

Activismo y *accountability* judicial

Resulta conveniente promover una cultura de auto-restricción y de minimalismo judicial, en que los jueces aplican las leyes al caso concreto, absteniéndose de utilizar la vía judicial para reconducir programas gubernamentales o impulsar reformas sociales. El ejemplo de otros países puede servir de referencia.

El fallo *Castilla*ⁱ, dictado por la unanimidad de la tercera sala de la Corte Suprema, será, sin lugar a dudas, una de las sentencias más comentadas de 2012. Lo demuestra, por lo demás, la gran cobertura mediática y el copioso debate entre expertos de diversas disciplinas que se ha generado. Y si bien buena parte del debate ha estado más bien focalizado en el impacto de la sentencia en términos de la matriz energética del país, de costos del sistema, y en la incertidumbre para la industria de invertir en proyectos de gran escala como éste –donde el cumplimiento de la ley y los estándares regulatorios parecieran no ser suficientesⁱⁱ–, desde la perspectiva jurídica, el debate ha estado marcado respecto de si la Corte fue más allá de sus atribucionesⁱⁱⁱ. El mes anterior, similar cobertura y controversia generaba la sentencia en el denominado caso *Pitronello*^{iv}, donde, se recordará, el Ministerio Público buscaba imputar a Pitronello bajo la Ley Antiterrorista por haber puesto una bomba en una sucursal bancaria. En la sentencia, pronunciada por el 4° Tribunal Penal Oral, en votación dos contra uno, se descartó que los hechos imputados constituyeran delito terrorista, condenándose en cambio por tenencia ilegal de artefacto explosivo, adulteración de placa patente y daños. En el pasado, otros “casos difíciles” –aquellos política o culturalmente controversiales– donde la cuestión del “activismo judicial” ha estado presente, han sido los denominados casos *Isapres*^v o el *Píldora II*^{vi}, estos en sede del Tribunal Constitucional.

Todos estos “casos difíciles”, típicamente constitucionales –y los excesos en los que habrían incurrido los jueces respecto de sus atribuciones–, sirven para ilustrar lo que en derecho comparado –en particular en el derecho norteamericano– se conoce como “activismo judicial”, esto es, el que en determinados casos, los jueces, dejarán de ser los monumentos a la imparcialidad y a las formas –en los términos del modelo ideal descrito

por Shapiro^{vii}—, y bajo el efecto de las mismas pasiones, miserias, e incentivos que el resto de los individuos, resolverán una controversia basándose en sus propias creencias o preferencias políticas o de política pública, religiosas, culturales, etc., más que en la norma legal o en los elementos de interpretación auxiliares a ella. En este sentido, el “garantismo” penal puede ser considerado una forma de activismo judicial^{viii}.

Lo anterior es de la mayor relevancia, no sólo porque se trata de categorías que conviene tener a la mano a la hora de analizar el comportamiento de los jueces en los “casos difíciles”, sino, y lo que es relevante para efectos de las políticas públicas judiciales, entrega ciertamente un argumento adicional respecto de la importancia que tienen los mecanismos de control sobre los jueces, los que sabemos, hoy en Chile tienen una serie de defectos.

Y es que como ya hemos venido sosteniendo en nuestras publicaciones^{ix}, avanzar en materia de control mediante evaluación por desempeño de los jueces resulta fundamental, tanto para aumentar los niveles de rendición de cuentas de estos —y tener la posibilidad de establecer sistemas de evaluación objetivos de desempeño que sean capaces de premiar/incentivar a los buenos jueces y castigar/desincentivar a los malos—, como asimismo para fortalecer la autonomía judicial (especialmente interna). Más aún; si bien ha ido aumentando el consenso respecto de cómo evaluar aspectos cuantitativos de la labor judicial, conviene ahora profundizar en los aspectos cualitativos, aquellos vinculados al proceso de decisión judicial y a la sentencia misma, tendencia que comienza a avanzar en el mundo y en donde encontramos buenas prácticas para imitar.

Activismo versus auto-restricción judicial

El diccionario *Black's Law* define activismo judicial como la “filosofía sobre la decisión judicial mediante la cual los jueces permiten dictar sus sentencias sobre la base de sus visiones propias en materia de política pública, entre otros factores”^x. El término fue introducido por el destacado académico Arthur Schlesinger Jr. en uno de los números de la Revista *Fortune* de 1947^{xi}.

En este sentido, una hipótesis plausible para explicar el resultado de una sentencia en casos difíciles, debiera encontrarse más bien en la persecución de ciertos fines extralegales sobre la base de meras preferencias ideológicas, culturales o inclusive morales de los jueces (e.g., en un caso como *Castilla*, la protección de un medio ambiente libre de contaminación a cualquier costo, la creencia de que el país debe aumentar la presencia de energías renovables no convencionales en la matriz

energética, oponerse al capitalismo, etc.)^{xii}. En otras palabras, un juez o un grupo de ellos deja de interpretar el arreglo social existente –materializado en la legislación o regulación administrativa aplicable– para resolver una controversia, y se transforma en un reformador social, un agente de cambio ante reglas existentes que no se condicen con sus propias preferencias en la materia en cuestión. En todo caso, como ha sostenido Posner, muchas veces el juez no es consciente de que ha tomado una decisión bajo la influencia de estas preferencias^{xiii}.

Al activismo judicial se opone la filosofía de la auto-restricción o auto-contención judicial (*judicial restraint*)^{xiv} –que en Estados Unidos surge desde sectores conservadores frente al activismo judicial de la “liberal” Corte Warren–. El Diccionario *Black’s Law* la define como la “filosofía sobre la decisión judicial por medio de la cual los jueces se abstienen de incluir sus creencias personales sobre el bien común y en cambio tratan meramente de interpretar el derecho de acuerdo a lo establecido en la legislación y en los precedentes judiciales”^{xv}. Bajo ésta los jueces desarrollan su tarea maximizando el uso de las reglas legales disponibles para la solución de la controversia jurídica concreta a la que se están avocando, y minimizando la injerencia de su decisión en el proceso político y en la definición de políticas públicas y regulaciones, las que están en manos de los representantes del pueblo, electos y responsables ante el pueblo. Para los críticos, en todo caso, la auto-restricción judicial no es más que un pretexto de quienes están disconformes con los resultados o interpretaciones de determinados fallos^{xvi}.

En Chile, doctrinas de auto-restricción judicial encontramos, por ejemplo, en la constitucional de deferencia razonada^{xvii}. Así, la tercera sala de la Corte Suprema podría haber adoptado una posición de auto-restricción, dado que existían elementos de fondo para ello (e.g., deferencia experto) o ni siquiera habiendo entrado al fondo (sostener que se trata de una controversia para un juicio de lato conocimiento). En todo caso, este minimalismo judicial, para que sea coherente, debe ser extendido a las más diversas materias. Porque tan activismo judicial puede ser *Castilla*, como lo han sido casos como *Píldora II* o *Isapres* del Tribunal Constitucional, donde los sectores que suelen defender esta forma de minimalismo judicial han aplaudido los mismos.

Control judicial: evaluación por desempeño

¿Es posible detectar el activismo judicial o, en otras palabras, controlar a los jueces que manifiestamente se apartan de la ley o el precedente judicial arraigado sustituyéndola por sus propias preferencias políticas o de política pública? Eso nos lleva, por un nuevo camino, a transitar por el viejo problema del *accountability* judicial. En este sentido, existen al menos tres

aspectos básicos respecto del *accountability* judicial que se deben considerar^{xviii}:

En primer lugar, en una sociedad democrática, los jueces, al igual que el resto de las autoridades públicas, deben rendir periódicamente cuenta de su labor ante la ciudadanía –dado que en los casos manifiestamente graves, excepcionales, se puede enfrentar la acusación constitucional–; existiendo diversos mecanismos que pasan desde los más problemáticos de elección popular de jueces (Estados Unidos) o periodos de nombramiento (como es el caso del Tribunal Constitucional y tribunales especializados en Chile), hasta los más comunes de evaluación por desempeño sobre la base de indicadores objetivos;

En segundo lugar, la evaluación por desempeño^{xix} permite, desde la perspectiva social y de usuarios verificar los supuestos, percepciones y creencias de los operadores; permite a jueces y tribunales responder a las preocupaciones de los individuos y grupos usuarios; es un pre-requisito para demandas basadas en evidencia frente a nuevas iniciativas judiciales, y aumentos de recursos presupuestarios; y provee los medios para que los tribunales puedan demostrarle al público cómo son utilizados los recursos, cumpliendo su deber de rendición de cuentas. Desde la perspectiva de los jueces y funcionarios judiciales permite reconocer objetiva y equitativamente las contribuciones individuales de cada profesional y el colectivo; es una herramienta para canalizar sistemas de premios y reconocimientos económicos y no económicos; es un instrumento de mejora y adecuación de planes de formación/capacitación; permite generar un procedimiento de apoyo a los sistemas de progresión en el desarrollo de la vida judicial;

Finalmente, en tercer lugar, la evaluación por desempeño debe considerar no tan sólo una multiplicidad de instrumentos (benchmarking, auto-evaluación, evaluación de pares, evaluación por expertos, encuestas de satisfacción de usuarios; etc.); sino que tanto indicadores cuantitativos (volumen de trabajo; complejidad de los asuntos; cumplimiento de plazos procesales; acumulaciones; uso de nuevas tecnologías; dedicación de acuerdo a tipos de materia que conoce, capacitación; publicaciones jurídicas; ponencias y participación en seminarios; docencia; etc.), como cualitativos.

En efecto, como demuestra la evidencia internacional reciente en países OCDE, encontrar consensos respecto de indicadores cuantitativos es fácil; lo complejo es lograr acuerdos en lo cualitativo^{xx}. El argumento central contra la evaluación cualitativa es simple: cualquier intromisión en el núcleo de la decisión judicial implica vulnerar la independencia judicial del juez que está fallando el caso en concreto. Es por ello que típicamente se rechaza el uso de indicadores de revocación de fallos por parte de

tribunales superiores y se sostiene que la única forma de controlar la decisión es mediante los recursos procesales existentes.

Sin embargo, la propia experiencia internacional ha ido generando buenas prácticas en esta materia. En Francia^{xxi}, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Paris formó un comité de expertos de evaluación de la calidad de sentencias en 2003. En 2004, se evaluaron 200 casos y 1.500 en el 2006. Se establecieron dos criterios (a) de evaluación del proceso de la decisión judicial y (b) de la decisión judicial misma. En el primer caso se analizaron las siguientes preguntas: ¿existió un reporte en la audiencia? ¿qué tipo de audiencia fue? ¿qué tipo de decisión fue? ¿fechas de audiencia, de la sentencia y la publicidad? Por otro lado, entre los criterios de evaluación de la decisión judicial se encontraban: ¿se establecen los hechos de forma clara? ¿se mencionan las pretensiones de las partes? ¿está motivada la sentencia? ¿se mencionan las bases legales del fallo? ¿la sentencia se hace cargo de los costos? ¿se especifican los días en que comienzan a correr intereses y multas? ¿se especifican los mecanismos de ejecución de la sentencia?

Por otro lado, en 2002, en los Países Bajos^{xxii}, entró en funcionamiento un sistema integral de evaluación de tribunales basado en el control de estándares de calidad, basado en una evaluación anual del funcionamiento del tribunal; y uso de *benchmarking* entre tribunales para evaluar cumplimiento de estándares de calidad. Por otra parte, cada cuatro años, se realiza una evaluación de percepción de usuarios; una de satisfacción interna respecto de la función, la organización y el equipo administrador; y una de un comité independiente externo mediante informe público y al Ministerio de Justicia. Ello es a su vez complementado por evaluaciones de pares (jueces a jueces respecto de trato a las partes del proceso, conducta y calidad de las sentencias); y procedimientos de reclamo frente a jueces y funcionarios. Una evaluación de 2007 demostró los buenos resultados de este enfoque.

Chile hoy está en el peor de los mundos en esta materia: un régimen de control de la labor de los jueces que no distingue entre evaluación de desempeño y sanciones disciplinarias, y que por la forma en que se aplica el esquema de calificaciones –por el superior jerárquico en procedimientos poco transparentes–, daña la independencia interna. Con todo, hay espacio para ser optimistas: algunos elementos de la evaluación por desempeño estuvieron presentes en la discusión de la Ley N° 20.224 (2007) que modificó la Ley N° 19.531 sobre remuneraciones del Poder Judicial, lo que nos introdujo en el debate sobre los bonos por desempeño judicial (desempeño institucional y colectivo), y en la última década se han intensificado iniciativas para reformar el sistema de calificaciones, tanto en la academia como al interior de la propia Judicatura (i.e., Foro Judicial).

