

DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES AL ACTIVISMO JUDICIAL. EL VOTO DE MINORÍA EN EL CASO “MUNICIPALIDAD DE PUCÓN” *

SERGIO VERDUGO R.
JOSÉ FRANCISCO GARCÍA G.

RESUMEN: *Ramírez Rojas con Municipalidad de Pucón* es una sentencia destacada, no porque pasará a la historia como un caso que vaya a sentar jurisprudencia, sino por su voto de minoría que, de manera cruda, responde a los elementos centrales de aquello que la literatura ha denominado “activismo judicial”. Para los autores, obviar esta categoría de análisis y la literatura que la discute, puede ser un gran error y, probablemente, una ingenuidad. El activismo judicial, entendido como el uso de las decisiones judiciales como mecanismo de reforma social basadas en las preferencias personales de los jueces, es un fenómeno que pareciera haber tomado fuerza durante 2012 en nuestro país, siendo el voto de minoría de “*Municipalidad de Pucón*” un caso paradigmático que permite entender la manera en que los exponentes del activismo entienden el rol de los jueces y el Estado de Derecho en democracia. Entender esta filosofía judicial, examinarla críticamente y analizar brevemente sus consecuencias negativas para nuestro ordenamiento jurídico y democrático, son el núcleo de este comentario.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El caso “*Ramírez Rojas con Municipalidad de Pucón*” y el voto de minoría del ministro Muñoz. 2.1. Los hechos y la historia procesal de “*Municipalidad de Pucón*”. 2.2 El voto disidente del juez Muñoz en “*Municipalidad de Pucón*”. 3. Activismo Judicial. 4. Filosofías judiciales alternativas. 4.1 Autorrestricción judicial (*Judicial self restraint*). 4.2 Minimalismo Judicial. 5. Conclusión. 6. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El objeto de este comentario es criticar el voto particular del ministro Sergio Muñoz, a propósito de la sentencia de la Corte Su-

* Agradecemos la colaboración de Carla Ottone, ayudante de la Dirección de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Todas las traducciones fueron realizadas por los propios autores.

prema en el caso “Ramírez Rojas con Municipalidad de Pucón” (en adelante, “*Municipalidad de Pucón*”)¹. Argumentaremos que el razonamiento entregado en este voto pertenece a lo que la literatura especializada, en particular la norteamericana, denomina “activismo judicial”, y criticaremos las consecuencias negativas que este tipo de prácticas producen dentro de nuestro sistema jurídico. Por “activismo judicial”, entenderemos aquellas decisiones tomadas por jueces que siguen sus preferencias personales (ya sea morales, políticas, etc.) en contra de las normas jurídicas establecidas y conocidas, ya sea para avanzar en reformas sociales o para defender principios que se estiman como especialmente importantes, contrariando la seguridad jurídica que da el Estado de Derecho. Asimismo, si bien buena parte de la literatura, especialmente norteamericana, analiza el activismo judicial desde la óptica del *judicial review* (control de constitucionalidad de la legislación), las formas de activismo judicial son más amplias².

Si bien el voto disidente de “*Municipalidad de Pucón*” es un buen ejemplo de “activismo judicial”, según explicaremos, es importante tener presente que el mismo pareció responder a una tendencia que se observó con mayor amplitud durante el año 2012, y en donde también destacaron algunas sentencias redactadas por el propio ministro Muñoz. En efecto, un buen ejemplo de lo anterior fue el denominado fallo “*Castilla*”, dictado por la unanimidad de la tercera sala de la Corte Suprema³, la que ha sido considerada como una de

¹ CORTE SUPREMA, sentencia rol 1785-2012, de 30 de mayo de 2012. Esta sentencia revoca una decisión de la CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, sentencia rol 4-2011, de 31 de enero de 2012.

² En el contexto norteamericano, el activismo judicial es definido como una filosofía del proceso de toma de decisiones judiciales por la cual los jueces permiten que sus opiniones personales en materia de política, entre otros factores, guíe la sentencia respectiva. En esta tradición jurídica, normalmente el activismo judicial se asocia a violaciones de precedentes judiciales anteriores que, se supone, debieran seguirse, oponiéndose al denominado *judicial restraint*. Entre otros, ver BLACK’S LAW DICTIONARY (2006) p. 391. Fuera de Chile, existe mucha literatura sobre activismo judicial. Por citar algunos ejemplos, ver WOLFE (1997), ROACH (2001), BARTON (2003) y LINDQUIST y CROSS (2009). Dentro de nuestro país, y sin perjuicio de que en el debate corriente se suela utilizar la terminología (aunque de una manera intuitiva más que académica), existen algunos pocos académicos que han trabajado estas materias, como ocurre con COUSO (2004) y HENRÍQUEZ (2010).

³ CORTE SUPREMA, sentencia rol 1960-2012, de 28 de agosto de 2012.

las sentencias de mayor impacto del año 2012⁴. Si bien buena parte del debate ha estado más bien focalizado en el rol de la sentencia en términos de la configuración de la matriz energética del país, de costos del sistema, y en la incertidumbre para la industria de invertir en proyectos de gran escala (donde el cumplimiento de la ley y los estándares regulatorios parecieran no ser suficiente⁵), desde la perspectiva jurídica, el debate ha estado marcado respecto de si la Corte fue más allá de sus atribuciones⁶. Otro ejemplo reciente, de similar cobertura y controversia, fueron las decisiones judiciales del denominado caso “*Pitronello*”⁷, donde se descartó que los hechos imputados constituyeran delito terrorista, condenándose al inculgado por mera tenencia ilegal de artefacto explosivo, adulteración de placa patente y daños. En este caso, el “garantismo penal” parece haber influido en un fallo dictado contra reglas jurídicas expresas,

⁴ Lo demuestra, por lo demás, la gran cobertura mediática y el copioso debate entre expertos de diversas disciplinas que se ha generado. En este debate, por lo demás, la propia Corte Suprema ha participado mediante una declaración en que comenta los dichos de la Ministra de Estado respectiva. Ver CORTE SUPREMA, declaración de 11 de septiembre de 2012: http://www.poderjudicial.cl/noticias/File/Ministra%20Benitez.pdf?opc_menu=&opc_item=

⁵ 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 esta –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 actuarán los tribunales superiores de justicia en casos como este cuando hayan sido los tribunales ambientales los que se hayan pronunciado.

⁶ Así, por ejemplo, ver algunas conclusiones en se ha concluido que (i) la Corte Suprema 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 LIBERTAD Y DESARROLLO (2012).

⁷ Ver la sentencia del CUARTO TRIBUNAL DEL JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO, RIT O-150-2012; y la sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol N° 2384-12, de 19 de noviembre de 2012.

lo que, desde luego, también puede ser considerado como una forma de activismo judicial⁸.

Fallos como los anteriores se suelen caracterizar por ser “casos difíciles”, donde, sin perjuicio de existir preceptos legales expresos aplicables, es común encontrar normas de textura relativamente abiertas que son entregadas al intérprete para que resuelva una causa de alto contenido moral o social⁹. Utilizando este tipo de normas de textura abierta (que normalmente admiten más de una aplicación particular posible), los jueces activistas suelen elegir el sentido más conveniente para sus propias convicciones, incluso contrariando el sentido específico de reglas legales explícitas.

En este sentido, cuando existen este tipo de “casos difíciles” frente a normas de textura abierta y se le pide al intérprete a resolver la controversia sobre la base de “principios”, es más probable que las preferencias personales de los jueces influyan en la decisión¹⁰, razón por la cual algunos han cuestionado la legitimidad del control constitucional judicial de la ley (*judicial review*) basada en derechos fundamentales (entendidos como principios)¹¹. Existen casos en que es fácil identificar el activismo judicial (en “*Pitronello*”, por ejemplo,

⁸ En efecto, el uso de formalismos (sea procesales, de análisis puramente discrecionales de los elementos de los tipos penales aplicables, u otros) busca adscribirse más bien a doctrinas penales y sociológicas críticas del uso del *ius puniendi*, y en particular de la privación de libertad de delinquentes que son considerados como víctimas de la sociedad o del modelo económico, con lo que el derecho vigente queda en un segundo plano. Uno de los textos más citados en la materia es GARGARELLA (2008).

⁹ La idea de las reglas de textura abierta fue originalmente desarrollada por HART (1994 2ª ed., primera ed. de 1961) pp. 124-136.

¹⁰ Justamente, frente a la excesiva discrecionalidad que este tipo de situaciones le entregan a los jueces, es que Dworkin llama a disciplinarlos sobre la base de la argumentación, la coherencia y el precedente anglosajón, utilizando lo que denomina como la “novela encadenada”. Ver DWORKIN (1986) pp. 228-244. ¿Es enteramente aplicable una tesis de “principios” dworkiniana en un contexto externo al *common law* norteamericano? Si la respuesta fuera negativa, entonces la utilización de los “principios” sería más problemática en países que tienen una tradición más influida por los Códigos y las reglas escritas en la legislación y menos por las decisiones judiciales y la jurisprudencia pasada.

¹¹ Muchos autores han invocado este tipo de argumentos en contra del control constitucional de la ley realizado por jueces no electos. La versión más sofisticada de esta crítica pertenece a WALDRON (1999), trabajo que complementa con WALDRON (2006). En Chile, los primeros exponentes de este debate fueron ATRIA (2000) y ZAPATA (2008). Otro trabajo que ha tenido cierta influencia en Chile (por haber sido traducido y publicado en una revista chilena) se basa en una conferencia del juez de la Corte Suprema de EE.UU., Stephen BREYER (1999).

el fallo iba en contra de normas expresas) pero hay otros donde la frontera entre activismo y la recta aplicación de principios es más compleja. Por eso, la existencia de disidencias judiciales puede servir como denuncia de lo anterior¹², tal y como ocurrió con los casos de las “*Isapres*”¹³, donde un grupo de ministros del Tribunal Constitucional construyeron estándares de políticas públicas invadiendo la esfera que le correspondía al legislador democrático, frente a un fuerte voto disidente que denunciaba los defectos jurídicos del voto de mayoría¹⁴.

