

New York University

From the Selected Works of Sergio Verdugo R.

November, 2013

Activismo Judicial. Un Marco para la Discusión

Sergio Verdugo, sverdugor@udd.cl
José Francisco García



Available at: https://works.bepress.com/sergio_verdugo/46/

ACTIVISMO JUDICIAL
Un marco para la discusión*José Francisco
García**Sergio
Verdugo***

En el presente artículo, los autores se avocan a desarrollar quizá uno de los temas más controvertidos en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, esto es, el activismo judicial. De esta forma, exponen las posiciones tanto a favor, en contra, e incluso las que niegan la existencia de esta postura adoptada por los jueces. Finalmente, nos presentan criterios para identificar los escenarios en que los jueces, atendiendo a sus particulares concepciones de justicia, invaden las competencias de otros poderes del Estado, asunto de gran importancia para evaluar el rol asumido por nuestro Tribunal Constitucional.

REFERENCIA LEGAL:

- Constitución Política del Perú: art. 43.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo es producto de una investigación que desarrollamos acerca del activismo judicial en Chile, cuyo principal producto fue

publicado recientemente a través de un libro¹. En ese libro, argumentamos que si bien en Chile no puede hablarse todavía de un activismo judicial sistemático y sostenido en el

* Agradecemos a Jennifer Quintana, ayudante de la Dirección de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, quien colaboró con el proceso de revisión de citas.

** Doctor y Máster en Derecho, Universidad de Chicago. Magíster en Derecho Público y Licenciado en Derecho, P. Universidad Católica de Chile. Coordinador de Políticas Públicas de Libertad y Desarrollo, y profesor de Derecho Constitucional de la P. Universidad Católica de Chile.

*** Máster en Derecho, Universidad de California, Berkeley. Magíster en Derecho Público, P. Universidad Católica de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo. Profesor de Derecho Constitucional e investigador del Centro de Justicia Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo.

1 GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio. *Activismo Judicial en Chile. ¿Hacia el Gobierno de los Jueces?* 1ª edición, Ediciones Libertad y Desarrollo, Santiago de Chile, 2013.

tiempo, existen ciertas tendencias que merecen especial preocupación. De esta manera, elaboramos algunos indicadores cualitativos para examinar las sentencias judiciales bajo la aproximación del activismo, evaluamos algunos fallos judiciales pertenecientes a distintas áreas del Derecho, intentamos dar una explicación de este incipiente activismo y finalmente sugerimos algunas propuestas que permiten minimizar las posibilidades del activismo judicial.

En este artículo, mostraremos una parte de dicha investigación que nos parece valiosa para difundir fuera del Chile. Así, sintetizaremos algunas ideas relevantes de nuestro capítulo teórico, con el objeto de dar a conocer el marco de análisis que creemos apropiado para discutir sobre activismo judicial (en especial por la existencia de indicadores cualitativos para medirlo). Más allá de que los efectos perversos del activismo judicial puedan verse presentes en este tipo de casos o no, creemos que una tendencia sistemática de casos que continúe en la misma línea podría generar costos importantes tanto para la economía del país, como para su sistema democrático.

I. ASPECTOS TEÓRICOS PARA ESTUDIAR EL ACTIVISMO JUDICIAL

A través del lenguaje del “activismo”, el debate público suele reaccionar de manera crítica frente a sentencias que parecen no someterse lo suficiente 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 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 naturaleza democrática (los jueces no son electos popularmente) y acusa un desconocimiento en la asignación de roles dentro del sistema político (los jueces reemplazan a los representantes electos).

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, sino explicar brevemente las bases teóricas en que se sustenta la literatura sobre el denominado “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. Por obvios que sean, si no se comparte alguno de estos supuestos, difícilmente puedan aceptarse los argumentos que desarrollaremos más adelante, razón por la cual es doblemente importante hacerlos explícitos.

El primer supuesto, consiste en asumir que la función de los jueces es la de aplicar 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 jurídicamente 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 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.

1. Concepto y origen del activismo judicial

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 haya sido utilizada de manera general en muchas otras tradiciones jurídicas.

El concepto fue introducido por el destacado académico Arthur Schlesinger Jr. en uno de los números de la Revista *Fortune* de 1947². A partir de entonces, es frecuente encontrar

“ La definición de activismo judicial dependerá del concepto que se tenga de democracia [y] del rol de los jueces dentro del sistema político. ”

alusiones al “activismo” en la literatura, pese a que con anterioridad encontramos antecedentes históricos similares bajo otras nomenclaturas³.

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”⁴, la que destacó “por sus numerosas y controversiales sentencias”⁵. Como sintetizan los autores, un juez activista era aquel que creía que la Corte Suprema podía jugar un rol positivo promoviendo reformas sociales de tipo progresista⁶.

Generalmente, eran los conservadores quienes se oponían al activismo judicial durante esta etapa, atendido que la Corte Warren tuvo una agenda evidentemente progresista⁷. 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 judicial⁸.

- 2 KMIEC, Keenan. “The origin and current meanings of judicial activism”. En: *California Law Review*. Vol. 92, 2004, pp. 1141-1478.
- 3 Un ejemplo en que los problemas del activismo se planteaban, aunque no con idéntico lenguaje, es la filosofía de la auto-restricción o auto-contención judicial (*judicial self restraint*), la que de alguna manera hoy es considerada como antónima del activismo.
- 4 Sin perjuicio de ello, cabe recordar otra época donde hubo ataques fuertes a jueces-legisladores: la de la era del *New Deal*. Ver un artículo ya clásico que se refiere a la discusión sobre el rol de los jueces en esa época en PRITCHETT, Herman. “The Supreme Court today: Constitutional interpretation and judicial Self-Restraint”. En: *South Dakota Law Review*. Vol. 3, 1958, pp. 51-79.
- 5 CROSS, Frank y LINDQUIST, Stefanie. “The Scientific Study of judicial activism”. En: *University of Texas Law, Law and Econ. Research Paper*. N° 93, 2012. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=939768>>, descargado el 14 de noviembre de 2013.
- 6 *Ibidem*, p. 2. Otros autores han sostenido (desde hace muchos años) que la eficacia real del activismo es dependiente del apoyo político. De lo contrario, el activismo judicial solo podría tener éxito en un escenario de debilidad política de la autoridad democrática. MENDELSON, Wallace. “The politics of judicial activism”. En: *Emory Law Journal*. Vol. 24, 1975, pp. 43-66.
- 7 Ver CROSS, Frank y LINDQUIST, Stefanie. *Ob. cit.*, pp. 4-5. Sobre una explicación conservadora del verdadero rol de los jueces en torno a la labor judicial, ver BARNETT, Randy. “Foreword: judicial conservatism v. A principled judicial activism”. En: *Harvard Journal of Law and Public Policy*. Vol. 10, N° 2, 1987, pp. 274-276.
- 8 Cross y Lindquist sintetizan la posición de los juristas progresistas: “En la actualidad la realidad ha cambiado radicalmente y las acusaciones en torno a que los conservadores de la Corte Rehnquist son los reales activistas judiciales, han pasado a ser comunes”. El Director de la ACLU declaró que la Corte Rehnquist era “una corte conservadora que había pasado a ser una de las cortes más activistas de la historia norteamericana”. Muchos profesores destacados han liderado estas críticas. Cass Sunstein sostuvo que estamos ante un “destacado periodo de activismo judicial de derecha”. Erwin Chemerinsky ha criticado a los jueces conservadores por involucrarse en un “activismo judicial conservador agresivo”. Jack Balkin y Sandy Levinson sostuvieron que “el activismo judicial de la Corte Warren ha sido reemplazado por uno más intenso y conservador”. Mientras buena parte de las críticas han estado orientadas a la declaración de inconstitucionalidad de leyes, se critica a los miembros conservadores de la Corte Suprema el no “respetar el precedente”. Sin embargo, los progresistas nunca fueron tan críticos con las sentencias activistas de la Corte Warren”. Ver CROSS, Frank y LINDQUIST, Stefanie. *Ob. cit.*, pp. 5-6.

