

Link: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2024/02/23/913389/activismo-versus-judicializacion.aspx>

"...El legislador democrático y el diseñador de política pública deben efectuar siempre un análisis, al regular una materia, que comprenda qué derechos fundamentales están involucrados y de qué forma se requieren amparar (...). Están llamados a regular situaciones y no dejar espacios abiertos y desregulados que conllevarán a una eventual infracción a los derechos de las personas que luego deban ser resueltas por los tribunales de amparo..." En la segunda conferencia anual de ICON-S, dedicada al activismo judicial, fui invitado al segundo plenario que abordó esta figura en la propuesta constitucional rechazada en diciembre pasado. Afirmé que esta trataba de frenar el activismo judicial, pero promovía la judicialización. Más allá de los contenidos y examen de la propuesta, para explicar lo anterior hice una distinción mínima que, a mi juicio, no siempre es clara, y es diferenciar entre activismo judicial y judicialización. Por activismo judicial entiendo la forma en que las y los jueces crean o modifican la legislación o políticas públicas a través de sus sentencias.

En cambio, judicialización es el fenómeno que busca resolver los problemas de derechos fundamentales entre las personas, entre estas y el Estado, y entre órganos del Estado, por vía de los tribunales de justicia, en especial, ante las altas cortes, trasladando a esta sede un problema que pudo ser resuelto en otra instancia (política, administrativa u otra). Activismo y judicialización se parecen, pero no son lo mismo. El activismo busca reemplazar (crear o modificar) la voluntad democrática del legislador o del generador de política pública. En general ocurre porque existe un vacío legislativo (ausencia regulatoria) o porque la respuesta otorgada por la política es considerada insuficiente (insuficiencia regulatoria) y el Poder Judicial busca conferir una por medio de sus sentencias.

En cambio, la judicialización no busca suplir la generación democrática de políticas o de regulaciones, sino que, por un lado, es el desplazamiento hacia los tribunales de una disputa sobre las decisiones democráticas legislativas o de política pública adoptadas y, por otro, es una respuesta a tal pugna a partir del estándar del derecho. Puede ocurrir que, en ciertas situaciones, activismo y judicialización estén traslapadas. En Chile hemos estado ante activismo y judicialización, pero masivamente estamos en presencia de un fenómeno más de judicialización que de activismo. Un par de ejemplos en materia de derechos fundamentales. En el caso del derecho a la salud, el asunto es claro.

La disputa ante las cortes por el alza de los planes de salud o de las Garantías Explícitas en Salud se dan frente a una regulación legal que autoriza el alza pero, ante ella, la respuesta del asegurador privado carece de fundamentación o razonabilidad, tornándose arbitraria.

Las y los jueces no buscan reemplazar la decisión democrática, sino comparar el accionar del seguro privado con el estándar constitucional en materia de derechos fundamentales, a partir de una discusión sobre la aplicación de la decisión legislativa.

En especial, examinan la arbitrariedad o no de la medida legislativa, considerando que no cumplen dicho canon constitucional. La reclamación judicial de la Ley Ricarte Soto es diferente. Estimo que aquí se encuentran ciertos elementos de activismo.

Los recursos de protección son acogidos cuando está en peligro la vida de la persona, incorporando una hipótesis diferente a las dispuestas por el legislador, quién normó la manera en que ciertas enfermedades contarán con un sistema de financiamiento.

No se enjuicia la constitucionalidad de la ley ni la regulación legal en sí misma, sino que el estándar del derecho (derecho a la vida) se aplica con especial atención al caso concreto, acogiendo los recursos cuando concurren enfermedades extremadamente graves, donde el medicamento es efectivo y es la única alternativa, operando como un criterio de reemplazo a lo dispuesto en la Ley N° 20.850. Siguiendo al jurista italiano G.

Zagrebelsky, refiriéndose a la interpretación en la concepción práctica del derecho y la tensión-equilibrio entre caso y norma aplicable, en estas situaciones habría una primacía de los elementos fácticos en favor de una solución equitativa más que una aplicación normativa¹.

Me parece que lo anterior difiere de lo ocurrido en las causas de indemnización por expropiación de tierras indígenas y el aumento del monto indemnizatorio (sentencias de la Corte Suprema roles N° 1139.750 -2020 y 2139.751 -2020) que se han denunciado como sentencias propias del activismo judicial².

En la práctica, lo que existe es una aplicación de un estándar internacional (Convenio N° 169 de la OIT), donde dicho cuerpo normativo da cuenta de una relación entre pueblos y su tierra, de modo que el desplazamiento (traslado y reubicación) debe ser indemnizado considerando la normativa interna e internacional. No se debe confundir la apertura y pluralidad de interpretación del derecho (aunque no estemos de acuerdo) con activismo. De esta forma, creo que el desafío es evitar la judicialización y el activismo. Para ello es necesario extender el análisis al diseño del (los) mecanismos de tutela, comprender el rol de los jueces en democracia y los desafíos del legislador y del diseñador de la política pública. El mecanismo de tutela de los derechos fundamentales debe contener la reclamación judicial como necesaria, pero no como único punto de entrada.

Activismo vs judicialización: una distinción mínima

Vieiras, 23 de febrero de 2024, Fuente: El Mercurio Legal



"El legislador democrático y el diseñador de política pública deben efectuar siempre un análisis, al regular una materia, que comprenda qué derechos fundamentales están involucrados y de qué forma se requieren amparar (...). Están llamados a regular situaciones y no dejar espacios abiertos y desregulados que conllevarán a una eventual infracción a los derechos de las personas que luego deban ser resueltas por los tribunales de amparo..." En la segunda conferencia anual de ICON-S, dedicada al activismo judicial, fui invitado al segundo plenario que abordó esta figura en la propuesta constitucional rechazada en diciembre pasado. Afirmé que esta trataba de frenar el activismo judicial, pero promovía la judicialización. Más allá de los contenidos y examen de la propuesta, para explicar lo anterior hice una distinción mínima que, a mi juicio, no siempre es clara, y es diferenciar entre activismo judicial y judicialización. Por activismo judicial entiendo la forma en que las y los jueces crean o modifican la legislación o políticas públicas a través de sus sentencias. En cambio, judicialización es el fenómeno que busca resolver los problemas de derechos fundamentales entre las personas, entre estas y el Estado, y entre órganos del Estado, por vía de los tribunales de justicia, en especial, ante las altas cortes, trasladando a esta sede un problema que pudo ser resuelto en otra instancia (política, administrativa u otra). Activismo y judicialización se parecen, pero no son lo mismo. El activismo busca reemplazar (crear o modificar) la voluntad democrática del legislador o del generador de política pública. En general ocurre porque existe un vacío legislativo (ausencia regulatoria) o porque la respuesta otorgada por la política es considerada insuficiente (insuficiencia regulatoria) y el Poder Judicial busca conferir una por medio de sus sentencias. En cambio, la judicialización no busca suplir la generación democrática de políticas o de regulaciones, sino que, por un lado, es el desplazamiento hacia los tribunales de una disputa sobre las decisiones democráticas legislativas o de política pública adoptadas y, por otro, es una respuesta a tal pugna a partir del estándar del derecho. Puede ocurrir que, en ciertas situaciones, activismo y judicialización estén traslapadas. En Chile hemos estado ante activismo y judicialización, pero masivamente estamos en presencia de un fenómeno más de judicialización que de activismo. Un par de ejemplos en materia de derechos fundamentales. En el caso del derecho a la salud, el asunto es claro. La disputa ante las cortes por el alza de los planes de salud o de las Garantías Explícitas en Salud se dan frente a una regulación legal que autoriza el alza pero, ante ella, la respuesta del asegurador privado carece de fundamentación o razonabilidad, tornándose arbitraria. Las y los jueces no buscan reemplazar la decisión democrática, sino comparar el accionar del seguro privado con el estándar constitucional en materia de derechos fundamentales, a partir de una discusión sobre la aplicación de la decisión legislativa. En especial, examinan la arbitrariedad o no de la medida legislativa, considerando que no cumplen dicho canon constitucional. La reclamación judicial de la Ley Ricarte Soto es diferente. Estimo que aquí se encuentran ciertos elementos de activismo. Los recursos de protección son acogidos cuando está en peligro la vida de la persona, incorporando una hipótesis diferente a las dispuestas por el legislador, quién normó la manera en que ciertas enfermedades contarán con un sistema de financiamiento. No se enjuicia la constitucionalidad de la ley ni la regulación legal en sí misma, sino que el estándar del derecho (derecho a la vida) se aplica con especial atención al caso concreto, acogiendo los recursos cuando concurren enfermedades extremadamente graves, donde el medicamento es efectivo y es la única alternativa, operando como un criterio de reemplazo a lo dispuesto en la Ley N° 20.850. Siguiendo al jurista italiano G. Zagrebelsky, refiriéndose a la interpretación en la concepción práctica del derecho y la tensión-equilibrio entre caso y norma aplicable, en estas situaciones habría una primacía de los elementos fácticos en favor de una solución equitativa más que una aplicación normativa. Me parece que lo anterior difiere de lo ocurrido en las causas de indemnización por expropiación de tierras indígenas y el aumento del monto indemnizatorio (sentencias de la Corte Suprema roles N° 1139.750 -2020 y 2139.751 -2020) que se han denunciado como sentencias propias del activismo judicial. En la práctica, lo que existe es una aplicación de un estándar internacional (Convenio N° 169 de la OIT), donde dicho cuerpo normativo da cuenta de una relación entre pueblos y su tierra, de modo que el desplazamiento (traslado y reubicación) debe ser indemnizado considerando la normativa interna e internacional. No se debe confundir la apertura y pluralidad de interpretación del derecho (aunque no estemos de acuerdo) con activismo. De esta forma, creo que el desafío es evitar la judicialización y el activismo. Para ello es necesario extender el análisis al diseño del (los) mecanismos de tutela, comprender el rol de los jueces en democracia y los desafíos del legislador y del diseñador de la política pública. El mecanismo de tutela de los derechos fundamentales debe contener la reclamación judicial como necesaria, pero no como único punto de entrada.

