



Observatorio
Judicial

Informe N° 63

El recurso de protección como instrumento del activismo judicial

Marzo 2024

www.observatoriojudicial.org

Introducción

El proceso constitucional ha terminado y ninguna de las propuestas constitucionales fue aprobada. Pero esto no significa que los problemas detectados durante los años de debate constitucional hayan encontrado respuesta. En concreto, el diseño del recurso de protección (también, indistintamente, la acción de protección) viene mostrando algunas falencias que es importante corregir, atendida la enorme relevancia de esta acción 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, el recurso de protección ha sido fundamental para defender la vigencia de los derechos fundamentales, sin lo cual serían meras declaraciones de buenas intenciones, pero sin que pueda decirse que se trata propiamente de derechos. Así lo consignó la propia Acta Constitucional que estableció el recurso, señalando que “por muy perfecta que sea una declaración de derechos, éstos resultan ilusorios si no se consagran los recursos necesarios para su debida protección”¹.

Adicionalmente, al conocer de estas acciones, las cortes de apelaciones del país cumplen una función fundamental de contrapeso institucional a la administración del Estado en protección de la legalidad y de las garantías constitucionales. Es indispensable que sigan ejerciendo esa tarea.

Pero, 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, que tiene varias denominaciones —activismo judicial, judicialización de la política o gobierno de los jueces— y cuyas causas son profundas y van mucho más allá de la configuración de las reglas institucionales. Además, lo encontramos en todo tipo de procesos judiciales, no solo en el recurso de protección.

Sin embargo, hasta ahora, el camino predilecto de los jueces para fallar de manera activista ha sido el recurso de protección. Ya en 1999, en un artículo sobre el recurso de protección, Eduardo Aldunate denunciaba que “Se ha intentado enervar acusaciones constitucionales por este medio; se ha pretendido impedir el ejercicio de atribuciones legislativas del Presidente de la República; se ha desarticulado el sistema de control por parte de la Contraloría General de la República, generándose contiendas de competencia entre este órgano constitucional y las Cortes de Apelaciones, cuya resolución definitiva no se avizora; se ha paralizado o por decir lo menos demorado la aplicación de políticas públicas... en fin, la lista es larga”.²

Dos décadas después, el diagnóstico solo ha empeorado. El caso más palmario han sido las sentencias con efectos generales dictadas por la Corte Suprema, en materia de adecuación de los planes de salud³, tablas de factores⁴ y el valor de la prima GES⁵ que aplican las isapres, y que ha desencadenado una reacción legislativa para “aplicar” las sentencias, a fin de evitar el colapso del sistema de salud.

Pero existen otros casos, en los cuales no se infringió el efecto relativo de las sentencias, que igualmente pueden considerarse casos de activismo judicial. En el pasado reciente, el

¹ Decreto Ley 1552, Acta Constitucional N° 3.

² Aldunate, E, “La protección al acecho: las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XX, Valparaíso, 1999.

³ 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.

⁴ Sentencias de la Corte Suprema roles 16.630-2022; 25.570-2022; 14.513-2022 y 13.979-2022

⁵ Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 19.301-2023

llamado “choque de trenes” de 2019⁶, el fallo por el caso Quintero-Puchuncaví⁷, las órdenes de coordinación con la autoridad pública a dueños de terrenos usurpados⁸, 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.

Ciertamente, no es el único camino por el cual los jueces pueden dictar sentencias que se apartan del derecho y, de hecho, conocemos fallos criticables en este sentido del Tribunal Constitucional así como de la justicia ordinaria conociendo otras acciones. Sin embargo, sigue siendo cierto que los casos más bullados y flagrantes de activismo judicial se dictan a propósito del recurso de protección. ¿Por qué?

Como veremos, las causas que producen el activismo judicial exceden con mucho el diseño de la acción de protección, pero su identificación ayuda a comprender por qué la acción de protección se presta tan bien para el activismo judicial. Esto quiere decir que ninguna reforma al recurso de protección será capaz de acabar con el fenómeno del activismo judicial, pero sí podría darle un mejor curso institucional.

A continuación, se define sucintamente el fenómeno del activismo judicial y se buscan las razones que hacen del recurso de protección la vía predilecta de los jueces para fallar activistamente. Luego, se aborda el debate de los procesos constitucionales pasados, así como la cuestión de la competencia del recurso de protección. Finalmente, se establecen algunos lineamientos generales para eventuales reformas futuras.

Activismo judicial: definición, causas y críticas

a. Definición del activismo judicial

¿Qué es el activismo judicial? ¿Por qué se produce? ¿Y por qué es tan problemático? En cuanto a lo primero, debemos señalar que el término activismo judicial se usa de modo peyorativo. Como señalan García y Verdugo, “se suele acusar de activista a aquellos jueces que no siguen las pautas normativas que han sido acordadas por una comunidad política en su Constitución o que han entregado los representantes populares, que son quienes gozan de la legitimidad para dictar las reglas que regirán a la sociedad”⁹. Este uso peyorativo del término indica una falta en la conducta del juez, pudiendo hacerse distintas conceptualizaciones dependiendo del principio o deber infringido.