Ello demuestra que el activismo es, antes que nada, una lucha política y moral (y no solo jurídica)⁹. Hoy es común encontrar en la literatura afirmaciones en que se concuerda que en el activismo puede ser progresista o conservador¹⁰, pese a la existencia de esfuerzos por diferenciar ambos casos¹¹ y a visiones particulares que detectan casos de activismos bajo otras doctrinas como el estatismo y el libertarismo¹². 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 jueces¹³.

Parte de la literatura norteamericana asocia el activismo judicial al control judicial de las leyes, asumiéndose que este es el escenario más probable de activismo¹⁴. 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 legislaciones¹⁵, cuestión que también ha ocurrido para estudios de tribunales de otras partes del mundo, como en tribunales europeos¹⁶, en Canadá¹⁷, e incluso (y con ciertos matices) en Chile¹⁸.

- 9 Yendo más allá, incluso ha habido autores que se han autodeclarado activistas para ciertas causas y para otras no. Un interesante ejemplo es el planteado por Randy Barnett, quien construye un término denominado *pragmactivism*, concepto inventado por él para vincular el pragmatismo político-jurídico con el activismo. Bajo este prisma, Barnett distingue diferentes tipos de activismo, algunos de los cuales se encuentran en una suerte de posición híbrida intermedia. BARNETT, Randy. “Judicial Pragmactivism: a definition”. En: *Cato Journal*. Vol. 4, N° 3, 1985, pp. 853-864
- 10 Por ejemplo, HELLMAN, Arthur. “Judicial activism: The good, the bad and the ugly”. En: *Mississippi College Law Review*. Vol. 21, 2002, pp. 253-265. Hellman, Arthur. Ob. cit., p. 254. En el lado progresista habría activismo de la Corte Warren y la Corte Burger; y el activismo conservador se habría observado en la Corte Rehnquist. Sobre esta última Corte, véase el esfuerzo de RINGHAND, Lori. “Judicial activism: an empirical examination of voting behavior on the Rehnquist natural court”. En: *Constitutional Commentary*. Vol. 24, N° 1, 2007, pp. 43-102.
- 11 Así, por ejemplo, se ha sostenido que mientras los progresistas tienden a obtener victorias judiciales mediante el activismo, generalmente el actuar de los conservadores es luchar por que los jueces les permitan dar la batalla al interior del proceso político. GRAGLIA, Lino. “It’s not constitutionalism, it’s judicial activism”. En: *Harvard Journal of Law & Public Policy*. Vol. 19, N° 2, 1996, p.298.
- 12 CANON, Bradley. “Defining the dimensions of judicial activism”. En: *Judicature*. Vol. 66, N° 6, 1983, p. 247.
- 13 Interesante resulta, por ejemplo, el debate al interior de los académicos más conservadores. Algunos defienden una suerte de activismo basado en principios constitucionales (sobre la distinción entre la función judicial en un sentido conservador tradicional y un activismo judicial basado en principios conservadores, ver BARNETT, Randy. “Judicial pragmactivism: a definition”. Ob. cit.; BARNETT, Randy. “Foreword: judicial conservatism v. A principled judicial activism”. Ob. cit., pp. 273-294; BARNETT, Randy. *Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty*. Princeton University Press, Princeton, 2004, p. 366; CALABRESI, Steven. “The originalist and normative case against judicial activism: a reply to Professor Randy Barnett”. En: *Michigan Law Review*. Vol. 103, N° 6, 2005, pp.1081-1098.) y otros reprochan de la receta judicial y la tildan peyorativamente de activismo. La mayoría de los conservadores prefieren una metodología judicial basada fuertemente en el texto y en el sentido original de la Constitución (ver, por ejemplo, los referentes conservadores SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*. Princeton University Press, Princeton, 1997, p. 159; BORK, Robert H. *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*. Touchstone, New York, 1991, p. 440.), pero existen diferencias en torno a si dicho originalismo conduce a un juez activista defensor de un Estado libertario o si ese originalismo lleva a exigir *judicial restraint* (CALABRESI, Steven. Ob. cit., p. 1083).
- 14 Por ejemplo, PERRY, Michael. “Judicial activism”. En: *Harvard Journal of Law and Public Policy*. Vol. 7, N° 1, 1984, pp. 69-75.; WOLFE, Christopher. *Judicial activism*. Maryland, Rowman & Littlefield Publishers, Laham, 1997, p. 184.; TUSHNET, Mark. “Judicial activism or restraint in a section 33 world”. En: *University of Toronto Law Review*. Vol. 52, 2003, pp. 89-100.; GRAGLIA, Lino. “It’s not constitutionalism, it’s judicial activism”. En: *Harvard Journal of Law & Public Policy*. Vol. 19, N° 2, 1996, pp. 293-299; JONES, Greg. “Proper judicial activism”. En: *Regent University Law Review*. Vol. 14, 2001, pp. 140-179; HELLMAN, Arthur. Ob. cit., p. 258. ROOSEVELT III, Kermit. *The myth of judicial activism*. Yale University Press, 2009, p. 262.
- 15 Por ejemplo, en RINGHAND, Lori. “Judicial activism: an empirical examination of voting behavior on the Rehnquist natural court”. En: *Constitutional Commentary*. Vol. 24, N° 1, 2007, pp. 43-102.
- 16 Por ejemplo, SMITHEY, Shannon y ISHIYAMA, John. “Judicial activism in post-communist politics”. En: *Law & Society Review*. Vol. 36, N° 4, 2002, pp. 719-742.
- 17 CHOUDHRY, Sujit y HUNTER, Claire. “Measuring judicial activism on the Supreme Court of Canada: A comment on Newfoundland (treasury board) v. NAPE”. En: *McGill Law Journal/Revue de Droit de McGill*. Vol. 48, 2003, pp. 525-562.
- 18 ZAPATA, Patricio. “Rayando su propia cancha. Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre su ley orgánica”. En: Nogueira (coordinador) *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, Librotecnia, Santiago, 2010, pp. 11-25

Sin embargo, y como explicaremos, el concepto de activismo judicial es mucho más amplio¹⁹.

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 Este²⁰ y de Cortes Constitucionales diversas²¹, además de existir abundante literatura en materia de tribunales internacionales²² y de tribunales ordinarios²³.

Como puede verse, si en algún momento algún autor sostuvo que el activismo era una

discusión propiamente norteamericana, esa afirmación se encuentra totalmente superada²⁴. Incluso, y aunque sea poco persuasiva, 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-continental²⁵.

