*ACTIVISMO JUDICIAL EN CHILE.
¿HACIA EL GOBIERNO DE LOS JUECES?*

JOSÉ FRANCISCO GARCÍA - SERGIO VERDUGO

SANTIAGO, EDICIONES LIBERTAD Y DESARROLLO, 2013, 301 pp.*

CHRISTIAN VIERA ÁLVAREZ**
Universidad de Valparaíso
christian.viera@uv.cl

Hace un par de meses se publicó este libro. Tuve oportunidad de estar en la presentación y los autores señalaban que se trataba de una mirada crítica a una práctica que se estaba produciendo en nuestros Tribunales y que, si bien, no era extensible a todos los jueces y judicatura, hay signos preocupantes que deben ser atendidos, especialmente porque el activismo judicial supone un peligro para el sistema democrático. En la misma presentación, realizada por Roberto Guerrero y Jorge Correa, junto con celebrar la iniciativa, compartían la tesis del peligro a la democracia que suponen las prácticas activistas. Por lo mismo, se trata de un tema actual, polémico y de reciente data en nuestro derecho.

El presente comentario consta de dos partes. La primera, una breve descripción del contenido del libro y sus principales títulos; la segunda, una revisión crítica del texto y un análisis de ciertos postulados que justifican la hipótesis desarrollada a lo largo del libro.

En cuanto a lo primero, el libro está dividido en cuatro partes.

La primera, que tiene un capítulo, trata acerca de la teoría del activismo judicial, origen, defensa, crítica y negación del activismo judicial y algunos criterios que permiten determinar los casos en los que encontraríamos ante esta práctica. Este último apartado presenta una suerte de indicadores para la determinación de sentencias activistas.

La segunda parte analiza el activismo judicial en Chile. Desde los capítulos dos a seis presenta diferentes materias –y sus respectivos casos– en que el activis-

* Trabajo recibido el 16 de junio y aceptado el 8 de octubre de 2014.

** Doctor en Derecho. Profesor e investigador Escuela de Derecho U. de Valparaíso.

mo judicial se ha hecho presente. Revisa ejemplos en materia de medio ambiente y energía (Capítulo II), las tomas de establecimientos educacionales (Capítulo III), la judicialización de los planes de salud (Capítulo IV), algunos casos de alto impacto en sede penal (Capítulo V), para finalizar con la revisión de conflictos interpretativos entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional (Capítulo VI).

La tercera contiene un análisis de las condicionantes internas y externas del activismo judicial en Chile. En este punto, los autores revisan dos condicionantes internas y una externa. En cuanto a las internas, la primera trata acerca del diseño institucional de la judicatura y la formación de los jueces (Capítulo VII); la segunda contiene una reflexión acerca de la cultura judicial (Capítulo VIII). En el caso de la condicionante externa, ésta analiza el rol de los medios de comunicación y la crítica académica.

La cuarta parte y final, es una propuesta para minimizar el activismo judicial en Chile. Para ello, los autores proponen el establecimiento de comportamientos judiciales alternativos (Capítulo X), como también postulan la necesidad de una reforma al diseño institucional de la judicatura y a la formación de los jueces.

El libro finaliza con un tradicional apartado de Conclusiones, además de incorporar el régimen de citas y el índice bibliográfico.

En cuanto a lo segundo, es decir, una reflexión sobre el texto mismo, permítaseme algunas observaciones.

El libro está muy bien escrito. El estilo de la redacción permite una lectura fluida y los autores se esmeran en mantener cautivo al lector. Incluso, utilizan ciertas técnicas para que la lectura sea “limpia” y de esta manera no incorporar elementos distractivos. De ahí la opción de insertar el régimen de citas al final del libro y no recargar las páginas con abundantes pie de página.

Además, desde muy temprano, García y Verdugo se aventuran con plantear una hipótesis que pretenden validar: la existencia de una preocupante práctica de activismo judicial por parte de algunos jueces, lo cual supone una amenaza para el sistema democrático. Para el desarrollo de esta hipótesis, los autores no sólo utilizan literatura que resulta útil para fundar sus postulados, sino que también la de defensores del activismo judicial como también de un rol creativo para los tribunales de justicia. Destacan, en este sentido, las abundantes referencias a Gargarella o Waldron.

