

CINCO MEDIDAS PARA ATAJAR EL ACTIVISMO JUDICIAL

- El activismo judicial es un fenómeno complejo y global, cuyas causas son multifactoriales.
- Se pueden encontrar sentencias activistas, es decir, en que el juez resuelve contra el sentido de la norma, en todo tipo de tribunales y todo tipo de procesos. Sin embargo, las decisiones más polémicas suelen ser dictadas cuando las cortes conocen el recurso de protección.
- Algunas de las características del recurso de protección se prestan para que ocurra este fenómeno. Si bien es inevitable que ello siga ocurriendo, es posible proponer algunas reformas que le den un mejor cauce a las presiones subyacentes que producen el fenómeno del activismo judicial.

La acción de protección ha sido una gran herramienta para la defensa de los derechos de las personas. Desde su creación en el Acta Constitucional de 1976 y su posterior consagración en el artículo 20 de la Constitución de 1980, ha sido fundamental para la vigencia de los derechos fundamentales, sin lo cual serían meras declaraciones de buenas intenciones, pero no propiamente de derechos.

Sin embargo, cada vez más, los jueces han desbordado sus atribuciones, resolviendo contra el derecho e inmiscuyéndose en las competencias de otros poderes del Estado. Se trata de un fenómeno global, cuyas causas son profundas. Aunque lo encontramos en todo tipo de procesos judiciales, hasta ahora, el camino predilecto de los jueces para fallar de manera activista ha sido el recurso de protección.

El caso más palmario son las sentencias con efectos generales dictadas por la Corte Suprema, en materia de adecuación de los planes de salud¹, tablas de factores² y el valor de la prima GES³ que aplican las Isapres. Pero existen otros casos, en los cuales no se infringió el efecto relativo de las sentencias, que igualmente pueden considerarse casos de activismo judicial. Por ejemplo, el fallo por el caso Quintero-

¹ Sentencias de la Corte Suprema roles 12.514-2022, 12.508-2022, 13.109-2022, 13.222-2022, 14.268-2022, 13.178-2022, 14.691-2022, 13.709-2022, 16.670-2022, 15.372-2022, 17.403-2022 y 14.821-2022.

² Sentencias de la Corte Suprema roles 16.630-2022; 25.570-2022; 14.513-2022 y 13.979-2022.

³ Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 19.301-2023.

Puchuncavi⁴, las órdenes de coordinación con la autoridad pública a dueños de terrenos usurpados⁵, o la jurisprudencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema sobre medicamentos de alto costo, podrían ser invocados como casos de activismo judicial que tienen en común el haber sido dictadas conociendo el recurso de protección.

DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE ACTIVISMO JUDICIAL

En primer lugar, el activismo se opone al deber del juez de aplicar el derecho. Cuando la Corte Suprema paralizó las alzas de los planes de Isapres a pesar de que la Ley 21.350 las había autorizado expresamente, se comporta de manera activista⁶. Como explica Marco Veoli, en el activismo judicial se descubre “un núcleo esencial referido a la delimitación interpretativa de los alcances de una norma jurídica, sin apearse a su literalidad, y a ese núcleo pueden agregarse tanto la anulación de las decisiones adoptadas por otro órgano del Estado como la definición de políticas públicas por el propio juez”⁷.

En segundo lugar, el activismo judicial se opone al deber de imparcialidad de los jueces. En ese sentido, un juez es activista cuando se descubre en su sentencia un ánimo de hacer valer sus preferencias ideológicas o avanzar en la consecución de una agenda política.

Por ejemplo, si la norma ordena desalojar un terreno usurpado, pero la Corte Suprema establece que el propietario contribuya a dar una solución habitacional a los usurpadores⁸, entonces la Corte se desentiende de su deber de hacer justicia a las partes y, en vez, utiliza la sentencia como un instrumento para alcanzar una determinada concepción de justicia. Con esto, instrumentaliza a las partes del proceso.

Finalmente, el activismo se opone al principio de división de poderes. Un caso paradigmático es la sentencia de efectos generales de la Corte Suprema en materia de tablas de factores utilizadas por las Isapres, que desencadenó una discusión sobre la “aplicación legislativa” de la sentencia⁹.

⁴ Sentencia de la Corte Suprema Rol 5888-2019.