Conclusión

Sentencias recientes como *Castilla* o *Pitronello* han causado controversia al estimarse que los jueces sentenciadores se han excedido en sus atribuciones. Una hipótesis posible, si miramos la literatura en materia de comportamiento judicial se vincula al concepto de “activismo judicial”. Si bien se trata de una categoría que no ha sido mayormente desarrollada por nuestra doctrina, ello no implica que no deba ser objeto de estudio. Obviar esta literatura puede ser un gran error. Asimismo, resulta conveniente promover una cultura de auto-restricción judicial, de minimalismo judicial, en que los jueces aplican las leyes al caso concreto, absteniéndose de utilizar la vía judicial para reconducir programas gubernamentales o impulsar reformas sociales.

Fallos como estos, nos recuerdan que en una sociedad democrática, los jueces –y sus sentencias– deben ser objeto de escrutinio y control; no sólo académico –o de otras autoridades–, sino de manera periódica. En este sentido, la evaluación por desempeño de los jueces, gana terreno en el mundo, sobre la base de la medición de aspectos cuantitativos y cualitativos. Incluso, como se ha visto, existe una tendencia creciente hacia la evaluación de estándares de calidad judicial, y ya se van generando una serie de buenas prácticas que pueden ser seguidas por nuestro país.

En breve...

- Sentencias recientes como *Castilla* o *Pitronello* han causado controversia al estimarse que los jueces sentenciadores se han excedido en sus atribuciones. Una hipótesis posible, si miramos la literatura en materia de comportamiento judicial se vincula al concepto "activismo judicial". Si bien se trata de una categoría que no ha sido mayormente desarrollada en nuestra doctrina, ello no implica que no deba ser objeto de estudio. Obviar esta literatura puede ser un gran error.
- Resulta conveniente promover una cultura de auto-restricción judicial, de minimalismo judicial, en que los jueces aplican las leyes al caso concreto, absteniéndose de utilizar la vía judicial para reconducir programas gubernamentales o impulsar reformas sociales.
- Fallos como estos, nos recuerdan que en una sociedad democrática, los jueces y sus sentencias deben ser objeto de escrutinio y control; no sólo académico o de otras autoridades, sino de manera periódica. Existe una tendencia creciente hacia la evaluación de estándares de calidad judicial, y ya se van generando buenas prácticas que pueden ser seguidas por nuestro país.

ⁱ Rol N° 1960-2012, de 28 de agosto de 2012.

ⁱⁱ A lo anterior, podríamos sumar la falta de idoneidad del recurso de protección como sede para discutir el asunto; la falta de evaluación costo-beneficio de una decisión como ésta –esto es, consideraciones consecuencialistas o de proporcionalidad, que se sumen a las propias de la ponderación de derechos fundamentales–; o en la incertidumbre respecto de cómo actuaran los tribunales superiores de justicia en casos como éste cuando hayan sido los tribunales ambientales los que se hayan pronunciado.

ⁱⁱⁱ Así, por ejemplo, hemos examinado críticamente la sentencia concluyendo que (i) la Corte Suprema (CS) reconoce que la Ley de Bases del Medio Ambiente no obliga al titular de un proyecto que se relacione con otro a presentarlos conjuntamente, con lo cual la Corte se transforma en regulador, estableciendo su propio estándar al exigir la presentación conjunta del proyecto; (ii) se atribuye la calidad de experto técnico –realizando una evaluación directa y determinando la forma en que se debe realizar la gestión o evaluación de los proyectos, transformándose así en un gestor de política pública– cuando su función es resolver las controversias entre las partes; y (iii) las normas de emisión no son el único parámetro que contempla la calificación industrial prevista en la regulación urbana, por lo que, aunque se hayan considerado los factores contemplados en las normas de emisiones como estándar de objetividad para el cambio de contaminante a molesta, al no ser el único elemento considerado, es necesario aplicar el principio precautorio que evitaría un eventual daño ambiental. Ver Fallo Público N° 28, “Caso Castilla: Cuando la justicia se transforma en regulador”, Libertad y Desarrollo, septiembre de 2012. Disponible en línea en: http://www.lyd.org/wp-content/files_mf/fallosp%C3%9Ablicos28septiembre2012.pdf

^{iv} Rol N° 150-2012, de 15 de agosto de 2012.

^v Por caso “Isapre I” se entiende el que falla la primera acción de inaplicabilidad (artículo 93 N° 6 de la Constitución) respecto del artículo 138 ter de la Ley de Isapres, STC Rol N° 976-07, de 26 de junio de 2008. Posteriormente, destaca la sentencia de declaración de inconstitucionalidad (artículo 93 N° 7 de la Constitución) de partes del mencionado precepto, mediante STC Rol N° 1710-2010, de 06 de agosto de 2010.