Como ya lo adelantábamos, en Chile la discusión sobre el activismo ha llegado para darse. No solo se han planteado críticas utilizando el lenguaje del activismo, sino que también algunos trabajos han intentado dar explicaciones y realizar distinciones académicas

- 19 Un ejemplo interesante resulta lo sucedido en Argentina a propósito del debate sobre el derecho a la protesta y el rol de los jueces satisfaciendo las demandas de los grupos movilizadas. Ver, por ejemplo, a quien defiende la utilización de los tribunales para la defensa de grupos de interés específicos. Así, por ejemplo, para defender minorías desventajadas y a diferentes movimientos sociales. Ver GARGARELLA, Roberto. *El derecho a la protesta*. Ad-hoc, Buenos Aires, 2007, pp. 57 y 80-82. Este autor, incluso, confiesa defender derechamente el activismo judicial para corregir situaciones que estima injustas y confiar así en la "buena voluntad de los jueces". *Ibidem*, p. 169.
- 20 Se ha dicho que existe un escenario muy propicio para el activismo en estos países, donde la existencia de jueces activistas se explicaría por factores políticos como competencias partidistas y apoyo político, antes que por factores institucionales. SMITHEY, Shannon y ISHIYAMA, John. *Ob. cit.*, pp. 525-562.
- 21 Sobre activismo en la Corte Constitucional coreana, ver HEALY, Gavin. "Note: judicial activism in the new Constitutional Court of Korea". En: *Columbia Journal of Asian Law*. Vol. 14, N° 1, 2000, pp.213-234.; en Cortes Constitucionales de países que pertenecieron a la órbita soviética, ver SADURSKI, Wojciech. *Rights Before Courts. A study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. Springer, Netherlands, 2008, p. 376.; en Colombia, ver CEPEDA-ESPINOSA, José. "Judicial activism in a violent context: The origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court". En: *Washington University Global Studies Law Review*. Vol. 3, 2004, pp. 529-687; en Alemania, ver BENVINDO, Juliano Zaiden. *On the limits of constitutional adjudication. Deconstructing balancing and judicial activism*. Springer, New York, 2010, pp. 31-81.; en general, ver HENNIG LEAL, Monia Clarissa. "La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿Existe realmente un 'activismo' o 'él' activismo?". En: *Estudios Constitucionales*. Año 10, N° 2, 2012, pp. 429-454 y, relacionado con cortes europeas, ver a Ferreres, quien sostiene que el modelo centralizado de justicia constitucional está más propenso al activismo judicial en el *judicial review* que el modelo descentralizado FERRERES COMELLA, Víctor. "The consequences of centralizing constitutional review in a special court: some thoughts on judicial activism". En: *Texas Law Review*. Vol. 82, 2004, p. 1730. Si este autor tuviera razón, entonces Chile sería un buen caso para estudiar el activismo judicial.
- 22 En la Corte Internacional de Justicia, ver MCWHINNEY, Edward. "The International Court of Justice and International Law-making: The judicial activism/Self-Restraint Antinomy". *Chinese Journal of International Law*. Vol. 5, N° 1, 2006, pp. 3-13; en la Corte Europea de Derechos Humanos, ver VOETEN, Erik. "The politics of international judicial appointments: evidence from the European Court of Human Rights". En: *International Organization*. Vol. 61, 2007, pp. 669-701; en la Corte Penal Internacional, ver SCHABAS, William. "Prosecutorial Discretion v. judicial activism at the International Criminal Court". En: *Journal of international criminal justice*. Vol.6, 2008, pp. 731-761.
- 23 En India, ver CASSELS, Jamie. "judicial activism and public interest litigation in India: attempting the impossible?". En: *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 37, 1989, pp. 495-519; VERMA, Arvind. "Taking justice outside the Courts: judicial activism in India". En: *The Howard Journal*. Vol. 40, N° 2, 2001, pp. 148-165; SATHE, S. P. "Judicial activism: The indian experience". En: *Journal of Law & Policy*. Vol. 6, 2001, pp. 29-107; en Canadá, ver CHOUDHRY, Sujit y HUNTER, Claire. "Measuring judicial activism on the Supreme Court of Canada: A comment on Newfoundland (treasury board) v. NAPE". En: *McGill Law Journal/Revue de Droit de McGill*. Vol. 48, 2003, pp. 525-562; en Turquía, ver TEZCUR, Gunes. "Judicial activism in Perilous times: The Turkish case". En: *Law and Society Review*. Vol. 43, N° 2, 2009, pp.305-336; en Japón, ver Itoh, Hiroshi. "Judicial Review and judicial activism in Japan". En: *Law and Contemporary Problems*. Vol. 53, N° 1, 1990, pp. 169-179; en Brasil, ver BENVINDO, Juliano Zaiden. *Ob. cit.*, pp. 83-131; en el Reino Unido, ver EDWARDS, Richard. "Judicial Deference under the Human Rights Act". *The Modern Law Review*. Vol. 65, 2002, pp. 859-882; COHN, Magrit y KREMNITZER, Mordechai. "Judicial activism: a multidimensional model". En: *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. Vol. XVIII, N° 2, 2005, pp. 333-356.
- 24 Así, por ejemplo, Kent Roach argumentó que el debate sobre activismo solo tiene cabida dentro de sistemas de *judicial review* fuerte, y no débiles como el caso de Canadá. ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial: Judicial activism or democratic dialogue*. Irwin Law, Toronto, 2001, p. 378. Tushnet contesta el argumento de Roach preguntándose si los sistemas de *judicial review* débiles pueden transformarse en sistemas de control fuerte. TUSHNET, Mark. "Judicial activism or restraint in a section 33 world". *University of Toronto Law Review*. Vol. 52, 2003, p. 90.
- 25 Ver, por ejemplo, a FERRERES Comella, Víctor. *Ob. cit.*, pp. 1705-1736.

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 Zapata²⁶, como también un artículo y un libro de nuestra autoría²⁷. Por otra parte, también han existido debates en los medios de comunicación²⁸.

Ya explicado el contexto y el origen del concepto de “activismo judicial”, pasemos a revisar lo que la literatura, en general, entiende por activismo; 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 pueden ser clasificados en diferentes grupos. En primer lugar, algunos asumen que el término es propio del debate popular extrajurídico que requiere de respuestas desde la academia legal²⁹. 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 judicial³⁰. 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 sentencias³¹.

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”³², o cuando las cortes alteran

- 26 Miriam Henríquez distingue dos tipos de activismo (moderado y fuerte) y aplica dichas categorías a ciertas sentencias en materia de salud. Ver HENRÍQUEZ, Miriam. “¿Activismo judicial en la obtención de cobertura adicional para enfermedades catastróficas?”. En: *Estudios Constitucionales*. Vol. 8, N° 1, 2010, pp. 401-424. Javier Couso vincula la idea de activismo judicial con el proceso de consolidación de la democracia y la judicialización de la política. Lo interesante de este trabajo, es que el autor argumenta que el activismo judicial en este contexto puede ser poco eficaz e incluso contraproducente, poniendo en peligro la propia independencia del Poder Judicial. Ver COUSO, Javier. “Consolidación democrática y Poder Judicial. Los riesgos de la judicialización de la política”. En: *Revista de Ciencia Política*. Vol. XXIV: N2, 2004, pp. 29-48. Francisco Zúñiga revisa un autor francés y parte de la literatura norteamericana. Sostiene que el debate sobre el activismo judicial es aplicable a Chile, aunque su análisis parece más centrado en el Tribunal Constitucional. ZÚNIGA, Francisco. “Judicatura y activismo judicial”. En: *Revista de Derecho Público*. Vol. 73, 2010, pp. 59-77. Patricio Zapata, por su parte, distingue los jueces “deferentes” de los “asertivos”, explicando la diferenciación sobre la base del análisis de la filosofía de dos ministros diferentes del Tribunal Constitucional (Mario Fernández y Francisco Fernández). Termina identificando un “eje asertividad-deferencia”. ZAPATA, Patricio. Ob. cit., p. 25. La asertividad se asocia a un concepto de la misión del Tribunal Constitucional como un tribunal que falla de acuerdo no a una lógica del Derecho positivo, sino a una basada en los “principios y la justicia”. *Ibidem*, p. 24.
- 27 VERDUGO, Sergio y GARCÍA, José Francisco. “De los principios constitucionales al activismo judicial. El voto de minoría en el caso “Municipalidad de Pucón””. En: Fermandois, Arturo y García, José Francisco (editores). *Sentencias destacadas 2012*. Ediciones Libertad y Desarrollo, Santiago, 2013, pp. 219-258; GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio. Ob. cit.
- 28 Por ejemplo, ver el debate que han sostenido VERGARA, Alejandro. “Activismo judicial pero con razonabilidad y principios”. En: *El Mercurio*, 2013. Disponible en: <<http://www.elmercurio.com/blogs/2013/02/23/9512/Activismo-judicial-pero-con-razonabilidad-y-principios.aspx>>, descargado el 6 de junio de 2013; VERGARA, Alejandro. “El legislador crea reglas y no principios”. En: *El Mercurio Legal*, 2013. Disponible en: <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2013/02/28/El-legislador-crea-reglas-y-no-principios.aspx>>, descargado el 6 de junio de 2013; GARCÍA, José Francisco. “Fallo Castilla y activismo judicial”. En: *El Mercurio Legal*, 2012. Disponible en: <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2012/09/12/Fallo-Castilla-y-activismo-judicial.aspx>>, descargado el 17 de junio de 2013.
- 29 GREEN, Craig. “An Intellectual History of judicial activism”. En: *Emory Law Journal*. Vol. 58, 2009, p. 3.
- 30 *Ibidem*, p. 3.
- 31 Sobre la cultura judicial chilena existen múltiples trabajos. Probablemente uno de los mejores logrados es el de HILBINK, Lisa. *Judges beyond politics in democracy and dictatorship. Lessons from Chile*. Cambridge University Press, Cambridge Studies in Law and Society, 2007, p. 299.
- 32 GRAGLIA, Lino. Ob. cit., p. 296.

significativamente las preferencias de las mayorías parlamentarias o las concepciones del constituyente³³. Para este grupo de autores, y como ya explicamos brevemente, 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*)³⁴. 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*)³⁵. Los actores representativos 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”³⁶. 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”³⁷. Si intentáramos usar esta versión

del activismo judicial en Chile, probablemente nos acercáramos al análisis de recursos de protección 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 artículo).

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 protagonismo³⁸. El activismo, en cambio, se vincula con la actuación de los tribunales, siendo identificado con una “postura proactiva del juzgador”³⁹.

En realidad, todas las definiciones anteriores tienen razón en sus respectivos ámbitos de aplicación⁴⁰. Para los efectos de este artículo, 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 más abajo.

2. ¿Defendiendo el activismo judicial?

Existen diversas maneras de defender el activismo judicial. Una de ellas es directa, mediante la cual se entregan razones que justifican

33 SADURSKI, Wojciech. Ob. cit., p. 96.

34 WOLFE, Christopher. Ob. cit., p. 2.

35 Ídem.

36 ITOH, Hiroshi. Ob. cit., p. 169.

37 EASTERBROOK, Frank. “Do liberals and conservatives differ in judicial activism?”. En: *University of Colorado Law Review*. Vol. 73, 2002, p. 1404. Por otra parte, y dentro de este grupo de autores, también se ha sostenido que el activismo es “el hábito de no fundamentar el control constitucional (*judicial review*) en las normas de la Constitución escrita”. PERRY, Michael. Ob. cit., p. 69. También, derechamente se ha dicho que el activismo es “revisar judicialmente una ley mediante una sentencia adversa al resultado del proceso político”. HELLMAN, Arthur. Ob. cit., p. 253.

38 Como ejemplo, para la autora, esta centralidad puede deberse a cuestiones como la centralidad de la Constitución, su fuerza normativa, y los derechos fundamentales. HENNIG LEAL, Monia Clarissa. Ob. cit., pp. 434-437.

39 HENNIG LEAL, Monia Clarissa. Ob. cit., p. 438. Esto se vincula, para la autora, con el neoconstitucionalismo, aunque puede tener una aplicación mucho más amplia. HENNIG LEAL, Monia Clarissa. Ob. cit., p. 440.

40 Además, sugerimos examinar el concepto, más amplio, dado por el GARNER, Bryan y CAMPBELL BLACK, Henry. *Black’s Law Dictionary*. Thomson/West. Eagan, 2006, p. 391.

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 sub-tipos 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.

Para el primer tipo de defensa (la que justifica el activismo para proteger derechos y lograr reformas sociales), en general, los argumentos descansan en la protección de minorías que se estiman postergadas, a veces en nombre de la igualdad⁴¹. Así, por ejemplo, se ha dicho que los jueces deben “abrir la puerta de la justicia a los pobres”⁴², o se ha sostenido que el activismo es útil para alcanzar la “justicia social”⁴³.

“ Se corre el riesgo ... de que los jueces se perciban a sí mismos como defensores de sus subjetivos conceptos de justicia y no de la voluntad democrática mayoritaria. ”

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”⁴⁴.

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 (...)”⁴⁵; y que estos –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”⁴⁶.

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

41 COVER, Robert. “The origins of judicial activism in the protection of minorities”. En: *The Yale Law Journal*. Vol. 91, Nº 7, 1982, pp. 1287-1316.; WRIGHT, James. “The role of the Supreme Court in a democratic society- judicial activism or restraint?”. En: *Cornell Law Review*. Vol. 54, Nº 1, 1986, pp. 26-27. En un sentido similar al de Lovera, se ha dicho que el activismo es útil para invalidar leyes dictadas en gobiernos dictatoriales. Este es el caso de un trabajo que analiza la Corte Constitucional Coreana. HEALY, Gavin. “Note: Judicial activism in the new Constitutional Court of Korea”. En: *Columbia Journal of Asian Law*. Vol. 14, Nº 1, 2000, pp. 213-234.

42 Ver el trabajo de VERMA, Arvind. “Taking justice outside the Courts: judicial activism in India”, *The Howard Journal*. Vol. 40, Nº 2, 2001, p. 148., sobre las cortes en la India.

43 SWYGERT, Luther. “In defense of judicial activism”. En: *Valparaiso Law Review*. Vol. 16, Nº 3, 1982, pp. 439-458. Ojo que este autor es un juez federal (que defiende sus poderes, obviamente).

44 GARGARELLA, Roberto. *El derecho a la protesta*. Ad-hoc, Buenos Aires, 2007, p. 19.

45 *ibidem*, p. 57. También, ver el siguiente ejemplo, donde destacan los trabajos de Fiss y Ely: “(...) en un viejo, pero todavía influyente trabajo (...) Owen Fiss defendió un ‘principio de defensa de los grupos desaventajados’ según el cual los jueces tienen el deber de corregir ‘las injusticias propias del proceso político’. Dicho principio aconsejaba a los jueces tomar un rol activo, orientado a ‘mejorar el status’ de ciertos grupos que no reciben un trato igual por parte del poder público (...). En otro trabajo, también notable pero más reciente John Ely sugiere que es posible justificar un rol activo por parte de los jueces en tanto y en cuanto dicho activismo se dirija a alcanzar ciertos fines socio-políticos específicos. Particularmente, y en su opinión, los jueces deberían concentrar sus energías en impedir la exclusión del proceso político de determinadas minorías ‘insulares’” *Ibidem*, p. 169.

46 *Ibidem*, p. 57.

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 decisiones⁴⁷.

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 dicho 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 solo descansamos en la suerte o la buena voluntad de los jueces⁴⁸.”

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 Gargarella⁴⁹. 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 jueces⁵⁰. 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 del profesor Domingo Lovera. Este profesor se pregunta acerca del rol de las cortes en general, el que critica por haber “desplazado” al “pueblo chileno” “de la definición constitucional”, lo que habría generado muchos “excluidos” de la política constitucional chilena⁵¹. Frente a ello, Lovera propone 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 mejorado⁵².”

47 GARGARELLA, Roberto. *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, Abeledo-Perrot, 2009, p. 969.

48 *Ibidem*, p. 169.

49 *Ibidem*, pp. 81-82.

50 *Ibidem*, pp. 122-23.

51 LOVERA, Domingo. “¿A quién pertenece la Constitución en Chile? Cortes, democracia y participación”. En: *Revista Jurídica Universidad de Palermo*, Año 11, N° 1, 2010, p. 132.

52 LOVERA, Domingo. *Ob. cit.*, pp. 136-137. Ver también, LOVERA, Domingo. “Derechos sociales en la Constitución del 80 (y de 89 y de 2005)”. En: FUENTES, Claudio (editor). *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*. Heinrich Böll Stiftung, Santiago, 2010, pp. 217-244.

Como puede observarse, el profesor 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 solo 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.

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”⁵³ o para corregir malas sentencias pasadas y frenar el poder excedido del Congreso⁵⁴.

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 judicatura⁵⁵. 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, ellas no son suficientes desde una perspectiva puramente

53 JONES, Greg. “Proper judicial activism”. En: *Regent University Law Review*. Vol. 14, 2010, pp. 140-179.

54 FRUEHWALD, Scott. “If men were angels: the new judicial activism in theory and practice”. En: *Marquette Law Review*. Vol. 83, Nº 2, 2000, pp. 435-496.

55 SWYGERT, Luther. Ob. cit., pp. 443-444. Ver también el texto de Barton, David, *Restraining judicial activism*. Wall Builder Press, Aledo, Texas, 2003, p. 62.

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.

3. Las consecuencias perversas del 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 sentencia⁵⁶. Previo a desarrollar las críticas, es importante señalar que el activismo judicial no solo 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 self-restraint*, que se le suele atribuir a James Thayer, mediante la cual los jueces debían autocontenerse de tomar decisiones con impactos políticos muy fuertes y ser respetuosos de las decisiones democráticas⁵⁷. Hoy se sigue calificando de *thayerianos* a quienes defienden visiones parecidas acerca de la función judicial⁵⁸, 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 Instituciones de Salud Previsional (“Isapres”)⁵⁹, y otros lo han desarrollado en relación con las potestades de control del TC⁶⁰. 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 Apelaciones⁶¹. Como puede observarse, las áreas en que la discusión puede generarse

56 Por lo mismo se ha dicho que la expresión “activismo” tiene, en general, una connotación negativa JONES, Greg. Ob. cit., p. 143.

57 Este autor propuso reducir el ámbito de la revisión judicial de la ley sin suprimirla. Así, la inconstitucionalidad solo podría ser declarada si el legislador hubiera incurrido en un error evidente que no deje dudas. Con ello, Thayer promovía la existencia de jueces federales moderados, que ejercieran su rol de control del poder político de forma prudente. THAYER, James. *The origin and scope of the American doctrine of Constitutional Law*. Little brown, Boston, 1893, p. 30.

58 Ver, por ejemplo, a POSNER, Richard. “The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint”. En: *California Law Review*. Vol. 100, 2012, pp. 519-556, quien ha argumentado que las teorías *thayerianas* están muertas. Cabe señalar que el juez Posner viene trabajando en esta posición escéptica del *self-restraint* desde hace muchos años. Por ejemplo, ver algunas respuestas a debates similares en POSNER, Richard. “The Meaning of Judicial self-restraint”. En: *Indiana Law Review*. Vol. 59, N1, 1983, pp. 1-24.

59 Ver, por ejemplo, SOTO, Sebastián. “Fallo Isapres: Una mirada a los derechos sociales y al rol de los jueces”. En: FERNANDOIS, Arturo y DELAVEAU, Rodrigo (editores). *Sentencias destacadas 2008*. Libertad y Desarrollo, 2009, pp. 171-213.

60 Tal vez el autor más importante es Patricio Zapata. Ver ZAPATA, Patricio. *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Corporación Tiempo 2000, Santiago, 1994, pp. 6-22; ZAPATA, Patricio. *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Biblioteca Americana Universidad Andrés Bello, Santiago, 2002, pp. 69-33, y ZAPATA, Patricio. *Justicia constitucional*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 225-289. Sin embargo, Patricio Zapata no es el único. Incluso ha habido jueces que han promovido estas teorías e incluso las han invocado en sentencias judiciales concretas. Ver, por ejemplo, CARMONA, Carlos. “Autorrestricción en el Tribunal Constitucional Chileno”. En: *Derecho y Humanidades*, N° 19, 2012, pp. 75-128, donde se examina la jurisprudencia del TC al respecto.

61 Ver, por ejemplo, NÚÑEZ, Manuel. “Se acata pero no se cumple. Los efectos de la inaplicabilidad en el caso por no pago de bono por desempeño institucional: Gómez Montoya con Corporación Administrativa del Poder Judicial”. En: FERNANDOIS, Arturo; DELAVEAU, Rodrigo y BAEZA, Silvia (editores). *Sentencias destacadas 2011*. Ediciones Libertad y Desarrollo, Santiago, 2012, pp. 153-171 y MATTE, Arturo, “Recurso de protección y movilizaciones estudiantiles”. En: FERNANDOIS, Arturo y GARCÍA, José Francisco (editores). *Sentencias destacadas 2012*. Ediciones Libertad y Desarrollo, Santiago, 2013, pp. 367-400, cuyos trabajos han servido para denunciar casos de activismo en diferentes áreas (en la obediencia de sentencias constitucionales, en el primero, y en el problema de las “tomas” de establecimientos educacionales, en el segundo). Nosotros también hemos aportado a este tipo de literatura. Ver: VERDUGO, Sergio y GARCÍA, José Francisco. Ob. cit., pp. 219-258.

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 Argentina⁶².

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 es que 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.

La crítica democrática se relaciona con la perspectiva que se tenga acerca de la función de los jueces. Se suele argumentar que el activismo desconoce su verdadera función propiamente judicial⁶³. 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 Constitución⁶⁴. Así, la naturaleza de la función judicial se vincula directamente con la manera en que vemos la democracia y el constitucionalismo⁶⁵.

La crítica democrática se relaciona con que el activismo judicial tiene un déficit popular, no solo porque carece de legitimidad electoral⁶⁶, 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.

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 demandas⁶⁷. El activismo les entregaría una posibilidad menos costosa que el *lobby* parlamentario para satisfacer sus demandas⁶⁸. 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 sociales⁶⁹. Si a ello se agregan

62 Un ejemplo interesante al respecto es el argentino. Ver, por ejemplo, MARANIELLO, Patricio. “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional”. En: *Pensar en Derecho*. 2008. Disponible en: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf>>, descargado el 5 de junio de 2013.

63 PERRY, Michael. Ob. cit., p. 71.

64 *Ibidem*, p. 72.

65 En resumen, “los jueces están simplemente imponiendo sus preferencias políticas sobre la sociedad, sin mayor responsabilidad electoral o fidelidad a la Constitución. Por esta razón, el activismo judicial es generalmente catalogado como un ejercicio inapropiado de poder jurisdiccional”. CROSS, Frank y LINDQUIST, Stefanie. Ob. cit., p. 3.

66 Tampoco sería recomendable que los jueces sean los “intérpretes” de la voluntad de popular, al estilo rousseauniano del “legislador” que, en palabras del propio Rousseau, era una función más propia de dioses que de hombres. “Para descubrir las mejores reglas sociales que convienen a las naciones, sería preciso una inteligencia superior capaz de penetrar todas las pasiones humanas sin experimentar ninguna; que conociese a fondo nuestra naturaleza sin tener relación alguna con ella; cuya felicidad fuese independiente de nosotros y que por tanto desease ocuparse de la nuestra; en fin, que en el transcurso de los tiempos, reservándose una gloria lejana, pudiera trabajar en, un siglo para gozar en otro. Sería menester de dioses para dar leyes a los hombres”. Ver el capítulo VII de su clásica obra titulada *El Contrato Social*.

67 BORK, Robert H. Ob. cit., p. 17.

68 Ver, por ejemplo, ELHAUGE, Einer. “Does interest group theory justify more intrusive judicial review?”. En: *Yale Law Journal*. Vol. 101, 1991, pp. 31-75, quien argumenta que los grupos de interés podrían no ser tan influyentes en el proceso político y que las propuestas para expandir el control judicial sufren de la *falacia de nirvana*, ya que el proceso de adjudicación, como el de regulación, son imperfectos y susceptibles a la influencia de los grupos de interés.

69 GRAGLIA, Lino. Ob. cit., p. 294.

las teorías que dicen que los tribunales tienen la palabra final (presentes entre nosotros), el problema se agrava⁷⁰.

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*)⁷¹. 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, 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 independientes 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 hombres representativos), 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

“ [S]i se estima que el Congreso tiene un déficit democrático ... no puede asumirse que ... lo deben sanear los jueces. ”

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 democráticas⁷². Si el Congreso no es representativo, entonces no da garantías de proteger a las minorías excluidas. Independientemente 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

70 Estas tesis han sido discutidas entre nosotros. Ver, por ejemplo, y aunque asociados a la autoridad del TC, a SILVA, Luis A. “¿Es el Tribunal Constitucional el Supremo Intérprete de la Constitución?”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXXVIII, 2012, pp. 573-616 y VERDUGO, Sergio. “La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes. Alternativas de diseño institucional y modelos constitucionales”. En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 40, N° 1, 2013, pp. 183-225.

71 GRAGLIA, Lino. Ob. cit., p. 294.

72 LOVERA, Domingo. Ob. cit., pp. 119-142; LOVERA, Domingo (2010-A). Ob. cit., pp. 217-244.

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 parte, 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 curso⁷³. 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 desafortunados⁷⁴.

Un segundo grupo de críticas contra el activismo judicial adopta una perspectiva económica y acusa una incapacidad técnica de los jueces.

Se 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 sociedad⁷⁵. El proceso judicial de toma de decisiones no es eficiente en esta tarea, ya que no ha sido diseñado para ello⁷⁶. 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 inauguró el caso Chevron, donde se plantea el problema de la deferencia que deben tener los jueces con las definiciones técnicas de la autoridad administrativa especialista⁷⁷.

En Chile, y como veremos, esta crítica ha sido central en los cuestionamientos que han realizado diversos expertos al fallo Castilla— 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**⁷⁸.

73 SUNSTEIN, Cass. *One case at a time, judicial minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press, Cambridge, 2001, p. 26.

74 *Ibidem*, p. 27.

75 ANANT, T. C. A. y SINGH, Jaiwir. “An economic analysis of judicial activism”. *Economic and political weekly*. Vol. 37, Nº 43, 2002, pp. 4433-4438.

76 Cabe hacer presente que este tipo de críticas han sido desarrolladas en Chile a propósito del debate de los derechos sociales. Aunque el problema de los derechos sociales parece estar conectado con el del activismo judicial, ambos conceptos responden a terminologías diferentes. No obstante lo anterior, es valioso examinar de qué manera argumentos similares se cruzan entre ambas temáticas. Entre los críticos, un buen ejemplo puede observarse en SOTO, Sebastián. Ob. cit., pp. 171-213. Entre los defensores, ver un buen ejemplo de respuesta a las objeciones presentadas en FIGUEROA, Rodolfo. “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión teórica”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 36, Nº 3, 2009, pp. 587-620.

77 Ver, United States Supreme Court (1984), Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837. Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837. Sobre esta materia existe mucha literatura y discusiones jurisprudenciales. Ver una historia completa en HICKMAN, Kristin E. y PIERCE JR., Richard J. *Federal Administrative Law*. Foundation Press, New York, 2010, pp. 518-662.

78 Por ejemplo, ver CORDERO, Luis. “Corte Suprema y Medio Ambiente. ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?”. En: *Anuario de Derecho Público 2012*. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2012, pp. 359-375.

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 solo algunas consecuencias que podrían observarse de exacerbarse el impacto de una sentencia activista.

Así, 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.

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

79 Ver, por ejemplo, SUNSTEIN, Cass. “Political equality and unintended consequences”. En: *Columbia Law Review*. Vol. 9, XCIV, N° 4, 1994. Disponible en: <<http://www.jstor.org/stable/1123288>>, descargado el 14 de noviembre de 2013.

80 Así, el tribunal “podría no llegar a producir la reforma social apropiada aunque lo busque (...). La decisión del tribunal puede activar a las fuerzas opositoras y desmovilizar a los actores políticos que la favorecen. Puede provocar una intensa y negativa respuesta social, deslegitimándose en el proceso, así como el objetivo perseguido. De manera más modesta, puede impedir la liberación social, la negociación, el aprendizaje, y la evolución moral en el tiempo” SUNSTEIN, Cass. Ob. cit., p. 59.

81 Sobre una mirada económica crítica acerca del impacto que una Corte activista puede tener en los grupos de interés, y las posibilidades que estos tienen en las Cortes antes que ante la legislatura, ver una posición escéptica en MERRILL, Thomas. “Does public choice theory justify judicial activism after all?”. En: *Harvard Journal of Law & Public Policy*. Vol. 21, 1997, pp. 220-230. Como dice este autor, “el activismo judicial (...) agrega picante al sistema político”. MERRILL, Thomas. Ob. cit., p. 226.

82 SUNSTEIN, Cass. Ob. cit., p. 46. Los costos por errores judiciales pueden provenir tanto de una suma de errores pequeños o bien de pocos errores pero de gran envergadura. *Ibidem*, p. 49.