⁵ Sentencia de la Corte Suprema Rol N°1.062-2022.

⁶ Sentencias de la Corte Suprema roles 12.514-2022, 12.508-2022, 13.109-2022, 13.222-2022, 14.268-2022, 13.178-2022, 14.691-2022, 13.709-2022, 16.670-2022, 15.372-2022, 17.403-2022 y 14.821-2022.

⁷ Veoli, M, “El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial”, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, 2015, p. 173-198.

⁸ Sentencia Corte Suprema Rol N°1.062-2022.

⁹ Sentencias de la Corte Suprema roles 16.630-2022; 25.570-2022; 14.513-2022 y 13.979-2022.

Ahora bien, ¿cuáles son las causas del activismo judicial? Entre otras, la sociedad es más exigente con sus autoridades y se ha impuesto un discurso político cada vez más centrado en los derechos de las personas. Como los tribunales son más funcionales a este tipo de demandas ciudadanas, que exigen una respuesta individual e inmediata que el foro político, es natural que los jueces caigan en la tentación de contrariar al legislador.

Por otra parte, la imposibilidad de lograr acuerdos políticos agrava el problema. Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional de 2010 que prohibió que las tablas de factores discriminasen por sexo y edad produjo un vacío legal que no ha sido llenado por el legislador en 13 años. Es decir, la política fue incapaz de solucionar el problema. El resultado fue una avalancha de recursos de protección, que terminó con la dictación de sentencias con efectos generales por la Corte Suprema.

Esta misma parálisis política, junto a otros factores, provoca la dictación de leyes que no zanján los conflictos -es decir, que no establecen reglas claras-, sino que instauran principios a los que los aplicadores de las leyes deben tratar de acercarse.

Este fenómeno legislativo se ha dado en paralelo a un cambio en la cultura judicial. El juez moderno no se entiende a sí mismo como un guardián de las leyes, sino como protector de los derechos de las personas. Un ejemplo claro es el fenómeno de judicialización de la ley de tratamientos médicos de alto costo, en que, a pesar de haber una normativa clara que establece lineamientos técnicos para que la autoridad competente defina qué tratamientos serán financiados por el Estado, la Corte Suprema razonó sobre la base del derecho a la vida y a la salud de las personas, inaplicando todas las reglas diseñadas por el legislador. Llevado al extremo, la aplicación directa de la Constitución ha devenido en un juez que cree que entre él y la Constitución no hay nada.

LOS ELEMENTOS QUE FACILITAN EL ACTIVISMO DE LOS JUECES

Como se señaló, el recurso de protección ha sido la herramienta más usada por los jueces activistas. Ello se explica por distintas razones, entre ellas que, cuando la sociedad pide a los jueces respuestas a problemas políticos, es natural que los jueces respondan siguiendo una lógica más política que jurídica y la amplitud de como la Constitución reconoce dicho recurso.

Un segundo aspecto es la propia redacción de la norma del artículo 20 de la Constitución, que autoriza al juez a “adoptar de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección

del afectado”. El carácter ilimitado de esta fórmula, sumado a la simplicidad del procedimiento de la protección, ha sido útil para invadir atribuciones de otros órganos, afectar las políticas públicas y revisar la constitucionalidad de las leyes.

Una tercera causa es que la ausencia de tribunales o de un procedimiento contencioso administrativo ordinario para controlar a la Administración, sumado a la celeridad del recurso de protección, han convertido al recurso de protección en el camino residual de los litigantes para controlar los actos de la administración, sobre todo considerando que la alternativa, la nulidad de derecho público, puede tomar 10 años.

Esto no genera necesariamente sentencias activistas. Sin embargo, cuando las partes disputan sobre una materia administrativa para la cual no hay un tribunal o un procedimiento especial y deben recurrir al recurso de protección, se ven obligados a presentar cuestiones de mera legalidad como si fueran infracciones a las garantías constitucionales. Esto sienta las condiciones para que el juez resuelva activistamente si estima que su interpretación de una garantía debe primar sobre la ley.

Finalmente, Chile es prácticamente el único país del mundo que, contando con una acción de amparo constitucional y con un Tribunal Constitucional, es la Corte Suprema y no el Tribunal Constitucional el que conoce de dichas acciones.