De diferentes maneras, todos estos “casos difíciles”, comunes en el Derecho Constitucional de diversas jurisdicciones comparadas, sirven para ilustrar diversas manifestaciones de “activismo judicial”, donde los jueces dejan de ser monumentos a la imparcialidad y a las formas (en los términos del modelo ideal descrito por Shapiro¹⁵) y actúan bajo la influencia personal de las mismas pasiones e incentivos que poseen otros individuos no letrados. Bajo este tipo de influencias se resolverán aquellos conflictos con elementos extralegales que pueden terminar desplazando el aplicable vigente. En este ejercicio, la retórica de los principios suele esconder serias falencias jurídicas, constituyendo un discurso generalmente abstracto, que puede ser fácilmente compartible en cuanto a las nociones básicas que se invocan, pero donde las inferencias que se siguen adolecen de ciertos problemas. Por eso, es común encontrar saltos lógicos que no se siguen, o pasos argumentativos esenciales que no aparecen desarrollados. Así, por ejemplo, de un principio tan básico y común como la “dignidad” o la “igualdad”, se infiere una conse-

¹² Sobre el efecto de las disidencias judiciales en la mayoría, ver entre otros a CROSS (1998), p. 2159, SUNSTEIN (2005), y FLETCHER (2009) p. 297. Entre nosotros, ver VERDUGO (2011).

¹³ Por caso “*Isapre I*” se entiende el que falla la primera acción de inaplicabilidad (artículo 93 N° 6 de la Constitución) respecto del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, Tribunal Constitucional, rol 976, de 26 de junio de 2008. Posteriormente, y sin perjuicio de las numerosas sentencias sobre la materia, destaca el fallo que declara la inconstitucionalidad de dicho precepto legal (artículo 93 N° 7 de la Constitución). Tribunal Constitucional, rol 1710, de 6 de agosto de 2010. Sobre una revisión de la manera en que los ministros votaron en estos casos, ver VERDUGO y GALLI (2012) pp. 417-419.

¹⁴ Sobre una visión crítica del primer fallo citado, ver entre otros a SOTO (2009). Sobre el segundo fallo citado, ver NÚÑEZ (2011), COVARRUBIAS (2011) y MONTT y CÁRDENAS (2011).

¹⁵ SHAPIRO (1981) p. 1.

cuencia decisoria de manera directa, o se argumenta sin considerar las aplicaciones particulares, o sin discurrir acerca de otros principios alternativos que pueden ser aplicables.

Es importante advertir que varios autores, representantes de las más diversas sensibilidades jurídicas, reconocen que el concepto de “activismo judicial” es controversial, ya que en gran medida su aplicación depende de la teoría que tengamos acerca de lo que es el sistema jurídico, cómo entendamos el rol de los jueces y de la manera en que las diversas normas deben ser interpretadas. De esta forma, algunos han sostenido que el activismo judicial carece de un contenido preciso¹⁶, no siendo más que una “arenga ideológica”¹⁷; que es imposible darle contenido atendido lo subjetivo del término. Sin perjuicio de que muchas de estas críticas provengan de interesados en defender ciertas doctrinas sostenidas en sentencias precisas¹⁸, la preocupación subyacente es que los jueces están actuando de manera impropia, o incluso ilegal, vestidos de una retórica de principios que pretende volverla legítima.

Sin perjuicio de que compartimos parcialmente algunas de estas ideas, como sostienen Cross y Lindquist, “si bien es difícil contrvertir el hecho de que muchas de las menciones contemporáneas al activismo judicial no tienen mayor precisión o son simplemente retórica ideológica, ello no significa que sea imposible aproximarse a una conceptualización precisa o que no tenga valor”¹⁹.

¹⁶ “Los críticos del activismo judicial pocas veces definen el término, el que ha sido catalogado como notablemente resbaladizo... Es definido en diferentes formas discrepantes, incluso contradictorias”. CROSS y LINDQUIST (2012) p. 4.

¹⁷ CROSS y LINDQUIST (2012) p. 6.

¹⁸ Como sostienen Cross y Lindquist, citando a su vez diversos autores: “identificar el activismo judicial no es fácil. El juez O’Scannlain sostuvo que: “el activismo judicial no es siempre fácilmente detectable debido a que los elementos esenciales del activismo judicial son o bien subjetivos o hacen difícil una definición clara y concreta”. El juez Easterbrook ha sugerido que se trata de un término “vacío” y simplemente una “máscara” para sostener una posición crítica sustantiva ante la Corte. Randy Barnett en el mismo sentido sostiene que la crítica generalmente carece de contenido. El ministro Scalia ha sostenido que se trata de nada más que de un “bluff”. Durante las audiencias para su nominación ante el Senado [como Ministra de la Corte Suprema], la Ministra Ginsburg sostuvo que el activismo judicial era “una marca frecuentemente puesta al servicio de los críticos de la Corte más que una crítica a la legitimidad de sus decisiones”. CROSS y LINDQUIST (2012) p. 6.

¹⁹ CROSS y LINDQUIST (2012) p. 6.

Para acercarse a esta formulación, los autores que utilizan esta terminología suelen aproximarse a ella mediante el análisis de casos concretos, por lo que un comentario jurisprudencial como el que desarrollamos parece apropiado al efecto. Sin embargo, incluso en un análisis inductivo asociado a los casos se necesita precisar los elementos que permitirán identificar el activismo. Para que ello sea efectuado de una manera exhaustiva, se requeriría de una formulación de la función judicial y de la manera correcta de interpretar y de aplicar el Derecho, cuestión que no pretenderemos desarrollar en este comentario. Para efectos de este trabajo, resulta suficiente establecer un supuesto previo que sirve de base para solucionar dicha inquietud: en este sentido, entenderemos que existe activismo cuando se falla argumentando sin considerar normas expresas dictadas por órganos democráticamente electos, invocando para ello principios abiertos que pueden utilizarse en más de un sentido, y eligiendo el sentido que justamente contraría la regla jurídica literal. Un buen caso de denuncia de activismo se vería fortalecido por un antecedente adicional, basado en las diferencias que se observan dentro de un mismo tribunal colegiado.

Como puede observarse, nuestro *test* 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 situaciones que, de manera manifiesta, representan casos de jueces activistas.

Bajo este contexto, en este comentario intentaremos demostrar que el voto particular del ministro Muñoz en “*Municipalidad de Pucón*” muestra una filosofía judicial acerca del uso de las decisiones judiciales como mecanismo de reforma social. Nuestro punto no se agota en la denuncia de activismo del voto del juez Muñoz, sino que, atendidas las características de nuestro *test*, pretendemos demostrar que este es un caso de *manifiesto* o *evidente* activismo. Creemos que un ejercicio como el que proponemos es de especial importancia, atendidos los déficits que existen actualmente en los mecanismos de control sobre los jueces dentro de nuestro país, razón por la cual esperamos repetir este ejercicio con otros casos en el futuro.

En la siguiente sección (II), sintetizaremos el caso “*Ramírez Rojas con Municipalidad de Pucón*” y el voto de minoría ya citado, ana-

lizando brevemente aquellos pasajes que son, de acuerdo a nuestro *test*, activistas. En seguida (III), diremos algunas palabras en torno a la teoría del activismo judicial, examinando rápidamente su desarrollo y principales críticas. Luego (IV), revisaremos la posibilidad de invocar teorías sobre la función judicial que proporcionen alguna alternativa en torno a la solución de los “casos difíciles”. Esta parte del trabajo intenta responder a quienes puedan contraargumentar que el “activismo” es una consecuencia inevitable de la función judicial. Demostraremos que la elección del “activismo” no es inevitable, y puede ser eludida bajo el rigor de una metodología judicial predefinida (cualquiera sea la metodología correcta, cuestión que no pretendemos concluir en este trabajo). No procuraremos agotar las alternativas existentes en este punto (que son muchas), sino solamente sintetizar algunas que parecen especialmente apropiadas, como ocurre con la tesis de la autorrestricción judicial (1) y la del “minimalismo judicial” (2), y que, representan esfuerzos desde distintas sensibilidades jurídicas para enfrentar la cuestión del activismo judicial. Finalmente (V), concluiremos con una crítica a aquellos razonamientos judiciales que ponen en peligro nuestro Estado de Derecho.

2. EL CASO “MUNICIPALIDAD DE PUCÓN” Y EL VOTO PARTICULAR DEL MINISTRO MUÑOZ

Los hechos del caso que comentamos no son especialmente interesantes desde la perspectiva académica. Sin embargo, es importante considerarlos para identificar el activismo presente en el voto del juez Muñoz. Por eso, en primer lugar (1) describiremos los hechos y la historia procesal del caso, sintetizando los argumentos respectivos; y en seguida (2) pasaremos a analizar el voto disidente objeto de estudio.

2.1. Los hechos y la historia procesal de “Municipalidad de Pucón”

El conflicto se produjo a raíz de un rechazo a una solicitud de una comerciante para renovar su permiso precario de ocupación de un bien nacional de uso público (una plaza) administrado por la Municipalidad de Pucón. Este espacio servía a la solicitante para

desarrollar una actividad comercial (arriendo de vehículos a batería y una pista de carreras), y la Municipalidad fundó el rechazo de la renovación mediante un oficio donde se invoca un “proceso de reorganización de los espacios públicos de la comuna”, incluyendo la “descongestión progresiva de las áreas verdes”²⁰. Estas razones, unidas a la naturaleza jurídica precaria y discrecional del permiso municipal en cuestión²¹, sirvieron de fundamento para impedirle a la solicitante el desarrollo de su actividad económica en el espacio público correspondiente.

La solicitante presentó un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Temuco, alegando que la decisión de la Municipalidad habría sido arbitraria, infringiendo la igualdad ante la ley y la prohibición constitucional de establecer diferencias arbitrarias (art. 19, N° 2), junto con privar a la recurrente de su derecho a desarrollar actividades económicas (art. 19, N° 21) y su libertad de trabajo (art. 19, N° 16)²². En su informe, la Municipalidad de Pucón defendió la legalidad y la razonabilidad de la medida, citando las normas pertinentes y agregando que dicha medida “pretende permitir el libre tránsito peatonal, evitar aglomeraciones que faciliten la comisión de actos delictuales (...)” e impedir problemas sanitarios por la carencia de servicios higiénicos en el sector²³. No obstante este fundamento, la Corte de Apelaciones acogió el recurso, señalando que la negativa en la renovación del mismo no fue debidamente fundada, constituyendo una discriminación arbitraria, ya que habría habido “otros terceros” a los cuales se les habría permitido ocupar “el mismo bien nacional de uso público”²⁴.