Asimismo, el libro se instala desde una postura crítica a un rol que, al parecer, estarían teniendo los tribunales de justicia chilenos. Y la crítica la construyen seriamente, aportando evidencia empírica, citando debidamente la jurisprudencia y reflexionando en base a doctrina que aún es desconocida por la literatura constitucional chilena. Al mismo tiempo, supone una tesis atrevida que genera

molestia en algunos jueces, como es el caso del ministro de la Corte Suprema Milton Juica, quien señaló que toda la argumentación para justificar la existencia de dicho activismo “son sólo eslóganes que no reflejan la realidad práctica de los conflictos que se resuelven en los tribunales de justicia (...) es un eslogan, como tantos para, de alguna manera, afectar la independencia del poder judicial, como por ejemplo el eslogan de la puerta giratoria”¹.

Con todo, es necesario que nos detengamos en algunos puntos que merecen atención, porque el libro contiene una propuesta interpretativa discutible, tanto por el insuficiente desarrollo de algunos postulados, como por fundarse en algunas premisas implícitas con pretensiones de universalidad que deben revelarse y relativizarse. El presente comentario no tiene por objeto un análisis de todos los capítulos, sino que me limitaré a presentar algunos tópicos que son expresión de postulados implícitos que justifican la hipótesis propuesta por los autores.

En primer lugar, García y Verdugo nada dicen acerca de las insuficiencias del sistema democrático chileno; es cierto, no es un libro acerca de la democracia, sin embargo, para realizar una crítica tan asertiva, es necesario hacerse cargo del contexto; cuando se observan claros síntomas de agotamiento de una determinada institucionalidad, y la clase política e instituciones no asumen protagonismo para enfrentar las dificultades, es inevitable que se produzcan fisuras a los esquemas tradicionales. Por ejemplo, en relación a los derechos sociales, no ha habido voluntad política para generar un desarrollo sustantivo de estos derechos asociados a la dignidad humana y han sido los Tribunales los cuales han hecho un reconocimiento directo de su estatuto material, v.g. en el caso de las Isapres; ni hablar de la petrificación del proceso nomognético que, en la práctica impide llevar adelante un programa de gobierno (governabilidad) por el veto de las minorías (modelo de aprobación de las leyes contramayoritario) y un Congreso Nacional que derechamente no es representativo.

Y claro, los autores hablan en nombre de la democracia; es más, de la tradicional. Cuando critican algunas propuestas de defensa del activismo, afirman que “lo último supone un concepto de democracia diferente de la tradicional. No se tratará de una democracia basada en la regla de mayoría y la separación de funciones estatales, sino en un sistema político donde la participación y los resultados se logran

¹ Sobre este punto, se puede ver la noticia sobre el libro “Milton Juica y el activismo judicial: “Eso es un eslogan para afectar la independencia del Poder Judicial”, en: *El Mostrador*, 2 de septiembre de 2013, <http://www.elmostrador.cl/pais/2013/09/02/milton-juica-y-el-activismo-judicial-eso-es-un-eslogan-para-afectar-la-independencia-del-poder-judicial/>

sobre la base de un discurso jurídico con una entonación fuerte en los derechos fundamentales y la justicia” (pp. 33-34). Incluso, parece que se abren a considerar que nuestro Congreso tiene un déficit, pero afirman que se trata de una cuestión “*altamente* discutible” (p. 38). Sin embargo, hay un problema, porque parten de un supuesto democrático no explicitado, la democracia tradicional. Pero, qué es la democracia en un sentido tradicional. Como no lo sabemos, queda a criterio del lector esforzarse por comprender el sentido de la crítica y ésta resultará atendible, si nos limitamos a comprender el sistema democrático en una perspectiva formal, es decir, limitada a procesos electorales y legitimación de autoridades por la vía de representación popular. No obstante, esta concepción de la democracia en la actualidad es insuficiente, ya que ese tipo de gobierno debe ser comprendido desde el método, a saber, la intercomunicación o diálogo entre las fuerzas que habitan la comunidad, la deliberación.

En segundo lugar, en el Capítulo III, se refieren a la toma de establecimientos educacionales. Afirman que “el objetivo de este capítulo, es evaluar casos donde parece haber existido activismo por parte de algunos jueces, al tolerar la existencia de las tomas mediante una retórica jurídico-constitucional lejana a sus competencias precisas. El problema no es que los recursos se hayan acogido o rechazado, sino la manera en que los tribunales actúan evitando pronunciarse sobre la licitud de dichas *tomas*... se observan argumentos judiciales donde se asumen supuestos jurídicamente equivocados. Si a ello se suma la existencia de argumentos débiles, incluso escondidos bajo la retórica democrática de discursos político-filosóficos...” (p. 69). Para justificar su propuesta, parten de un principio, las tomas son ilícitas, principalmente por el atentado a la propiedad y a la autonomía decisional de los órganos de administración de los diferentes colegios (pp. 70-71). Y con esos argumentos, que son discutibles, afirman que está “demostrado que las *tomas* son ilícitas” (p. 72).