83 Ídem. Caso equivalente resulta el diseño de buenas reglas en un mercado tan cambiante como el de las telecomunicaciones. *Ibidem*.

84 Ídem.

85 En general, sobre una exploración de esta idea, ver MENDELSON, Wallace. “The politics of judicial activism”. En: *Emory Law Journal*. Vol. 24, 1975, pp. 43-66.

86 *Ibidem*, p. 63

87 A esta pregunta podría sumarse la ausencia de procedimientos que aseguren una participación política y ciudadana más amplia que el derecho individual de los directamente interesados a ser oídos durante el proceso judicial. Generalmente (y salvo algunos casos puntuales en el TC), los procesos judiciales carecen de canales amplios de participación, lo que es especialmente grave tratándose de causas que puedan generar consecuencias sociales importantes.

Estos dos últimos argumentos (el económico y el de la eficacia) no son enteramente concluyentes en contra del activismo, sino que solo 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 previos para estudiar el activismo, que dimos a conocer al comienzo de este artículo. Si ellos se aceptan, entonces las razones que han llevado a algunos a defender el activismo pueden ser rápidamente descartadas.

4. El reclamo por la inexistencia y negación del activismo judicial

Hay un tercer enfoque en materia de activismo judicial, además de los defensores y de los críticos. Este tercer enfoque está dado por aquellos que niegan la idea misma de activismo judicial. Es bueno señalar que, si bien, y como se verá, existen autores importantes que comparten esta visión; para algunos esta 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** del activismo. Pese a todo, la evaluación de los argumentos de estos autores escépticos es, creemos, necesaria.

De esta manera, hay autores de relativo prestigio 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.

88 “Algunos se quejan de que el juez activista actúa ‘cómo si fuera un legislador’ y no un juez. El significado preciso de actuar ‘como si fuera legislador’ raramente es desarrollado. Algunas veces, esta crítica pareciera no significar mucho más que el que un juez esté decidiendo un tema controversial, pero el núcleo de la crítica sugiere que se está ante ‘creacionismo’ judicial, y no la mera aplicación del derecho”. CROSS, Frank y LINDQUIST, Stefanie. Ob. cit., p. 4.

89 EASTERBROOK, Frank. Ob. cit., p. 1401

90 *Ibidem*, pp. 1402-1403.

91 Ver, por ejemplo, el argumento de Roberts, para quien toda conceptualización es esencialmente normativa, porque siempre se presupone una manera dada anteriormente acerca de cómo los jueces deben comportarse. ROBERTS, Caprice. “In search of judicial activism: dangers in quantifying the qualitative”. En: *Tennessee Law Review*. Vol. 74, 2007, p. 570.

92 Hace poco se publicó un artículo de una profesora brasilera, en la revista del Centro de Estudios Constitucionales, que plantea algunas dudas de naturaleza similar a las que aquí se resumen. Ella alega, entre otras cuestiones, que el activismo carece de un concepto unívoco. Ver HENNIG LEAL, Monia Clarissa. Ob. cit., pp. 429-454. Cabe hacer presente, eso sí, que el argumento de Hennig se orienta a la judicatura propiamente jurisdiccional. De esta manera, su razonamiento no es aplicable a los alcances de este artículo, que se focaliza en los tribunales ordinarios pertenecientes al Poder Judicial, y no en el TC.

93 KMIEC, Keenan. “The origin and current meanings of judicial activism”. En: *California Law Review*. Vol. 92, 2004, p. 1443.

94 ROOSEVELT III, Kermit. Ob. cit., p. 3.

95 Esta es la tesis central del libro de Roosevelt III (2009), quien prefiere reemplazar la idea de activismo por una basada en la legitimidad de la justificación de las decisiones, y evalúa (y defiende) diversas sentencias de la Corte Suprema que han sido acusadas

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 solo 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 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.

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 objetada.

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 países⁹⁷.

5. Los indicadores del activismo judicial

Es imprescindible construir indicadores que den alerta de eventos que puedan parecer

de activista. Argumenta que estas sentencias son aceptables en cuanto comportamiento judicial porque ellas sostienen posiciones razonables en términos de respetar o no la acción revisada. De esta manera, libera a la Corte de responsabilidad.

96 EASTERBROOK, Frank. Ob. cit., p. 1403, ROBERTS, Caprice. Ob. cit., pp. 574-600. Sin perjuicio de estas ideas, Easterbrook igual propone una definición que para él es más manejable, aunque finalmente dice que todos los jueces pueden caer en ella, por lo que la definición pierde valor y debería, por lo tanto, ser “abolida”. EASTERBROOK, Frank. Ob. cit., pp. 1409-1410.

97 Estos son ejemplos de algunos jueces que de alguna manera han defendido de manera explícita el activismo judicial o negado la posibilidad de que los jueces sean deferentes o auto-restrictivos en su función: SWYGERT, Luther. Ob. cit., pp. 439-458. –juez federal de la Corte de Apelaciones (C.A.) de EE.UU.– defiende explícitamente el activismo; EASTERBROOK, Frank. Ob. cit., pp. 1401-1416. –juez federal de la C.A. de EE.UU.– quiere abolir concepto de activismo; POSNER, Richard (1983). Ob. cit., pp. 1-24.; Posner, Richard (2012). Ob. cit., pp. 519-556. –juez federal de la C.A. de EE.UU.– es escéptico del *self-restraint*; WRIGHT (1968) –juez federal de la C.A. de EE.UU.– defiende la Corte Warren; JONES, Greg. Ob. cit., pp. 140-179. –*law clerk*– defiende un “tipo de activismo” que asocia a “aspectos estructurales de la Constitución”.

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 utilizadas⁹⁸, ellas no han sido capaces de responder a las objeciones⁹⁹. 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 artículo no es demostrar la existencia sistemática de activismo, sino que solo aplicarlas a casos seleccionados de cierta connotación pública. 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 activismo¹⁰⁰, aunque probablemente existirán muchos casos

“ [E]s frecuente observar una tendencia a reducir los obstáculos procesales, los que ceden ante principios sustantivos de justicia. ”

grises interpretables. Nuestra metodología, entonces, no se dirige a elaborar un *test* que permita evaluar **todos** los casos, sino solo 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 activista¹⁰¹.

Mientras más objetivos sean estos indicadores¹⁰², más probable es que las consecuencias puedan ser compartidas por quienes defienden una sentencia activista por su doctrina y la atacan por su carácter activista¹⁰³.

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 **llamados 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:

98 Por ejemplo, EASTERBROOK, Frank. Ob. cit., pp. 1401-1416; SMITHEY, Shannon y ISHIYAMA, John. Ob. cit., pp. 719-742.; CHOUDHRY, Sujit y HUNTER, Claire. "Measuring judicial activism on the Supreme Court of Canada: A comment on Newfoundland (treasury board) v. NAPE". En: *McGill Law Journal/Revue de Droit de McGill*. Vol. 48, 2003, pp. 525-562; RINGHAND, Lori. Ob. cit., pp. 43-102.

99 Por ejemplo, ver HELLMAN, Arthur. Ob. cit., p. 257. En extenso, sobre esta materia, ver el estudio crítico de ROBERTS, Caprice. Ob. cit., pp. 567-621.

100 Así lo ha sostenido de manera explícita, por ejemplo, SADURSKI, Wojciech, p. 96.

101 EASTERBROOK, Frank. Ob. cit., pp. 1405-1406.

102 HELLMAN, Arthur. Ob. cit., p. 259.

103 Incluso algunos críticos del concepto mismo de activismo han admitido la posibilidad de que exista una legitimidad objetiva en las decisiones de las Cortes, e incluso han propuesto maneras de hacerlo. Un buen ejemplo en ROOSEVELT III, Kermit. Ob. cit., p. 4.

- i. El juez activista y su argumentación intenta resolver los casos, y no eludir la decisión. Por ello, es frecuente observar una tendencia a reducir los obstáculos procesales, los que ceden ante principios sustantivos de justicia¹⁰⁴. Así, las cortes amplían sus propios poderes¹⁰⁵, por ejemplo, mediante una interpretación expansiva, como ocurre cuando la sentencia crea obligaciones que no emanan clara y precisamente del lenguaje de la norma interpretada¹⁰⁶. Para ello, puede invocarse razones amplias como “la justicia”, o “la dignidad humana”, o derechos fundamentales como la igualdad o la libertad personal¹⁰⁷. 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 caso¹⁰⁸.
- 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 controlar¹⁰⁹ mediante el mal uso de técnicas, por ejemplo, como la proporcionalidad¹¹⁰.
- iii. Se desconocen las ataduras interpretativas¹¹¹, o sencillamente los jueces se apartan del texto, la estructura y la historia de la norma que interpretan¹¹². Ello sucede, por ejemplo, cuando la interpretación es contraria a la voluntad clara de los redactores o a las claras implicaciones del lenguaje¹¹³.
- 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 caso¹¹⁴. La “estabilidad interpretativa”, se rompe cuando se alteran doctrinas judiciales anteriores¹¹⁵, alterando el *statu quo*¹¹⁶ y sin respetar el resultado del

104 WOLFE, Christopher. Ob. cit., pp. 3-4.

105 *Ibidem*, pp. 4-5; POSNER, Richard. *The Federal Courts: Challenge and reform*. En: Harvard University Press, 1996, p. 318. Aunque en un sentido diferente, ver Easterbrook, Frank. Ob. cit., p. 1404; HELLMAN, Arthur. Ob. cit., p. 254. Esto genera un escenario propicio para el activismo cuando el rango de casos es amplio y las materias variadas. SMITHEY, Shannon y ISHIYAMA, John. Ob. cit., p. 720.

106 HELLMAN, Arthur. Ob. cit., pp. 260-261. A veces, incluso puede significar la creación de derechos. ZÚÑIGA, Francisco. “Judicatura y Activismo Judicial”. En: *Revista de Derecho Público*. Vol. 73, 2010, p. 61.

107 El activismo intenta dar contenido a garantías constitucionales generales mediante discursos retóricos imprecisos y generales WOLFE, Christopher. Ob. cit., p. 2. Mediante este tipo de argumentaciones, las Cortes suelen “poner” (*put*) valores adicionales a la Constitución cuya pertenencia es discutible. PERRY, Michael. Ob. cit., p. 70. Normalmente, las sentencias activistas son muy retóricas. Ver, por ejemplo, COHN, Magrit- KREMNITZER, Mordechai. “Judicial activism: a multidimensional model”. En: *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. Vol. XVIII, N2, 2005, pp. 333-356. Mediante este tipo de técnica, se pueden utilizar conceptos constitucionales abiertos (como *due process* o *equal protection*) para dar respuestas precisas, donde es probable ver que jueces utilizan sus propias predilecciones. WRIGHT, James. Ob. cit., pp. 1-2.

108 Con todo, para que el problema de la interpretación sea un buen identificador del activismo, se requiere precisar la existencia de alguna metodología disponible. Respecto de ello, existe mucha discusión en EE.UU. (no tanto en Chile), lo que hace complejo utilizar este elemento allá y menos acá. Kmiec, Keenan. Ob. cit., pp. 1473-1475.

109 WOLFE, Christopher. Ob. cit., p. 4

110 En general, se ha identificado el activismo con metodologías de aplicación judicial, tales como el principio de proporcionalidad y el *balancing test*. Estas metodologías abren la puerta, en ciertas ocasiones a identificar la discusión sobre activismo. Ver un buen estudio de estas materias, aplicado a los casos de Alemania y Brasil, en BENVINDO, Juliano Zaiden.

111 WOLFE, Christopher. Ob. cit., pp. 2-3; YOUNG, Ernest. “Judicial activism and conservative politics”. En: *University of Colorado Law Review*. Vol. 73, N° 4, 2002, p. 1141.

112 *Ibidem*, pp. 1147-1149.

113 CANON, Bradley. Ob. cit., pp. 242-243

114 WOLFE, Christopher. Ob. cit., p. 3. Así, por ejemplo, algunos autores “midan” el activismo de manera cuantitativa sobre la base, entre otras variables, de si se siguió o no el precedente. Por ejemplo, RINGHAND, Lori. Ob. cit., pp. 43-102.

115 CANON, Bradley. “Defining the dimensions of judicial activism”. En: *Judicature*. Vol. 66, N° 6, 1983, p. 241.

116 Por eso el activismo a veces se asocia con el control constitucional de la ley, aunque no de manera exclusiva WRIGHT, James. Ob. cit., p. 2. La Corte Warren fue acusada de activista no porque utilizara los poderes judiciales (que antes ya se habían utilizado), sino porque ellos se pusieron al servicio de una agenda para cambiar el *statu quo* y no para preservarlo. *Idem*.

proceso político¹¹⁷. Con frecuencia, se establecen prohibiciones nuevas a los actores políticos frente a conductas que no se encuentran directamente prohibidas por la Constitución¹¹⁸; o se ordenan conductas de manera intrusiva¹¹⁹. Esta es, probablemente, una de las maneras más aceptadas de identificar el activismo¹²⁰. 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 presentes¹²¹.

- v. Tendencia a decisiones con amplios resultados¹²², como el maximalismo¹²³. Recordemos que el minimalista resuelve lo necesario para el caso y deja las cosas 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 caso¹²⁴. 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 alerta¹²⁵.

- 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”¹²⁶. Se derrotan las visiones dadas en el proceso político, siendo negadas por los jueces activistas¹²⁷.

Como puede observarse, nuestro *test* de indicadores solo 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.

117 CANON, Bradley. Ob. cit., pp. 244-245.

118 GRAGLIA, Lino. Ob. cit., p. 296.

119 YOUNG, Ernest. Ob. cit., p. 1141.

120 KMIEC, Keenan. Ob. cit., p. 1471.

121 Ver, por ejemplo HELLMAN, Arthur. Ob. cit., pp. 263-264.

122 WOLFE, Christopher. Ob. cit., p. 4

123 Ver una aplicación de esto al activismo en YOUNG, Ernest. Ob. cit., pp. 1151-1154.

124 *Ibidem*, p. 1152.

125 Este pareció ser el caso de los jueces Holmes, Brandeis y Stone respecto del activismo de la Corte Suprema. Aunque el punto es discutible, hay quienes creen que el reproche de activismo que estos jueces hacían obedecía más bien a un movimiento táctico que a una filosofía jurídica. Por ejemplo, COVER, Robert. Ob. cit., p. 1288.

126 EASTERBROOK, Frank. Ob. cit., p. 1404.

127 CANON, Bradley. Ob. cit., pp. 240-241.