Como señala Andrés de Bordalí, “tenemos a nuestra Corte Suprema fallando una enorme cantidad de apelaciones en materia de protección, dejando de lado su tarea principal, que es fijar la correcta interpretación de la ley mediante el recurso de casación”¹⁰. Esto genera competencias rivales en materia constitucional, lo cual ha generado importantes conflictos en el pasado entre ambos tribunales.

Aparecen dos cuestiones. Por una parte, la pregunta sobre contar con una segunda instancia amplia, a través de la apelación, o más restringida, como ha sido la tendencia en los nuevos procedimientos aprobados en las últimas décadas. Por otra parte, podemos preguntarnos sobre quién debe tener la última palabra en materia constitucional, si la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional. Obviamente, se trata de cuestiones interrelacionadas.

Esta configuración actual desnaturaliza el trabajo de la Corte Suprema que, al menos en términos numéricos, deja de ser un tribunal de casación, es decir, un tribunal que

¹⁰ Bordalí, A, “El recurso de protección al banquillo”, IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla AC. Vol. V, 27, junio, 2011.

define la correcta interpretación de la ley y pasa a ser un tribunal de apelación del recurso de protección, concentrado en la Tercera Sala.

Esto configura un juez cuya principal ocupación es resolver una acción que ha perdido su naturaleza cautelar y que, por lo tanto, tiene como principal preocupación definir el alcance de los derechos constitucionales en el fondo de las materias discutidas.

ANTIDEMOCRÁTICO Y REGRESIVO: LOS CONSECUENCIAS DEL ACTIVISMO JUDICIAL

Los factores antes descritos generan un escenario donde el activismo judicial se incuba con sus complejas consecuencias. En primer lugar, el activismo judicial es antidemocrático. Los jueces activistas resuelven contra el sentido de la ley, imponiendo su criterio personal por sobre la decisión democrática contenida en la norma. Por supuesto, la democracia es más que la regla de la mayoría. La protección de las minorías, incluyendo la minoría más débil, que es la minoría del individuo, también forma parte del credo democrático. Aquí el rol de los jueces es fundamental. Pero ello no puede llevarse al extremo de atentar contra la legalidad, entre otras cosas, porque el respeto a la ley también es una garantía ciudadana, y de la mayor importancia.

Pero, además, los jueces están muy mal preparados para resolver problemas legislativos. Desde el punto de vista de su legitimidad democrática, los procesos judiciales son adversariales, es decir, solo pueden participar las partes y no cuentan con mecanismos de representación política. Y desde un punto de vista técnico, no tienen los recursos con que cuentan los ministerios sectoriales que les permita prever las consecuencias de sus decisiones.

Finalmente, si se trata de defender los derechos de las personas, el activismo suele ser regresivo. En nuestro país, el principal caso de judicialización masiva es el de las alzas de los planes de salud de las Isapre, producido principalmente por personas de clases medias y altas.

CÓMO AVANZAR PARA CONTENER EL ACTIVISMO JUDICIAL EN CHILE

El problema del activismo debe ser abordado entendiendo que nunca será posible acabar con él, pero sí se puede avanzar buscando mecanismos para contenerlo y darle un mejor cauce institucional a las causas que le dan origen.

Algunas de estas medidas buscan modificar directamente la normativa del recurso de protección, mientras que otras son modificaciones de carácter general que impactan en la manera de resolver las protecciones por parte de los jueces:

1. Sincerar la ampliación de los derechos protegidos por la Constitución, pero restringiendo dicha protección a las prestaciones sociales definidas por el legislador. Con ello se evitan las construcciones jurisprudenciales que extienden la protección constitucional sin límite, invadiendo las atribuciones del Legislador y del Ejecutivo.
2. Regular legalmente el procedimiento del recurso de protección, precisando su admisibilidad y las facultades del juez.
3. Establecer un procedimiento contencioso administrativo ordinario, para todas aquellas materias que no tienen un procedimiento o un tribunal especial.
4. Fortalecer la concentración del control de constitucionalidad en el Tribunal Constitucional, a fin de evitar que el recurso de protección se transforme en una vía alternativa de control de constitucionalidad.
5. Revisar la configuración de la segunda instancia del recurso de protección, a fin de evitar decisiones contradictorias o conflictos de competencia entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema.