuación proponemos se encuentran, de alguna manera, conectados entre ellos. La ausencia de alguno no significa que el activismo haya desaparecido, y la concurrencia de uno tampoco sugiere con exactitud la presencia conclusiva de un juez activista. En realidad, más que indicadores, las variables que a continuación resumimos son *luces de alerta* que invitan a analizar el caso y evaluar la posibilidad de activismo. Como veremos, ellos conducirán normalmente a casos evidentes de activismo, y no son capaces de distinguir aquellos grises que mencionábamos. Veamos, en síntesis, los indicadores propuestos:

- i. El juez activista y su argumentación intenta resolver los casos,

aunque no tenga competencia para ello. Por esto, es frecuente observar una tendencia a reducir los obstáculos procesales, los que ceden ante principios sustantivos de justicia¹⁰⁵. Así, las cortes amplían sus propios poderes¹⁰⁶, por ejemplo, mediante una interpretación expansiva de las leyes, como ocurre cuando la sentencia crea obligaciones que no emanan clara y precisamente del lenguaje de la norma interpretada¹⁰⁷. Para ello, puede invocarse razones amplias como “la justicia”, o “la dignidad humana”, o derechos fundamentales como la igualdad o la libertad personal¹⁰⁸. Así, los jueces activistas suelen seleccionar normas ambiguas y amplias para tomar sus decisiones, ignorando otras normas más claras que también podrían ser atingentes al caso¹⁰⁹.

ii. Lo anterior conduce a evitar la utilización de doctrinas sobre deferencia a otros actores políticos con capacidad de tomar decisiones. Se descartan las tesis sobre presunción de constitucionalidad y se incrementan los estándares de escrutinio a las acciones a controlar¹¹⁰ mediante el mal uso de técnicas, por ejemplo, como la proporcionalidad¹¹¹.

iii. Se desconocen las ataduras interpretativas¹¹², o sencillamente los jueces se apartan del texto, la estructura y la historia de la norma que interpretan¹¹³. Ello sucede, por ejemplo, cuando la interpretación es contraria a la voluntad clara de los redactores o a las claras implicaciones del lenguaje¹¹⁴.

iv. Se hace menos énfasis en el Derecho objetivo conocido, dándole más flexibilidad a los jueces en el manejo de los mismos y en la selección de fuentes elegidas para resolver el caso¹¹⁵. La “estabilidad interpretativa”, se rompe cuando se alteran doctrinas judiciales anteriores¹¹⁶, alterando el *status quo*¹¹⁷ y sin respetar el resultado del proceso político¹¹⁸. Con frecuencia, se establecen prohibiciones nuevas a los actores políticos frente a conductas que no se encuentran directamente prohibidas por la Constitución¹¹⁹; o se ordenan conductas de manera intrusiva¹²⁰. Esta es, probablemente, una de las maneras más aceptadas de identificar el activismo¹²¹. La existencia de una tradición jurídica donde el precedente no sea vinculante y nuestro legalismo, hacen que los

problemas asociados al *common-law* norteamericano no estén presentes¹²².

v. Tendencia a decisiones con amplios resultados¹²³, como el maximalismo al que nos remitimos en la sección 4 de este capítulo¹²⁴. Recordemos que el minimalista resuelve lo necesario para el caso y deja las cosas irrelevantes para la controversia sin decidir. El maximalista, por el contrario, anunciará nuevas reglas y decidirá problemas que pudo no haber resuelto, sosteniendo principios más amplios que lo que el caso requiere y argumentando mucho más allá de los méritos individuales de los procesos particulares que motivaron el caso¹²⁵. Así, los activistas normalmente entregan opiniones generales sobre el sistema, y van mucho más allá de las pretensiones jurídicas concretas.

vi. La existencia de votos disidentes que denuncian un voto de mayoría que se aparta del Derecho puede servir de alerta¹²⁶.

vii. En términos generales, también se ha argumentado que hay un evidente caso de activismo cuando un juez no permite que la democracia prime en casos donde la "aplicación de la Constitución o de la ley es tan clara que posee las cualidades tradicionales del *Derecho* en vez de la filosofía moral o política. Esto significa implementar los actos del Congreso y las decisiones del Ejecutivo en vez de derrotarlas"¹²⁷. Se derrotan las visiones dadas en el proceso político, siendo negadas por los jueces activistas¹²⁸.

Como puede observarse, nuestro *test* de indicadores sólo permite identificar casos donde el activismo es evidente. De esta forma no es útil para identificar *todas* las sentencias que puedan denominarse como activistas, aunque permite establecer con relativa precisión aquellas decisiones judiciales que, de manera manifiesta, representan casos de jueces activistas. Bajo estos criterios analizaremos los casos que se presentan en las páginas siguientes.