^{vi} STC Rol N° 740-2008, de fecha 18 de abril de 2008.

^{vii} Shapiro, Martin, Courts: A Comparative and Political Analysis, The University of Chicago Press, 1981, p. 1.

^{viii} En efecto, el uso de formalismos –sea procesales, de análisis puramente discrecionales de los elementos de los tipos penales aplicables, etc.– que buscan adscribirse más bien a doctrinas penales y sociológicas críticas del uso del derecho penal, y en particular de la privación de libertad frente al fenómeno delictual –entre otras razones porque los victimarios son en realidad víctimas de la sociedad, del modelo, etc.–; que al derecho vigente. Uno de los textos más citados en la materia es Roberto Gargarella: De la injusticia penal a la justicia social, Siglo del Hombre Editores, 2008.

^{ix} Ver, por ejemplo, de José Francisco García, “Reforma al Poder Judicial: Una agenda para la discusión”, Libertad y Desarrollo, Serie Informe Político N° 100, abril de 2007. Disponible en línea en: http://www.lyd.org/wp-content/files_mf/sip100reformaalpoderjudicialunaagendaparaladiscusionjfgarciaabril2007.pdf; “Diseño Institucional de la Judicatura y Gobierno Judicial: lecciones para Chile desde el Derecho Comparado” en García et al (eds.), Reforma al Poder Judicial, Libertad y Desarrollo-UAI-UC, 2007, pp. 75-120; y “Corte Suprema y Gobierno Judicial: Un programa de reformas”, Revista *Actualidad Jurídica (UDD)*, Vol. 20, 2009.

^x Black’s Law Dictionary, West Group, Second pocket edition, 2001, p. 380.

^{xi} Kmiec, Keenan D., The origins and current meanings of “judicial activism”, California Law Review, octubre de 2004, pp. 1442-1476.

^{xii} Para Posner: “La ideología no es el único recurso al que acceden los jueces cuando han de tomar decisiones en aquellas cuestiones que caen en la zona abierta. Los valores religiosos y morales están entre tales fuentes y son a su vez producto de cómo crecimos, qué educación recibimos, cuáles son nuestras principales experiencias vitales, nuestras experiencias laborales, y características personales que pueden, a su vez, traer aparejadas el tipo de experiencias que un individuo trata de tener. Las características personales incluyen la raza, el sexo, la etnia y otros elementos innatos que identifican a la persona, pero también el temperamento, que conforma no sólo nuestros valores, sino también predisposiciones tales como la timidez y la audacia, que influyen el modo en que una persona responde ante las circunstancias”. Posner, Richard, “Cómo deciden los jueces”, Marcial Pons, 2011, p. 112.

^{xiii} Posner, op.cit., p. 96.

^{xiv} Para un análisis más detallado respecto del debate activismo judicial y auto contención judicial ver Posner, op. Cit., p. 316 y ss. Ver también Shapiro y Alec Stone Sweet, On Law, Politics & Judicialization, Oxford University Press, 2002, pp. 22-24.

^{xv} Black’s Law Dictionary, West Group, Second pocket edition, 2001, p. 382.

^{xvi} Ver Murphy, Walter F., C. Herman Pritchett y Lee Epstein, Courts, Judges & Politics: An introduction to the judicial process, 2002 (5° ed.), Mc Graw-Hill, pp. 141, y 311-312.

^{xvii} Ver típicamente Zapata, Patricio, Justicia Constitucional, Editorial Jurídica, 2008, pp. 225-290.

^{xviii} Ver nota al pie ix.

^{xix} Ver José Francisco García, “*Accountability* Judicial y Evaluación por desempeño”, presentación en el Seminario Internacional BID-Poder Judicial sobre sistemas de control de desempeño de jueces y funcionarios del poder judicial, de 27 de agosto de 2012. Disponible en línea en: <http://www.lyd.com/wp-content/uploads/2012/08/Evaluacion-por-Desempeno-PJUD-27.08-final.pdf>

^{xx} Ver Klaus Decker, Christian Mühlen y David F. Varela, “Improving the performance of justice institutions: Recent experiences from selected OECD countries relevant for Latin America”, World Bank 2011. Disponible en línea en: <http://siteresources.worldbank.org/INTECA/Resources/librojusticialING-cian.pdf>

^{xxi} Idem.

^{xxii} Idem.