¹ El derecho dice: los derechos, Lottolai, Víctor, Editorial Trilce, Madrid, 1995, p. 133. 2 Observatorio Judicial, Informe N° 52. "Las sentencias más activistas de 2022", p. 4.

Se pueden explorar mecanismos mixtos (administrativos y judiciales) para la protección de los derechos, de modo que, especialmente la Administración, contemple fases tempranas de examen y resolución de los problemas de derechos fundamentales (reclamación inicial en sede administrativa y luego reclamación judicial), utilizando su entretrejo de mediaciones para evitar el desplazamiento del problema a las cortes. Los jueces y juezas tienen un doble rol.

Primero, son quiénes interpretan y aplican el estándar del derecho, pero en ello, su rol es situar la norma de derecho fundamental como canon de comparación con la ley o la política pública, evitando al máximo la inclinación a la solución equitativa fundada en los hechos del caso concreto. Ello requiere construir una teoría de los derechos fundamentales (y de cada derecho), que sea utilizada como parámetro y que opere como el último estándar para el examen de una ley o política pública. Por último, el legislador democrático y el diseñador de política pública deben efectuar siempre un análisis, al regular una materia, que comprenda qué derechos fundamentales están involucrados y de qué forma se requieren amparar.

No puede pasar que, por ejemplo, en la discriminación por sexo y edad en la tabla de factores de riesgos en salud, la opción legislativa haya sido optar por el sexo y la edad como factores de riesgo que habilitaban el alza de los planes de salud y no como criterios de no discriminación.

En breve, el legislador y la política pública están llamados a regular situaciones y no dejar espacios abiertos y desregulados que conllevarán a una eventual infracción a los derechos de las personas que luego deban ser resueltas por los tribunales de amparo. * Tomás Jordán Díaz es socio de Álvarez & Jordán y profesor de Derecho Constitucional de [Universidad Alberto Hurtado](#). 1 Zagrebelsky, Gustavo, "El derecho ductil: ley, derechos, justicia", Madrid, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 133.2 Observatorio Judicial, Informe N° 52 "Las sentencias más activistas de 2022", p. 4.