Sobre este punto, se trata de una propuesta atendible, pero en ningún caso universalizable, ya que existe literatura que sí podría defender esta manera de ejercer el derecho de reunión y expresión en clave de protesta social. No obstante, no es ese el núcleo de la crítica, ya que las tomas no son el objeto de conocimiento por parte de los Tribunales, sino que las medidas disciplinarias que se imponen a los estudiantes que participaron en ellas. Y aquí, principalmente los Tribunales han resuelto que las medidas impuestas han vulnerado el derecho a un racional y justo procedimiento.

Así como los autores ven ideas escondidas en los jueces que resuelven estos asuntos de frontera, por mi parte creo observar que se esconden dos paradigmas políticos que justifican la crítica propuesta por García y Verdugo: una concepción reforzada del derecho de propiedad en clave neoliberal y una interpretación del

principio de subsidiariedad entendido de manera extendida, como radical abstención del Estado para intervenir en la esfera de los grupos intermedios. Y ésta es una propuesta política que no cuenta con opinión unánime, por lo mismo, para explicitar una crítica tan severa, es necesario dar cuenta de las cosmovisiones desde las cuales se construye su propuesta.

En tercer lugar, el Capítulo V lleva por título “del garantismo penal al activismo judicial”. En este capítulo, los autores parten señalando que es falso el dilema entre garantismo y populismo penal y Chile “está siendo afectado por una tendencia creciente hacia el ‘garantismo penal’” (p. 111). Para sostener esa posición, presentan casos de alto impacto público y recogen opiniones públicas de algunos jueces. Señalan que “sin perjuicio de que compartimos la idea de la presunción de inocencia (sic) que invita a los jueces a no tratar como culpables a ninguna persona, en este caso la presunción pareciera operar de forma especial con los *marginales que carecen de educación*” (p. 117) y agregan que “es probable que algunas de las críticas provenientes de ‘Jurisdicción y Democracia’ estén en lo correcto². Es más, es posible que las estadísticas y las mejores teorías sociológicas y de política criminal defiendan (algunas de) las apreciaciones que ellos realizan. El problema que planteamos, sin embargo, no es si ellas son correctas o no; sino si son apropiadas para resolver casos” (p. 118). El mismo capítulo acude a otros casos para sostener la hipótesis de jueces garantistas. Sin embargo, sobre este punto, advierto dos dificultades.

La primera, es que se planta desde un postulado dudoso, a saber, la aparente neutralidad de la ciencia jurídica: el derecho reclama un estatuto autónomo, que no sólo tiene un lenguaje propio, sino que la realidad que se construye desde ahí se encuentra clausurada operativamente. Con todo, si bien no lo señalan los autores, la aparente neutralidad del derecho no es tal, sino que su estructura misma reclama una apertura cognitiva. En ese sentido, autores como Zagrebelsky o Häberle, que no son citados, relativizan esta perspectiva.

La segunda, se advierte abrazar un positivismo radical, pero que en esta parte se utiliza por razones meramente instrumentales, porque para rechazar las fundamentaciones de los jueces, se limitan a señalar normas legales (tipos o normas procesales) las que son interpretadas con el criterio de literalidad. De hecho señalan casi al término del capítulo que “existen muchos jueces que se auto-perciben como garantistas, tanto en los medios de comunicación como a través de algunas

² Jurisdicción y Democracia es una asociación de jueces que apunta a promover las exigencias de un moderno estado democrático de derecho, criticando el actual diseño del Poder Judicial.

sentencias judiciales. Ello ha sido ampliamente reconocido en nuestro debate público. Este tipo de jueces suele utilizar un conjunto de estrategias procesales que permiten estimular un escenario favorable para el activismo en materia penal. *Si bien estas técnicas jurídicas empleadas suelen fundarse en la ley*, lo que está detrás de estos argumentos es una doctrina que va mucho más allá del respeto por el ordenamiento jurídico vigente y se trata de consideraciones extralegales” (p. 130).

Surge, por tanto, la pregunta: ¿cómo las sentencias que se fundan en técnicas legales asumen en definitiva una consideración extralegal? Y aquí entramos al tercer punto; el derecho no puede ser entendido sino en diálogo con otras disciplinas. Y claro, una propuesta como la que estoy señalando se aleja, al parecer, de uno de los pilares en los que descansa este libro: la neutralidad del derecho y una interpretación literal de la ley. Por lo mismo, la crítica que ensayan García y Verdugo será atendible en la medida que expliciten sus cosmovisiones y las pongan en tensión con otras.

En cuarto lugar, el Capítulo VI, que lleva por título “Desacato constitucional de la Corte”, se refiere a los conflictos que han surgido entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, especialmente por la discrepancia que se ha producido entre los resultados de la inaplicabilidad y la desatención que hace el máximo Tribunal a los resultados de ella en recursos de protección. Si bien, comparto el fondo de la crítica hecha por los autores, especialmente porque de seguir el criterio de la Corte Suprema supondría que la inaplicabilidad no tiene ningún sentido, en este caso, más que de activismo, lo que se está produciendo es un problema de competencias entre ambos Tribunales, hasta el momento no resuelto. Tal vez, un camino a explorar es el de armonización jurisprudencial, en virtud de la cual, la Corte Suprema debe adecuar sus resoluciones a lo que señala el Tribunal Constitucional.

En quinto lugar, los autores se detienen, en la tercera parte, en las condicionantes externas e internas del activismo. En cuanto a las internas, postulan que el activismo se debe en gran parte al diseño de la judicatura y la formación de los jueces en la Academia Judicial, como asimismo, a una suerte de cultura judicial y a la importancia en concreto del juez Carlos Cerda. Tratándose de los externos, se detienen en los medios de comunicación, especialmente el caso de *El Mostrador* y la crítica académica.

Quisiera detenerme en la condicionante externa. Reflexionan sobre el caso *El Mostrador* y muestran cómo ese medio electrónico sigue determinados casos, los cuales son resueltos, al parecer, conforme a la línea editorial del medio citado. En este punto, los autores quedan cortos. Para hacer un análisis serio de la importancia de los medios de comunicación en el activismo, el estudio debería haber

incorporado los casos de los medios más influyentes y hacer un cruce de datos con el contenido de las sentencias. *El Mostrador* es un medio digital, pequeño dentro del abanico de medios chilenos y lo sitúan con una importancia desmedida. Se extraña en este apartado, un análisis sobre el rol de *El Mercurio*, *La Segunda* y *La Tercera* y su eventual rol en las sentencias de los Tribunales, para observar la independencia efectiva de nuestro Poder Judicial.

Al mismo tiempo, en el libro abundan ejemplos de sentencias “activistas”. Pero llama la atención que esas sentencias tratan tópicos que podríamos llamar “progresistas”, por lo que de la lectura del libro uno podría llegar a encontrar sentido al eslogan de una candidata a la Presidencia de la República que fue derrotada en la reciente campaña: los jueces de izquierda.

Si bien, me parece que se trata de un asunto controvertido tratar de activistas a las sentencias citadas en el libro, García y Verdugo se limitan al análisis de sentencias con una determinada cosmovisión (que podría llamar progresista), sin embargo, hecho en falta la aplicación de los criterios de determinación de activismo judicial a resoluciones con un talante conservador; o derechamente, en cuanto a los medios de comunicación social, revisar el rol de los principales medios escritos del país, o la importancia que reviste el mismo Instituto editor del libro. Al omitir ese análisis, los autores pierden imparcialidad.

Finalmente, celebro el libro y felicito a los autores. Con atrevimiento instalan en la discusión política y académica un tema polémico, además lo hacen en un lenguaje llano, lo que permitirá una amplia lectura. Con todo, advierto que se trata de una propuesta; sólo eso, una entre otras, que debe ser relativizada desde la perspectiva de un sistema democrático, de una teoría del derecho y de una teoría de la interpretación. No serán las mismas reflexiones si las condicionantes *a priori* desde las cuales se construyen los postulados y se formulan las hipótesis son diferentes. Y en ese sentido, salvo escasas ocasiones, García y Verdugo debieron referir a los autores que trabajan temas controvertidos desde otra vereda, con los debidos respaldos bibliográficos, para dar la oportunidad al lector de enterarse, al menos, de la existencia de sus contradictores.