La Municipalidad de Pucón apeló ante la Corte Suprema, sosteniendo que no se habría producido la discriminación arbitraria que la Corte de Apelaciones creyó identificar, ya que los “otros terceros” que solicitaron el permiso fueron excluidos de la “nómina de solicitud de permisos precarios para la temporada estival 2012”,

²⁰ MUNICIPALIDAD DE PUCÓN, Oficio N° 1166, de 28 de diciembre de 2011

²¹ Ver artículos 5 y 36 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

²² Recurso de protección presentado por María Cristina Pavez Lillo, de 3 de marzo de 2012, rol 4-2012, de la Corte de Apelaciones de Temuco.

²³ Informe de la Municipalidad de Pucón, rol 4-2012, de la Corte de Apelaciones de Temuco.

²⁴ CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, sentencia rol 4-2011, de 31 de enero de 2012, considerandos 7 al 9.

individualizando al efecto a los solicitantes²⁵. Tampoco, alega el apelante, la Corte habría considerado que la solicitud de renovación del permiso habría intentado “ampliar el rubro de actividades que desempeña[ba la solicitante] aumentando la superficie de metros cuadrados a ocupar, en desmedro de los miembros de la agrupación, y teniendo la consecuencia lógica de atiborrar aún más la congestionada plaza”²⁶. Frente a estas razones, la tercera sala de la Corte Suprema acogió el recurso de apelación y revocó la sentencia de protección de la Corte de Apelaciones²⁷.

En su razonamiento, y contrariando la opinión del juez Muñoz, la sentencia de la Corte Suprema citó las normas que legitimaban las acciones de la Municipalidad, agregando que incluso esta institución local podría haber revocado el permiso con anterioridad, sin otorgar indemnización alguna²⁸. Respecto del alegato de arbitrariedad, y mediante una argumentación breve, la Corte estimó que la autoridad municipal invocó suficientes razones para su proceder y que no existe evidencia de un actuar caprichoso²⁹.

Una sentencia como la recién descrita podría ser criticada fácilmente, independientemente de si la decisión judicial final fue correcta o no. Por ejemplo, podría criticarse que el razonamiento de la Corte es demasiado breve, que no explica con mayor detalle las razones que la llevaron a estimar que el actuar de la Municipalidad fue suficientemente motivado, lo que sería especialmente grave tratándose de un fallo que revoca una sentencia de primera instancia. Independientemente que el recurso de apelación parezca persuasivo (como de hecho lo es), ello no es suficiente motivo para estimar que la Corte Suprema estuviera, efectivamente, en lo correcto. Por lo anterior, nuestras críticas al voto disidente del juez Muñoz no deben ser interpretadas como una defensa del fallo de la Corte Suprema. Es más, puede que incluso la decisión del juez disidente, en cuanto resultado formal, sea correcta (aunque a nosotros nos parezca improbable), cuestión que no es especialmente relevante. Lo impor-

²⁵ Recurso de apelación de sentencia de Corte de Apelaciones de Temuco, presentado por la Municipalidad de Pucón ante la Corte Suprema en causa rol 1785-2012.

²⁶ Recurso de apelación de sentencia de Corte de Apelaciones de Temuco, presentado por la Municipalidad de Pucón ante la Corte Suprema en causa rol 1785-2012.

²⁷ CORTE SUPREMA, sentencia rol 1785-2012, de 30 de mayo de 2012.

²⁸ CORTE SUPREMA, sentencia rol 1785-2012, de 30 de mayo de 2012, considerandos 2 y 3.

²⁹ CORTE SUPREMA, sentencia rol 1785-2012, de 30 de mayo de 2012, considerando 4.

tante, como se verá en el apartado siguiente, es que el razonamiento del ministro Muñoz se aleja de lo que debe ser un razonamiento propiamente judicial, y parece responder a los elementos que identificamos como propios del activismo.

2.2. El voto disidente del juez Muñoz en “*Municipalidad de Pucón*”

El juez disidente era partidario de confirmar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco y acoger el recurso de protección en favor de la solicitante del permiso municipal³⁰. Comenzó invocando una serie de elementos extraídos de la Constitución: “los valores asumidos por la Constitución”; el que las “personas son iguales en dignidad y derechos”; que no deben existir discriminaciones; el deber del Estado de “amparar y procurar el desarrollo de las personas”; el “bien común”, sin el cual no se entiende el Estado y del cual emana el deber de apoyar especialmente a quienes estén en “condiciones de vulnerabilidad”. Si se sigue lo anterior, agrega el voto particular,

“se evitarán conflictos sociales derivados que se generan por el menosprecio o insensibilidad social en las planificaciones que se adoptan, a las que atienden como consecuencia de medidas desesperadas de los afectados, por la notoriedad de las mismas y presentándose ante la comunidad como personas ecuanímes, magnánimas y condescendientes con el afligido, a quien no le dieron solución cuando se hizo presente por los cauces que la legislación contempla”³¹.

Estas son las premisas jurídico-normativas que invoca el juez Muñoz, las que acompaña de inferencias asociadas al caso. Luego sigue:

“¿Cuan [sic] difícil es resolver un caso como el de autos? En que una mujer trabajadora, la señora María Inés de Pucón, que se encuentra vulnerable, solicita, requiere, implora a otra mujer trabajadora que se halla en condiciones más privilegiadas por la función que desempeña, que se preocupe de su

³⁰ Voto disidente del juez Muñoz en CORTE SUPREMA, sentencia rol 1785-2012, de 30 de mayo de 2012.

³¹ Voto disidente del juez Muñoz en CORTE SUPREMA, sentencia rol 1785-2012, de 30 de mayo de 2012.

situación, le otorgue una respuesta igual a otros ciudadanos, que le regule particularmente su actividad si es necesario, pero que entienda que de otra manera se verá afectada su fuente de trabajo, el sustento de ella y su familia. Ese es el trasfondo humano y jurídico de la presente acción (...)”³².

En seguida, el juez Muñoz reconoce que la legislación “no otorga siempre una solución adecuada para cada caso” y que la potestad municipal es discrecional, pero luego indica que “No es este el campo en que corresponde realizar el análisis”, prefiriendo examinar la arbitrariedad de la medida. Para ello, se pregunta cuáles son las diferencias entre las diversas comunas, advirtiendo “que en una o más de sus plazas hay autitos para que los niños se diviertan (...). Es discriminatoria la decisión que pretende eliminar de la plaza de una ciudad chilena (...) esta tradicional diversión infantil”³³.

Para el juez Muñoz, dicha discriminación es de responsabilidad de la Municipalidad, al no dejar a la solicitante en “las mismas condiciones de las demás personas que han instalado sus negocios en el mismo lugar”, en circunstancias que luego reconoce que ella “ocupa 21 y no 12 metros cuadrados como las demás personas a quienes se les ha otorgado permiso”. Eso, al ministro Muñoz no le parece relevante, ya que estas personas no han reclamado y a que todos ellos “Son una comunidad”. No se refiere, desde luego, a una comunidad en un sentido jurídico-civil (no podría serlo), sino a un sentido político de “comunidad”. A continuación, el disidente asocia la “preocupación de una madre sobre cada uno de sus hijos” con “la preocupación de una alcaldesa” sobre los habitantes de su comuna³⁴. Para él, ambas preocupaciones (la de las madres y la de los alcaldes) son de una entidad equivalente. ¿Está el juez Muñoz preguntándose si la alcaldesa de Pucón actuó como una buena madre? ¿Es ese el estándar de comparación que exige el derecho vigente?

Para el ministro disidente no era necesario rechazar la solicitud de renovación del permiso, ya que en otras Municipalidades se habían

³² Voto disidente del juez Muñoz en CORTE SUPREMA, sentencia rol 1785-2012, de 30 de mayo de 2012.

³³ Voto disidente del juez Muñoz en CORTE SUPREMA, sentencia rol 1785-2012, de 30 de mayo de 2012.

³⁴ Voto disidente del juez Muñoz en CORTE SUPREMA, sentencia rol 1785-2012, de 30 de mayo de 2012.

implementado cambios que lograban compatibilizar los objetivos de la política concreta con los intereses individuales. Así, el voto particular advierte que “muchos alcaldes han obtenido en aquellos cambios que impone la modernidad”. ¿Está el juez Muñoz insinuando cuál debe ser la política municipal que debió elegirse, siendo que reconoció que la misma era discrecional? ¿La autonomía de una autoridad electa para tomar decisiones dentro de su competencia no es un valor digno de ser ponderado en este ejercicio? No siendo suficiente, acusó a la Municipalidad de “falta de preocupación o indiferencia de la decisión recurrida”, pero no presentó evidencia que demostrara lo anterior. Luego, el disidente da a conocer lo que en su opinión debe ser la metodología para resolver el caso. Esta parte es interesante, porque deja entrever que el sentido de justicia subjetivo del juez es esencial para resolver controversias de relevancia jurídica:

“El tema asumido por la judicatura al conocer de este recurso excede con mucho el análisis simple del juego de normas constitucionales, es mucho más complejo, es la vida misma, es la subsistencia de la señora María Inés, a favor de quien se interpone el recurso, a la cual el disidente ampara en su dignidad y en sus garantías fundamentales, en la igualdad ante la ley, en la igualdad de trato que debe darle la autoridad, en su libertad para desarrollar actividades económicas, en su tesón por el trabajo honrado, en la libertad que tiene para desempeñarlo, en su dedicación por su familia, pues considera que se le ha discriminado de la manera más brutal que una persona pueda enfrentar por parte del Estado, en este caso por la alcaldesa de la municipalidad de Pucón: se le ha ignorado”³⁵.

Es interesante lo que parece ser una suerte de confesión de activismo en el voto disidente, cuando reconoce que el “tema asumido” no es un análisis de normas, sino que “es la vida misma (...)”. Recordemos, por lo demás, que en este caso no existió declaración de inaplicabilidad que autorizara al juez a dejar de aplicar preceptos legales vigentes. No existía, entonces, una suerte de vacío legal que pudiera integrarse mediante principios de equidad. Sin embargo, para el juez Muñoz, este tipo de elementos no son relevantes cuan-

³⁵ Voto disidente del juez Muñoz en CORTE SUPREMA, sentencia rol 1785-2012, de 30 de mayo de 2012.

do el caso trata sobre “la vida misma” ¿Existe activismo en este voto particular?

Una respuesta sincera a esta pregunta debe ser independiente de un análisis dirigido a evaluar qué parte tenía razón en el juicio de protección (si la Municipalidad o la recurrente de protección). Lo relevante es analizar los motivos que llevaron al juez Muñoz a votar como lo hizo, y no si su voto fue, en definitiva, correcto. El problema es que lo que parece motivar el voto de minoría no es el ordenamiento jurídico en sí, sino que la compasión y el sentido de “justicia social” del juez disidente. Los argumentos del ministro no descansan en normas precisas, sino en una mezcla entre principios constitucionales abstractos y una intuición emocional que el juez intenta racionalizar pretendiendo conmovir al lector.

El voto particular va todavía más allá. Según parece, al ministro no lo convencen las teorías que ordenan que los jueces apliquen efectivamente las normas jurídicas preestablecidas, ya que (según él) las reglas sobre la discrecionalidad municipal no constituyen la materia donde corresponda efectuar el análisis. De esta manera, el juez hace ver que las reglas legales contenidas en la ley orgánica constitucional respectiva no son parte de un análisis apropiado, el que prefiere centrar en la arbitrariedad o razonabilidad de la medida (como si ambas cosas –discrecionalidad y arbitrariedad– no tuvieran puntos de conexión). En esta parte, el juez no construye un estándar preciso para medir lo que entiende por arbitrariedad. No existe, por lo tanto, una regla jurisprudencial en este voto que se encamine a dar certeza futura acerca de cómo medir la legitimidad de los actos municipales de renovación o no renovación de un permiso precario. Por el contrario, el voto del juez Muñoz se centra en los resultados de la decisión, invocando daños hipotéticos que no han sido alegados ni evidenciados en el proceso (como el problema del sustento familiar de la solicitante) y en un criterio de orientación público basado en valores subjetivos como la igualdad, la honestidad, la familia y el bien común.

Muchos de estos principios son fácilmente compartibles en general, pero no necesariamente en su aplicación particular. En efecto, los mismos pueden ser utilizados para resolver el caso de una manera diferente a la que el ministro disidente elige. Por ejemplo, uno podría argumentar razones de “bien común” para sostener el plan municipal que sirvió de fundamento para el rechazo en la renova-

ción. Así, razones de seguridad, salubridad y descongestión podrían formar parte de un argumento de “bien común”, donde también se invoquen principios como la familia (las familias podrán utilizar de manera más libre esa plaza) y la seguridad (se evitan aglomeraciones que generen escenarios apropiados para la delincuencia). Estas razones pueden ser correctas o no, dependiendo de los alcances que uno pueda atribuirle a estos principios tan amplios y abstractos. El método del juez Muñoz, sin embargo, no es delimitar el alcance de los mismos, sino utilizarlos bajo una forma silogística para justificar retóricamente su conclusión. De esta manera, el juez no ataca la sentencia de mayoría debido a eventuales falencias jurídicas (como explicamos que podría hacerse), pasando el derecho positivo a un segundo plano. Sinteticemos el silogismo que el ministro intenta construir:

1. Premisa mayor: la dignidad, la igualdad, el bien común, el deber de no producir conflictos sociales, premiar el trabajo honrado, la dedicación a la familia (cuestión nunca debatida en autos) y la exigencia de los alcaldes de actuar como buenas “madres”.
2. Premisa menor: la Municipalidad de Pucón no renueva un permiso precario discrecional a una solicitante.
3. Conclusión: el acto de la Municipalidad debió ser declarado arbitrario.

¿Se sigue la conclusión de este argumento silogístico? Parece evidente que el razonamiento carece de suficiente rigurosidad lógica y que las premisas no se encuentran suficientemente acreditadas en la argumentación. Resulta de manifiesto que la decisión del juez Muñoz no habría estado orientada por el derecho vigente, el que aparece desplazado por un sentido de justicia y moralidad individual. Así las cosas, parece evidente que su voto contiene los elementos de nuestro *test* de activismo judicial.

3. ACTIVISMO JUDICIAL. TEORÍA Y CONSECUENCIAS

El objetivo de esta sección es sintetizar algunos antecedentes relevantes sobre el desarrollo del término “activismo judicial” y dar a conocer algunos de los problemas que este acarrea. No pretendemos agotar toda la teoría relevante, sino solo dar a conocer a modo in-

troductorio algunas ideas que pueden ser útiles a la hora de discutir sobre votos judiciales como los del ministro Muñoz, generando mayor profundidad teórica en una categoría de análisis útil, pero poco desarrollado por la dogmática chilena³⁶.

Ya en la introducción de este comentario conceptualizábamos el activismo judicial dentro del contexto anglosajón (donde nace), para el cual la orientación del juez se condiciona por razones de política u otros factores que se alejan del seguimiento de los precedentes que constituyen la fuente central del Derecho. En nuestra tradición jurídica, donde el precedente no es vinculante formalmente, uno tiene dos opciones para podría sostener para identificar el alejamiento del ordenamiento jurídico: (i) si no se siguen los *tests* jurisprudenciales anteriores que interpretan el derecho (en este caso, la igualdad), lo que queda de manifiesto cuando el juez Muñoz deja de citar o de construir elementos precisos para su silogismo sobre arbitrariedad; y (ii) si se argumenta dejando de lado las normas relevantes para el caso, como aquellas vinculadas con la discrecionalidad administrativa y municipal, que para el juez Muñoz dejan de ser relevantes, ya que el caso se trata “sobre la vida misma”³⁷.

Volvamos a los orígenes del término “activismo judicial” para examinar brevemente el desarrollo que el mismo ha tenido. Desde una perspectiva histórica, el concepto fue introducido por el destacado académico Arthur Schlesinger Jr. en uno de los números de la Revista *Fortune* de 1947³⁸. A partir de entonces, es frecuente encontrar alusiones al “activismo” en la literatura. Tal vez quienes han estudiado el problema con mayor perspectiva científica son los profesores norteamericanos Cross y Lindquist, quienes señalan que el

³⁶ Entre nosotros, el problema del activismo ha sido poco abordado en trabajos científicos. Sin embargo, existen algunos artículos que podrían ser de cierta utilidad, como el de Miriam Henríquez, quien distingue dos tipos de activismo (moderado y fuerte) y aplica dichas categorías a ciertas sentencias en materia de salud. Ver HENRÍQUEZ (2010). Otro trabajo que parece relevante es el de Javier Couso, quien 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 (2004).

³⁷ Voto disidente del juez Muñoz en CORTE SUPREMA, sentencia rol 1785-2012, de 30 de mayo de 2012.

³⁸ KMIEC (2004).

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”³⁹, la que destacó “por sus numerosas y controversiales sentencias”⁴⁰. Como sintetizan los autores, un juez activista era aquel que creía que la Corte Suprema podía jugar un rol positivo promoviendo reformas sociales⁴¹.

Este activismo era frecuentemente contrapuesto al enfoque de “autorrestricción judicial” (*self restraint* o *judicial deference*) y eran los conservadores quienes generalmente se oponían al activismo judicial, atendido que la Corte Warren tuvo una agenda evidentemente progresista⁴². Como parece lógico, a medida que los conservadores fueron ganando más espacios dentro de la Corte Suprema, los liberales (progresistas) pasaron a liderar la batalla contra el activismo judicial⁴³. Ello demuestra que el activismo es, antes que nada, una

³⁹ 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 (1958).

⁴⁰ CROSS y LINDQUIST (2012) p. 2. Cabe indicar que la “Corte Warren” fue un periodo que transcurrió entre 1953 y 1969 y en que la Corte fue presidida por el ministro Earl Warren. Fue un polémico período donde los liberales dominaron la mayoría de la Corte y lograron generar precedentes importantes en materias social y moralmente importantes.

⁴¹ CROSS y LINDQUIST (2012) 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 (1975).

⁴² “Durante la era de la Corte Warren, los conservadores se quejaban amargamente, incluso haciendo llamados a acusar constitucionalmente a algunos ministros de la Corte Suprema. Los conservadores llamaban a la “autorrestricción judicial” o al “construccionismo estricto” en reemplazo del activismo judicial liberal. Ellos sostenían que cuando los jueces liberales rechazan las leyes democráticamente aprobadas a favor de posiciones liberales, de manera activista, destruyen el derecho de los ciudadanos a la participación democrática y al autogobierno”. Ver CROSS y LINDQUIST (2012) pp. 4-5. Sobre una explicación conservadora del verdadero rol de los jueces en torno a la labor judicial, ver BARNETT (1987) pp. 274-276.

⁴³ 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

lucha política y moral (y no solo jurídica). Yendo más allá, incluso ha habido autores que se han autodeclarado activistas para ciertas causas y para otras no⁴⁴.

La crítica en torno al activismo judicial esencialmente sostiene que “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”⁴⁵, es decir, se trata de acciones inapropiadas basadas en la ideología de un juez, más que en las fuentes de derecho legítimas que gocen de validez jurídica⁴⁶.

Así, es probable que el resultado de una sentencia en casos difíciles, se explique debido a la persecución de ciertos fines extralegales sobre la base de meras preferencias ideológicas, culturales o inclusive morales de los jueces. En otras palabras, él 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 este sentido, para Posner, quien es tanto un destacado académico como un ministro de Corte de Apelaciones federal norteamericano, 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, de qué educación reci-

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 liberales nunca fueron tan críticos con las sentencias activistas de la Corte Warren”. Ver CROSS y LINDQUIST (2012) pp. 5-6.

⁴⁴ 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 (1984)

⁴⁵ CROSS y LINDQUIST (2012) p. 3.

⁴⁶ CROSS y LINDQUIST (2012) p. 3.

bimos, de 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 solo nuestros valores, sino también predisposiciones tales como la timidez y la audacia, que influyen el modo en que una persona responde ante las circunstancias”⁴⁷.

Así, en la base de las críticas al activismo judicial se encuentra la preocupación de que la Judicatura está extralimitándose en su rol, invadiendo competencias de otras autoridades no propiamente judiciales: “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”⁴⁸. Así, la verdadera objeción es que el juez activista actúa de manera *no judicial*.

Más allá de la crítica general enunciada, buena parte del debate norteamericano y comparado en esta materia se ha relacionado con dos críticas específicas respecto de los problemas del activismo judicial: (1) los jueces carecen de legitimidad democrática para tomar las decisiones difíciles que debe enfrentar toda democracia (precisamente por ser aquellas que nos dividen sobre bases políticas, morales, culturales, etc.); y (2) los jueces no tienen la capacidad técnica-institucional para tomar dichas decisiones (sobre todo si se vinculan a políticas públicas complejas), lo que además está asociado al alto costo social que pueden producir los errores judiciales⁴⁹. A esta

⁴⁷ POSNER (2011) p. 112. En todo caso, como sostiene Posner, muchas veces el juez no es consciente de que ha tomado una decisión bajo la influencia de estas preferencias. POSNER (2011) p. 96.

⁴⁸ CROSS y LINDQUIST (2012) p. 4.

⁴⁹ Cabe hacer presente que este tipo de críticas han sido desarrolladas entre nosotros 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,

segunda crítica 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 Tribunal Constitucional), los procesos judiciales carecen de canales amplios de participación, lo que es especialmente grave tratándose de causas que puedan generar consecuencias sociales importantes.

Estas críticas provienen desde la vereda de la teoría democrática y desde las políticas públicas, y no necesariamente desde teorías puramente jurídicas (pese a que tienen puentes comunes). Aunque no profundizaremos en estas últimas, cabe advertir que desde una perspectiva estrictamente jurídica, el activismo judicial en su versión más radical puede desnaturalizar la función judicial propiamente tal, en tanto que el juez deja de ser un intérprete y aplicador imparcial de normas y principios preestablecidos para convertirse en una suerte de justiciero capaz de ponerse por sobre el Estado de Derecho. Esta crítica a la desnaturalización de la función judicial supone que existe un acuerdo mínimo respecto al verdadero rol de los jueces, cuestión que parece más probable en un país como el nuestro (de tradición legalista y formalista) que en un ordenamiento judicial como el de EE.UU. Por otra parte, el activismo judicial puede impactar en el sistema de fuentes jurídicas, dándole más importancia a fuentes que han sido considerarlas de una importancia relativa dependiendo del tipo de tradición jurídica de que se trate. No profundizaremos estos puntos.

Volviendo a la crítica de la legitimidad democrática (1), para Sunstein el “maximalismo” (término que prefiere al de “activismo”) 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 curso⁵⁰. Lo anterior se debe a que, y aunque estuvieren en lo correcto, decisiones judiciales amplias, tempranas y

un buen ejemplo puede observarse en SOTO (2009). Entre los defensores, ver un buen ejemplo de respuesta a las objeciones presentadas en FIGUEROA (2009).

⁵⁰ SUNSTEIN (2001) p. 26.

hasta apresuradas en relación a los tiempos políticos, pueden tener efectos sistémicos desafortunados⁵¹.

Para Sunstein, el camino minimalista tendrá sentido sobre todo cuando un tribunal “está resolviendo un asunto de alta complejidad sobre el cual existen convicciones profundas y en que el país está dividido (sobre bases morales u otras)”⁵². La complejidad puede estar asociada a la falta de información suficiente, la existencia de circunstancias cambiantes o la incertidumbre moral (y que sea legalmente relevante)⁵³. Sin perjuicio de que el minimalismo se encuentra en tensión con otros principios que suelen invocarse en nuestra tradición jurídica (como las teorías que expanden el ámbito de aplicación de los DD.HH. y el principio de inexcusabilidad), parece ser una estrategia sensata para hacer frente a las críticas que produce el activismo judicial.

De esta manera, el caso a favor del minimalismo es especialmente fuerte:

“cuando el área de que se trata involucra una cuestión altamente controversial que está recibiendo atención del proceso político. En dichas áreas, los jueces deben estar conscientes de que aunque se basen en sus convicciones más profundas, podrán cometer errores (...). Un error de este tipo es difícilmente inocuo; sus consecuencias desastrosas y difíciles de corregir (...). Por supuesto que la decisión del tribunal puede ser correcta, en el sentido de que se identificó el resultado justo”⁵⁴.

Por otra parte, y como ya adelantamos, existe una crítica asociada al problema de capacidad técnica de los jueces y de los costos sociales del error judicial (2).

Los buenos jueces tratarán de minimizar, según Sunstein, 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 amplio⁵⁵. Así, por ejemplo, cualquier decisión judicial relativa a la aplicación

⁵¹ SUNSTEIN (2001) p. 27.

⁵² SUNSTEIN (2010) p. 5.

⁵³ SUNSTEIN (2010) p. 5.

⁵⁴ SUNSTEIN (2001) p. 59.

⁵⁵ SUNSTEIN (2001) 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. SUNSTEIN (2001) p. 49.

de la Primera Enmienda (garantía de la libertad de expresión en la Constitución de los EE.UU.) 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 errónea⁵⁶.

Así, si los jueces cometen errores al decidir, los costos por el error judicial son mayores si los jueces decidieron de forma “ancha” (*width*) y “profunda” (*deep*). Sin perjuicio de que dichos costos parecen mayores en un contexto de precedente constitucional, entre nosotros una aproximación minimalista también encuentra justificación como una forma de incrementar los estándares de justicia (más que decrecer), y de aumentar (más que disminuir) la protección de los derechos⁵⁷. Ello se debe a que las decisiones judiciales de tribunales superiores como la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional pueden generar consecuencias importantes para el sistema jurídico, pese a que no exista un modelo de precedente formal en dichas cortes. En el caso del voto particular del juez Muñoz los efectos están contenidos debido a que la mayoría se impuso contra la voluntad de dicho juez. Sin embargo, si la posición de dicho ministro hubiese prevalecido, probablemente el régimen de permisos precarios municipales habría perdido seguridad jurídica, haciendo impredecible el control judicial sobre la actuación de las Municipalidades.

Para Sunstein, una forma de entender los errores judiciales, echando mano a sus investigaciones en materia de *behavioral law and economics* (en particular al concepto de racionalidad imperfecta o *bounded rationality*⁵⁸), 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)”⁵⁹.

⁵⁶ SUNSTEIN (2001) p. 49. Caso equivalente resulta el diseño de buenas reglas en un mercado tan cambiante como el de las telecomunicaciones SUNSTEIN (2001) p. 49.

⁵⁷ SUNSTEIN (2001) p. 49.

⁵⁸ Ver SUNSTEIN (2000)

⁵⁹ SUNSTEIN (2001) p. 49.

Más aún, las cosas pueden salir mal, incluso, para los propios jueces activistas, dado que se pueden producir consecuencias adversas no intencionadas ni previstas (una materia tema que es por lo demás recurrente en la obra de Sunstein⁶⁰), lo que agravaría el daño provocado por sus sentencias. 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 deliberación social, la negociación, el aprendizaje, y la evolución moral en el tiempo”⁶¹.

En síntesis, 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 lobistas⁶², 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, la deslegitimación de la función judicial y la pérdida de *accountability* de las instituciones representativas, son solo algunas consecuencias que podrían observarse de exacerbarse el impacto de una sentencia activista. Afortunadamente, el voto del juez Muñoz no provocará estos efectos. Lamentablemente, no podemos decir lo mismo de sentencias como la ocasionada a propósito del caso “*Castilla*”, ya citado, que genera incertidumbre en el desarrollo energético futuro de nuestro país, poniendo en tela de juicio nuestro crecimiento esperado y quitándole legitimidad técnica y democrática a la materia objeto del debate⁶³. En otras palabras, se sustituye el espacio de la deliberación democrática y la discusión técnica por un litigio judicial con

⁶⁰ Ver, por ejemplo, SUNSTEIN (1994)

⁶¹ SUNSTEIN (2001) p. 59.

⁶² 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 (1997). Como dice este autor, “el activismo judicial (...) agrega picante al sistema político”. MERRILL (1997) p. 226.

⁶³ Otro ejemplo que podría citarse, a propósito de los casos de las “*Isapres*”, lo constituye el fallo de la CORTE SUPREMA, sentencia rol 8327-2012, de 7 de enero de 2013

procesos generalmente cerrados, donde los intervinientes carecen de los estándares de *accountability* que le pedimos a nuestros dirigentes electos.

4. FILOSOFÍAS JUDICIALES ALTERNATIVAS

Una manera de enfrentar el activismo judicial dice relación con cuestiones de diseño institucional. Por un lado, resulta obvia la importancia del diseño del proceso judicial, orientado a disminuir la arbitrariedad y el capricho judicial, generando reglas objetivas ahí donde podría existir puro subjetivismo. También se puede pensar en reglas de control de los jueces, esto es, por ejemplo, la forma en que se califican y cómo ello influye en su carrera judicial. “Zanahorias y garrotes” en el clásico enfoque de incentivos.

Sin embargo, lo anterior puede tener un impacto limitado si no va acompañado de una filosofía judicial que oriente a los jueces a disciplinar su actuar bajo una teoría jurídica que promueve la coherencia y la obediencia por el ordenamiento jurídico. Existen múltiples filosofías de este tipo. Algunas provienen desde la teoría de la interpretación, otras desde teorías más generales sobre el sistema de fuentes, otras desde algunas tesis sobre separación de funciones⁶⁴, derechos fundamentales, etc.⁶⁵. La construcción de estas filosofías depende en gran medida de la cultura legal en que los países se insertan, donde influyen las Facultades de Derecho, las academias judiciales, la doctrina más influyente de autores de prestigio, la tradición jurídica con la que se identifica el sistema legal (que muchas veces tiene un origen múltiple), etc. Sin embargo, en definitiva, esta filosofía dependerá de la autopercepción que tienen los propios jueces acerca de su rol en democracia, especialmente en países donde existen fuertes garantías de independencia (inamovilidad vitalicia, remuneraciones estables, etc.).

Identificar esta autopercepción judicial es importante para cualquier análisis exhaustivo sobre activismo judicial. Si no se sabe cuál

⁶⁴ Por ejemplo, ver la descripción de POSNER (1983) pp. 11-14

⁶⁵ Resulta interesante el aporte de BARNETT (1997), quien analiza diversas materias conectadas con principios jurídicos, interpretación constitucional, y fuentes de tradición jurídica como una manera de evaluar diversas respuestas al activismo judicial.

es la percepción de los jueces acerca de sus funciones propias, será muy difícil hacer frente a dicho activismo.

La existencia de estas filosofías es importante, pero ellas generalmente se producen a raíz de una mezcla de varias materias de diversa índole (ya reseñadas más arriba) y normalmente existe algún nivel de debate en relación a cuál es la mejor teoría. Es cierto que existen países con mayor consenso que otros, ya que tienen culturas jurídicas más homogéneas, pero sería una rareza encontrar un lugar donde solo una filosofía jurídica primara. Sin perjuicio de lo anterior, si el análisis se centrara en la cultura judicial del país, asociado a la percepción de jueces que participan de un cuerpo jerárquicamente ordenado y que actúa de manera disciplinada, entonces sería más fácil establecer cuál es esa filosofía.

Aunque es importante, no haremos ese ejercicio en este trabajo⁶⁶. Por ahora, para demostrar nuestro punto relativo a que *es posible* que se usen filosofías judiciales para *eludir* el activismo judicial, concluyendo que el mismo no es *inevitable* (dando pie a que la crítica contra el activismo tenga mayor espacio) basta con mostrar la existencia de algunas de estas filosofías. En la elección de qué filosofías mostrar, nos parece especialmente interesantes algunas extraídas del Derecho Comparado, como ocurre con la “autorrestricción” (1) y el “minimalismo judicial” (2), que ya hemos adelantado parcialmente. Sin perjuicio de que estas teorías requieran de algún complemento que las haga eficaces en la práctica (como elementos hermenéuticos, por ejemplo), creemos que ellas pueden aportar a la crítica contra el activismo al proporcionar una alternativa para que el juez deje el activismo a un lado y haga el esfuerzo de ser leal con un mandato respetuoso de los poderes democráticamente electos y técnicamente capacitados.

4.1 Autorrestricción judicial (*Judicial self restraint*)

Frente al activismo judicial, surge la filosofía de la autorrestricción o autocontención judicial (*judicial self restraint*). Sin perjuicio de que las tensiones entre los políticos y los jueces federales estuvieron

⁶⁶ Sin perjuicio de ello, esfuerzos como los de Lisa Hilbink, en estudiar de manera empírica cualitativa la cultura judicial chilena, pueden convertirse en un aporte muy significativo para estos efectos. Ver HILBINK (2007)

presentes desde poco después de la independencia de los EE.UU, y a que varias teorías con contenido similar corresponden a grandes personajes históricos de la talla de Jefferson, Jackson y Lincoln, la primera elaboración académica del *judicial self restraint* se le suele atribuir a James Thayer. 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 dudas⁶⁷. Con ello, Thayer promovía la existencia de jueces federales moderados, que ejercieran su rol de control del poder político de forma prudente. Hoy se sigue calificando de *thayerianos* a quienes defienden visiones parecidas acerca de la función judicial⁶⁸.

Pese a los antecedentes recién citados, el problema de la deferencia y el *self restraint* fue invocado con más fuerza cuando sectores conservadores comenzaron a criticar el activismo judicial de la “Corte Warren”, al que ya aludimos. Bajo este período de la Corte Suprema norteamericana, los jueces desarrollaron 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 minimizaron la injerencia de su decisión en el proceso político y en la definición de políticas públicas y regulaciones, las que debían haber estado en poder de los representantes electos del pueblo, responsables ante la ciudadanía.

Si bien en EE.UU. las doctrinas sobre el *self restraint* han tenido serios detractores⁶⁹, una parte importante de la literatura la sigue defendiendo⁷⁰, y ella forma parte habitual de la retórica judicial⁷¹.

⁶⁷ THAYER (1893).

⁶⁸ Ver, por ejemplo, a POSNER (2012), 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 (1983).

⁶⁹ Véase una crítica reciente en POSNER (2012). Para este autor el *self restraint* ha muerto debido a que tiene fundamentos débiles, a que en la práctica existen jueces activistas que la deferencia no ha sido capaz de disciplinar, a la influencia de la corte Warren, y a la gran popularidad de teorías judiciales expansivas incompatibles con la autorrestricción.

⁷⁰ Ver una respuesta directa a los argumentos de Posner en KRAMER (2012) y EPSTEIN y LANDES (2012). Para un intento de evaluar el *judicial self-restraint* de manera empírica, ver HUQ (2012).

⁷¹ Para los críticos, en todo caso, la autorrestricción judicial no es más que un pretexto de quienes están disconformes con los resultados o interpretaciones de determinados fallos. Ver MURPHY et al (2002) p. 141, y pp. 311-312.

Parte de la literatura citada discute si estas teorías son efectivamente capaces de disciplinar a los jueces y eludir el activismo y, aunque parece no existir acuerdo en torno a su verdadera eficacia, la filosofía judicial existe, y se ha invocado incluso entre nosotros.

Así, por ejemplo, en nuestro país se han utilizado estas doctrinas de autorrestricción judicial, como ocurre con la doctrina de la *deferencia razonada* que Patricio Zapata ha promovido⁷² y que ha sido acogida con polémica por parte de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional⁷³. En el caso que es objeto de este comentario, el juez Muñoz podría haber adoptado una posición de autorrestricción, 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 debido a la existencia de elementos que requerían de una discusión mayor sobre la evidencia).

Por otra parte, en el plano internacional se ha desarrollado la doctrina del “margen de apreciación”, una suerte de autorrestricción que las Cortes internacionales se atribuyen para equilibrar la defensa de los DD.HH. con la deferencia debida a las políticas democráticas adoptadas con Estados que son parte de un tratado internacional⁷⁴. Aunque han sido objeto de críticas⁷⁵, este tipo de teorías son comunes en tribunales internacionales de DD.HH. (especialmente en el Europeo) aunque no han tenido gran acogida en el contexto interamericano, probablemente por la tendencia de la Corte Interamericana de DD.HH. (“CorteIDH”) hacia visiones universalistas

⁷² Ver ZAPATA (1994) pp. 6-22, ZAPATA (2002) pp. 69-93 y ZAPATA (2008) pp. 225-289. También existen teorías constitucionales entre nosotros que promueven que el Tribunal Constitucional no tiene la última palabra, y que esta pertenece al poder político. Este tipo de razonamientos suelen complementarse bastante bien con teorías como la de la deferencia razonada, en cuanto a su justificación democrática. Ver un ejemplo en un trabajo reciente de SILVA (2012).

⁷³ Ver un ejemplo en TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol 626, de 16 de enero del 2007. Recientemente, una sentencia discutió internamente el punto en un fallo dividido. Ver TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencias roles 1960 y 1961, de 10 de julio de 2012. Por otra parte, cabe hacer presente que parecen existir ministros del Tribunal Constitucional que han declarado públicamente su compromiso con deberes similares a la deferencia, como ocurre con la “prudencia con que el Tribunal deba acoger las inconstitucionalidades que se le planteen”. Este es el caso, por ejemplo, de la ministra Marisol PEÑA (2007) p. 211.

⁷⁴ Sobre el margen de apreciación, ver, entre otros, a SWEENEY (2005); DEL TORO (2007) pp. 33-41; BENAVIDES (2009) y BARBOSA (2011).

⁷⁵ Por ejemplo, ver GARCÍA R. (2007)

omnicomprensivas⁷⁶. En este sentido, nosotros mismos hemos propuesto estudiar la adopción de algún estándar de revisión similar por parte de la CorteIDH, como metodología para disminuir la discrecionalidad actual con que actúa⁷⁷.

Si bien todavía es temprano para evaluar de qué manera este tipo de filosofías se desarrollarán entre nosotros, y para examinar si los teóricos que las defienden son capaces de construir estándares concretos que permitan superar sus dificultades (como ocurre con su falta de precisión casuística), la utilización de ellas puede ser útil para casos donde no existe una respuesta legislativa que resuelva el problema de manera directa y el juez se vea obligado a trabajar con normas de textura abierta.

4.2. Minimalismo Judicial

Como ya hemos adelantado, Sunstein viene promoviendo desde hace algo más de una década una tesis que ha tenido alto impacto en Estados Unidos sobre la autopercepción que deben tener los jueces respecto de su rol en democracia.

Para el autor, una cuestión central del debate acerca del activismo judicial (o más bien del maximalismo, como prefiere abordarlo) dice relación con conciliar la labor judicial con el ideal de democracia deliberativa. No solo el proceso político debe tomar las decisiones más importantes (y que son por definición las que nos dividen con mayor frecuencia), sino que los jueces deben promover en su labor judicial tanto la deliberación política (reflexión, entrega de razones y la negociación en el proceso político), como el *accountability* (rendición de cuentas por parte de los electores a los actores del proceso político)⁷⁸. Este enfoque le permite además al proceso político ampliar su espacio para adaptarse a los desarrollos futuros, permitiendo el que se vaya agregando nueva información y perspectivas a la controversia en cuestión⁷⁹.

Sunstein conceptualiza a los jueces minimalistas como aquellos que “evitan reglas amplias y teorías abstractas, e intentan enfocar su

⁷⁶ BENAVIDES (2009) p. 308

⁷⁷ Ver VERDUGO y GARCÍA (2012) pp. 195-196

⁷⁸ SUNSTEIN (2001) p. 4.

⁷⁹ SUNSTEIN (2001) p. 53.

atención solo en lo que es indispensable para resolver disputas específicas. A los minimalistas no les gusta trabajar de manera deductiva (...) ponen mucha atención a los hechos del caso”⁸⁰. Asimismo, se trata de jueces que también “tienden a pensar mediante analogías y tomando en consideración problemas actuales e hipotéticos (...). Este tipo de jueces abrazan el minimalismo –generalmente, no siempre– por razones que se vinculan a su concepción del rol del Poder Judicial en la institucionalidad del Estado”⁸¹.

En términos prácticos, el minimalismo puede una ruta útil para que un tribunal colegiado que presenta fuertes divisiones, pueda converger en una decisión muy básica ante la imposibilidad de llegar a acuerdos. Si esto es así, sostiene Sunstein, el minimalismo no solo será deseable sino inevitable⁸².

Así, para el autor, el minimalismo se vuelve más atractivo cuando: (1) los jueces deben resolver en medio de incertidumbre fáctica o moral (legalmente relevante) y circunstancias cambiantes; (2) todas las soluciones posibles puedan ser revertidas en casos futuros; (3) no es necesaria una planificación anticipada; y (4) las precondiciones para el autogobierno democrático no están en juego y los objetivos democráticos no son promovidos por la decisión judicial⁸³.

Se sigue de lo anterior que el caso a favor del minimalismo no puede separarse de una evaluación de las controversias subyacentes y del contexto.

La práctica del minimalismo se caracteriza por dos cuestiones principales: estrechez (*narrowness*) y superficialidad (*shallowness*). Desde la primera perspectiva, los minimalistas tratan de decidir casos antes que establecer reglas amplias. En este sentido, “los minimalistas piden que las sentencias *sean estrechas más que amplias* (...). Un

⁸⁰ SUNSTEIN (2001) p. 9.

⁸¹ SUNSTEIN (2001) p. 9.

⁸² SUNSTEIN (2001) p. 57.

⁸³ SUNSTEIN (2001) p. 57. Sin embargo, para Sunstein puede valer la pena intentar una solución amplia y *deep* (maximalista) cuando: (1) los jueces tienen confianza considerable en el mérito de esa solución; (2) la solución puede reducir los costos de la incertidumbre para futuros jueces y litigantes; (3) es importante contar con una planificación anticipada; y (4) un enfoque maximalista promoverá objetivos democráticos sea creando las precondiciones para la democracia o imponiendo buenos incentivos a las autoridades electas, incentivos ante los cuales son responsivos. Sunstein (2001) p. 57

minimalista consistente busca redactar sentencias cuya amplitud sea solo la necesaria para resolver el caso”⁸⁴.

En segundo lugar, los minimalistas prefieren decisiones superficiales (*shallow*) más que profundas (*deep*):

“Los minimalistas generalmente tratan de evitar cuestiones de principios básicos. Quieren permitirles a las personas que discrepen en los asuntos más complejos, converger. En este sentido, buscan que alcancen *acuerdos teóricamente incompletos* (...). Al poner de relieve la superficialidad en vez de la profundidad estoy enfatizando la posibilidad de decisiones judiciales concretas en casos particulares, sin ir acompañados de abstracciones acerca de las explicaciones de dichas decisiones (...). Jueces que tienen desacuerdos o no están seguros acerca de los fundamentos de los derechos constitucionales, o acerca del método constitucional apropiado, podrían estar dispuestos a llegar a un acuerdo en cómo resolver un caso particular”⁸⁵.

Para Sunstein, los acuerdos teóricamente incompletos no son, en caso alguno, acuerdos carentes de justificaciones. Por el contrario,

“las decisiones judiciales pocas veces se hacen cargo de cuestiones fundacionales, y son, sin embargo, ejercicios de razonamiento. Existe una gran diferencia entre rehusar entregar un argumento ambicioso para sostener una decisión y no querer entregar razón alguna (...) Los acuerdos teóricamente incompletos en resultados particulares son un medio importante para que ciudadanos diversos puedan juntarse y convivir en sociedad (...) son una forma también de respeto recíproco. Esto es especialmente cierto cuando las personas de manera rápida o insistente se aferran a sus creencias más abstractas (acerca de sus creencias religiosas o compromisos ideas como libertad o igualdad) (...) Así, cuando los desacuerdos teóricos son intensos y difíciles de mediar, los jueces consiguen avances al dejar de lado dichos desacuerdos, y converger hacia un resultado basado en una justificación más modesta”⁸⁶.

⁸⁴ SUNSTEIN (2001) p. 10.

⁸⁵ SUNSTEIN (2001) pp. 11 y 13.

⁸⁶ SUNSTEIN (2001) pp. 13-14.

En este sentido, un caso extremo de maximalismo (de profundidad y amplitud) para Sunstein, proviene del ya clásico modelo de juez “Hércules” desarrollado por el recientemente fallecido Ronald Dworkin⁸⁷:

“Con el propósito de explicar la naturaleza del razonamiento legal, Dworkin ha descrito a un juez idealizado, Hércules, que busca asegurarse que las decisiones del pasado sean puestas en ‘su mejor luz’ (*best constructive light*). Esta es la noción de derecho como integridad (...) para nuestros propósitos lo que es relevante es que Hércules es ambicioso en ambas dimensiones. Hércules trata de realizar decisiones con gran profundidad teórica y también como la decisión del caso objeto de análisis cuadra con otras múltiples decisiones, actuales e hipotéticas”⁸⁸.

Los efectos de profundidad y amplitud no es solo una función de lo que digan los jueces. Dependerá bastante de la teoría aplicable del *stare decisis*. Si los precedentes reciben poco respeto, “una decisión amplia y profunda no controlará futuras decisiones. La distinción familiar entre *holdings* (la parte crucial de una decisión, una que controla futuras decisiones) y *dicta* (meras declaraciones que no tienen autoridad alguna sobre decisiones futuras) tiene mucho que ver con el debate en torno al minimalismo”⁸⁹.

Por el contrario, una versión “fuerte” del *stare decisis*, especialmente en controversias sobre leyes, puede ser entendida como un esfuerzo para crear incentivos para los actores del proceso democrático:

“Si los jueces no alteraran su interpretación de las leyes, incluso en el caso que haya sido errónea, el Congreso tendrá directrices claras contra las cuales trabajar, sabiendo que, si se deben arreglar errores, los correctivos deben ser provistos por el Congreso. Los jueces no harán el trabajo por este. Así, una teoría fuerte del *stare decisis* es parte de un entramado de mecanismos que generan los incentivos adecuados a la democracia”⁹⁰.

⁸⁷ Ver la tesis de Dworkin acerca de cómo el juez Hércules encuentra la mejor respuesta posible en DWORKIN (1986).

⁸⁸ SUNSTEIN (2001) p. 18.

⁸⁹ SUNSTEIN (2001) p. 19.

⁹⁰ SUNSTEIN (2001) p. 21.

En este sentido, para el autor, la amplitud sería una virtud judicial porque promueve los valores del Estado de Derecho, al limitar la discrecionalidad judicial y aumentar la predictibilidad. Pero es también una virtud democrática,

“porque crea un rayado de cancha confiable para ser utilizado por ciudadanos y representantes. La relativa oscuridad de decisiones estrechas (*narrow*) serían, bajo esta mirada, un obstáculo para el buen funcionamiento democrático, porque los parlamentarios no sabrían como actuarán los jueces, y porque existe el incentivo de que los jueces hagan todo el trabajo relevante”⁹¹.

Bajo este contexto, Sunstein invita finalmente a contrastar el minimalismo con otros enfoques posibles. Por cierto con el maximalismo, el que se caracteriza por buscar resolver casos concretos mediante el establecimiento de reglas amplias para el futuro sobre la base de justificaciones teóricas ambiciosas. Sunstein nos recuerda asimismo que en el polo opuesto encontramos *reasonlessness*, esto es, la falta total de entrega de razones para decidir un caso. Cerca de esta carencia de motivos expresados, encontramos a su vez el “subminimalismo”, entendido como la entrega de decisiones definitivas opacas, y que ofrecen poca justificación o guía para el futuro⁹².

En nuestra opinión, más que una teoría sobre la función de los jueces, el minimalismo es útil como estrategia judicial para definir la manera en que los ellos deben entregar sus decisiones, atendidas las ventajas ya expuestas. Una tesis como esta probablemente no operaría de manera idéntica en nuestro país, ya que habría que evaluar de qué forma ella podría ser administrada por jueces que no están acostumbrados a fallar bajo el razonamiento del precedente formal. Sin embargo, el formalismo y el apego a la ley escrita (elementos propios de nuestra cultura jurídica) pueden contribuir agregando elementos útiles para la construcción de un minimalismo local. Es muy probable que el rol de los jueces en un país como el nuestro, que no los considera *policy-makers*, tenga perspectivas de desarrollo especialmente favorables.

⁹¹ SUNSTEIN (2001) pp. 21-22.

⁹² SUNSTEIN (2001) pp. 9-10.

Existen muchas otras teorías que podrían utilizarse para fortalecer la filosofía sobre el rol judicial, lo que podría dar una respuesta seria al argumento que alega la inevitabilidad del activismo judicial. Los ejemplos recién dados parecen interesantes, aunque ambos probablemente requieren de ajustes para que puedan ser aplicados con éxito, bajo la forma expuesta o bajo alguna combinación de teorías que vinculen una perspectiva general del ordenamiento jurídico, las reglas de interpretación y el rol de los jueces dentro del sistema político⁹³.

5. 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 y que en el derecho comparado representa dificultades (y objeciones), ello no implica que no deba ser objeto de estudio. Obviar esta literatura puede ser un gran error y, probablemente, una ingenuidad.

El fallo que comentamos en este trabajo contiene un voto disidente que responde a los elementos propios del “activismo judicial”. Si ese tipo de votos se generaliza en el comportamiento judicial para casos emblemáticos como los citados más arriba, grandes consecuencias debiéramos observar en la calidad de nuestras instituciones. Por una parte, las instituciones representativas perderían *accountability*, entregando la solución del problema a un escenario judicial que no guarda suficientes garantías democráticas, de transparencia ni de participación, y por otro lado habría altas probabilidades de una pérdida en la capacidad técnica para la toma de decisiones, estimulando la alta litigiosidad de ciertos grupos de interés y alterando la percepción de la separación de funciones y del rol de los jueces dentro de un sistema democrático.

⁹³ De hecho, y a modo de ejemplo, se ha dicho que la “autorrestricción” no es, en sí misma una filosofía completa sobre el comportamiento judicial, ya que este factor debe relacionarse con otras variables relevantes. POSNER (1983) p. 22.

Votos como el del juez Muñoz, nos recuerdan que en una sociedad democrática, los jueces (y sus sentencias) deben ser objeto de escrutinio y control; no solo académico (o de otras autoridades), sino de manera periódica. Esta es una de las razones por las cuales 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.

Frente a lo anterior, y a las insuficiencias de los mecanismos de control para enfrentar en su totalidad la arbitrariedad judiciales, el desarrollo de filosofías que disciplinen el comportamiento judicial debe vincularse a la promoción de una cultura judicial respetuosa de las reglas legislativas preestablecidas por los poderes democráticos, que prevalezca en casos de importancia social y moral. Para ello, hemos propuesto adicionalmente considerar dos tesis que parecen útiles (la de la autorrestricción y la del minimalismo), aunque no son las únicas disponibles. Gracias a este tipo de filosofías, el activismo judicial es evitable, siendo posible minimizar sus efectos y controlar sus consecuencias.

6. BIBLIOGRAFÍA

1. Artículos y libros

ATRIA, Fernando (2008): “Revisión Judicial: el Síndrome de la Víctima Insatisfecha”, *Revista de Estudios Públicos*, N° 79, pp. 347-402

BARBOSA, Francisco (2011): “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”, *Revista Derecho del Estado*, N° 26: pp. 107-135

BARNETT, Randy (1985): “Judicial *Pragmactivism*: a definition”, *Cato Journal*, vol. 4, No 3, pp. 853-864

BARNETT, Randy (1987): “Foreword: Judicial Conservatism v. a Principled Judicial Activism”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 10, pp. 273-294

- BARTON, David (2003): *Restraining Judicial Activism* (Camden, New York, WallBuilder Press)
- BENAVIDES, María Angélica (2009): “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, *Ius et Praxis*, Año 15, N° 1: pp. 295-310
- BREYER, Stephen (1999): “Revisión judicial: la perspectiva de un juez”, *Estudios Públicos*, vol. 75, pp. 49-66
- COUSO, Javier (2004): “Consolidación Democrática y Poder Judicial. Los riesgos de la judicialización de la política”, *Revista de Ciencia Política*, Vol. XXIV, N°2, pp. 29-48
- COVARRUBIAS, Ignacio (2011): “Un derecho a la salud que pretende garantizar el punto de llegada antes que el de partida”, en DELAVEAU, Rodrigo (editor) *Sentencias Destacadas 2010* (Libertad y Desarrollo) pp. 67-99
- CROSS, Frank y TILLER, Emerson (1998): “Judicial Partisanship and Obedience to Legal Doctrine: Whistleblowing on the Federal Courts of Appeals”, *Yale Law Journal*, vol. 107, pp. 2155-2176
- CROSS, Frank y LINDQUIST, Stefanie (2012): “The Scientific Study of Judicial Activism”, *University of Texas Law, Law and Econ. Research Paper*, No. 93. Disponible en línea en: <http://ssrn.com/abstract=939768>
- DEL TORO, Mauricio (2007): “El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano”, en BECERRA, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento* (D.F México, UNAM) pp. 23-61
- DWORKIN, Ronald (1986): *Law's Empire* (New York, Belknap Press) 470 p.
- EPSTEIN, Lee y LANDES, William (2012): “Was There Ever Such a Thing as Judicial Self-Restraint?”, *California Law Review*, vol. 100, pp. 557-578
- FIGUEROA, Rodolfo (2009): “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión Teórica”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, N° 3, pp. 587-620
- FLETCHER, William (2009): “Dissent”, *Golden Gate University Law Review*, vol. 39, pp. 291-300

- GARCÍA, Javier (2007): “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 20: pp. 117-143
- GARGARELLA, Roberto (2008): De la injusticia penal a la justicia social (Bogotá, Universidad de los Andes-Siglo del Hombre Editores)
- HART, H.L.A (1994): *The Concept of Law* (New York, Oxford University Press) 262 p.
- HENRÍQUEZ, Miriam (2010): “¿Activismo judicial en la obtención de cobertura adicional para enfermedades catastróficas? Análisis jurisprudencial 2006-2009”, *Estudios Constitucionales*, Año 8, N°1, pp. 401-424.
- HILBINK, Lisa (2007): *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship. Lessons from Chile* (Cambridge Studies in Law and Society, Cambridge University Press) 299 p.
- HUQ, Aziz (2012): “When Was Judicial Self-Restraint”, *California Law Review*, Vol. 100, Issue 3, pp. 579-606
- KMIEC, Keenan (2004): “The origins and current meanings of “judicial activism”, *California Law Review*, vol. 92, issue 5, pp. 1442-76
- KRAMER, Larry (2012): “Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint”, *California Law Review*, vol. 100, pp. 621-634
- LINDQUIST, Stefanie y CROSS, Frank (2009): *Measuring Judicial Activism* (Oxford University Press)
- MENDELSON, Wallace (1975): “The politics of Judicial Activism”, *Emory Law Journal*, Vol. 24, Issue 1, pp. 44-66
- MERRILL, Thomas (1997): “Does public choice theory justify judicial activism after all?”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*. Vol. 21, Issue 1, pp. 220-230
- MONTT, Santiago y CÁRDENAS, Luis (2011): “La Declaración de Inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres: Mitos y Realidades de un Fallo Histórico, *Anuario de Derecho Público 2011 Universidad Diego Portales*, pp. 17-53.
- MURPHY, Walter, PRITCHETT Charles y EPSTEIN, Lee (2002): *Courts, Judges & Politics: An introduction to the judicial process* (5° ed., New York, Mc Graw-Hill)

- NÚÑEZ, Manuel (2011): “La Constitución frente a la ley del contrato. Inconstitucionalidad e inaplicabilidades sobrevinientes en el caso isapres”, en DELAVEAU, Roberto (editor) *Sentencias Destacadas 2010* (Libertad y Desarrollo) pp. 51-65
- PEÑA, Marisol (2007): “Desafíos para la justicia constitucional chilena a partir de la reforma de 2005”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 7, pp. 199-212
- POSNER, Richard (2012): “The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint”, *California Law Review*, vol. 100, pp. 519-556
- POSNER, Richard (1983): “The Meaning of Judicial Self-Restraint”, *Indiana Law Review*, Vol.59, No 1, pp. 1-24
- POSNER, Richard (2011): *Cómo deciden los jueces* (Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales) p. 447
- PRITCHETT, Herman (1958): “The Supreme Court today: Constitutional interpretation and judicial Self-Restraint” *South Dakota Law Review*, vol. 3, pp. 51-79
- ROACH, Kent (2001): *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue* (Toronto, Irwin Law) p. 378
- SHAPIRO, Martin (1981): *Courts: A Comparative and Political Analysis* (Chicago, The University of Chicago Press)
- SHAPIRO y STONE SWEET, Alec (2002): *On Law, Politics & Judicialization* (New York, Oxford University Press) p. 432
- SILVA, Luis (2012): “¿Es el Tribunal Constitucional el Supremo Interpretador de la Constitución?”, *Revista de Derecho de la P. Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVIII, pp. 573-616
- SOTO, Sebastián (2009): “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) pp. 171-213
- SUNSTEIN, Cass (2001): *One case at a time, Judicial minimalism on the supreme court* (Cambridge, Harvard University Press) 290 pp.
- SUNSTEIN, Cass (2000): *Behavioral Law and Economic*, (Cambridge, Cambridge University Press.) 448 p.
- SUNSTEIN, Cass (1994): “Political equality and unintended consequences”, *Columbia Law*, vol. 94, No. 4, May, 1994, Vol. 94, No. 4, pp. 1390-1414

- SUNSTEIN, Cass (2005): *Why Societies Need Dissent* (1ª edición, Boston, Harvard University Press), 246 p.
- SWEENEY, James (2005): “Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, No 2: pp. 459-474
- THAYER, James B. (1893) “Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, vol. VII: pp. 129-156.
- VERDUGO, Sergio (2011): “Aportes del Modelo de Disidencias Judiciales a Sistema Político. Pluralismo Judicial y Debate Democrático”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año 18, N° 2, pp. 217-272
- VERDUGO, Sergio y GARCÍA, José Francisco (2012): “Radiografía al sistema interamericano de derechos humanos”, revista *Actualidad Jurídica*, de la *Universidad del Desarrollo*, vol. 25, pp. 175-216
- VERDUGO, Sergio y GALLI, Nicolás (2012): “El Precedente en el Tribunal Constitucional: ¿Doctrina Judicial o Compromiso con Votos Particulares?”, en TORTORA, Hugo (coordinador) *Las Fuentes Formales del Derecho Público* (Santiago, Editorial Metropolitana) pp. 397-427
- WALDRON, Jeremy (1999-A): *Law and Disagreement* (New York, Oxford University Press) 344 p.
- WALDRON, Jeremy (2006): “The Core of the Case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, vol. 115, No. 6: pp. 1346-1406
- WOLFE, Christopher (1997): *Judicial Activism* (2nd edition, New York, Rowman & Littlefield Publishers) 184 p.
- ZAPATA, Patricio (2008): *Justicia Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 623 p.
- ZAPATA, Patricio (1994): *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Corporación Tiempo 2000) 250 p.
- ZAPATA, Patricio (2002): *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Biblioteca Americana Universidad Andrés Bello) 200 p.

2. Sentencias judiciales citadas

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia rol 2384-12, de 19 de noviembre de 2012

CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, sentencia rol 4-2011, de 31 de enero de 2012

CORTE SUPREMA, sentencia rol 1785-2012, de 30 de mayo de 2012

CORTE SUPREMA, sentencia rol 1960-2012, de 28 de agosto de 2012

CORTE SUPREMA, sentencia rol 8327-2012, de 7 de enero de 2013

CUARTO TRIBUNAL DEL JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO, sentencia RIT O-150-2012

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol 626, 16 de enero del 2007

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencias roles 1960 y 1961, de 10 de julio de 2012

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol 976, de 26 de junio de 2008

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol 1710, de 6 de agosto de 2010

3. Otros

CORTE SUPREMA, declaración del pleno de 11 de septiembre de 2012: http://www.poderjudicial.cl/noticias/File/Ministra%20Benitez.pdf?opc_menu=&opc_item=

GARNER, BRYAN (editor in chief) (2006): *Black's Law Dictionary* (Third Pocket Edition, Thomson West) 810 p.

Informe de la Municipalidad de Pucón, presentado en causa rol 4-2012, de la Corte de Apelaciones de Temuco

LIBERTAD Y DESARROLLO (2012), "Caso Castilla: Cuando la justicia se transforma en regulador", septiembre de 2012, *Fallo Público* N° 28, disponible en línea en: http://www.lyd.org/wp-content/files_mf/fallosp%C3%9Ablicos28septiembre2012.pdf

MUNICIPALIDAD DE PUCÓN, Oficio N° 1166, de 28 de diciembre de 2011

Recurso de apelación de sentencia de Corte de Apelaciones de Temuco, presentado por la Municipalidad de Pucón ante la Corte Suprema en causa rol 1785-2012

Recurso de protección presentado por María Cristina Pavez Lillo, de 3 de marzo de 2012, rol 4-2012, de la Corte de Apelaciones de Temuco