En primer lugar, el activismo se opone al deber del juez de aplicar el derecho. Por ejemplo, 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 activista¹⁰. 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 apegarse 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”¹¹.

⁶ Sentencia de la Corte Suprema Rol 21027-2019

⁷ Sentencia de la Corte Suprema Rol 5888-2019

⁸ Sentencia de la Corte Suprema Rol N°1.062-2022

⁹ García, JF y Vergara, S, “Activismo Judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?”, Ediciones Libertad y Desarrollo, 2013, p. 24.

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

Lo anterior parte del supuesto de que la ley es clara. Cuando la norma es contradictoria o hay vacíos legales, el juez tiene el deber de interpretar el derecho como un todo para dar una solución al caso. Pero suele ocurrir que los jueces se sirvan de las contradicciones y vacíos para ir contra normas expresas o atentar contra la distribución de poderes.

En segundo lugar, el activismo judicial se opone al deber de imparcialidad de los jueces. Normalmente, consideramos que 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 ordena que el propietario contribuya a dar una solución habitacional a los usurpadores¹², estamos ante un caso de activismo judicial. La Corte se desentiende de su deber de hacer justicia a las partes de conformidad a las reglas o principios comunes y vigentes al momento de los hechos que deben ser juzgados 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. Como señala Pablo Rivas, “el activismo judicial es la modificación de facultades o competencias por parte del juez. Es decir, el juez mismo modifica —esto es, amplía o reforma— la norma que lista sus facultades o competencias. En tanto modificar sus propias competencias no hace parte de las competencias del juez, el activismo judicial es una extralimitación de funciones”¹³.

Un caso paradigmático es la sentencia de efectos generales de la Corte Suprema en materia de tablas de factores, atentando contra el efecto relativo de las sentencias establecido en el artículo 3 del Código Civil¹⁴.

b. Causas del activismo judicial

Ahora bien, ¿cuáles son las causas del activismo judicial? Como señalamos, se trata de un fenómeno global, cuyas causas son complejas y exceden el mero diseño institucional.

Entre otras, encontramos una sociedad exigente e individualista, consecuencia inevitable de la modernidad: hace 50 años, las personas que buscaban cambios se afiliaban a un gremio, un sindicato o un partido y ponían todas sus esperanzas en la política. Hoy, las personas reclaman contra el alza de su propio plan de isapres y esperan una respuesta inmediata. Además, el discurso político está cada vez más centrado en los derechos de las personas, lo que colabora con una sociedad que exige el cumplimiento de esos derechos entendidos como pretensiones individuales. Y los tribunales se prestan mucho mejor para este tipo de demandas ciudadanas que el foro político.

Por otra parte, la crisis de la democracia y las lógicas de bloqueo político agravan 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 en materia de isapres, que terminó con la dictación de sentencias con efectos generales por la Corte Suprema, invadiendo flagrantemente las atribuciones del legislador.

¹² Sentencia Corte Suprema Rol N°1.062-2022

¹³ Rivas Robledo, P, “Qué es el activismo judicial”, 2020, disponible en:

file:///C:/Users/Jose%20Miguel/Downloads/QueSelActivismoJudicialMsalldelaextralimitacindecompetencias.pdf

¹⁴ Sentencias de la Corte Suprema roles 16.630-2022; 25.570-2022; 14.513-2022 y 13.979-2022

Como señala John Ferejohn, “cuando las ramas políticas no pueden actuar, la gente que busca resolver sus conflictos tenderá a gravitar hacia instituciones que les ofrezcan soluciones y los tribunales (y los procesos legales asociados) a menudo ofrecen sitio”¹⁵.

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, que no son más que ideales a los que los aplicadores de las leyes deben tratar de acercarse. En palabras de Jorge Correa Sutil, “nuestro legislador opta cada vez más por establecer positivamente principios en áreas del derecho que en el modelo decimonónico estaban solo o primordialmente reservados a las reglas. La tendencia a legislar promulgando propósitos genéricos se expande más allá del ámbito constitucional”¹⁶.

Este fenómeno legislativo se ha dado en paralelo a un cambio en la cultura judicial, cada vez más crítico del viejo “juez boca de la ley” de Montesquieu. 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 enfermedades serán financiadas 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.

c. Problemas del activismo judicial

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 ministerios ni asesorías de expertos 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 países en que se entrega a los jueces la tarea de proteger los derechos sociales, como Colombia o Sudáfrica, las personas con mayor capacidad de recurrir a la justicia son las que obtienen una mejor protección de sus derechos sociales, es decir, las clases medias y altas. De hecho, en nuestro país, el principal caso de judicialización masiva es, sin duda, el de las alzas de los planes de salud de las Isapre, asociado al derecho a la salud, que es producido principalmente por personas de clases medias y altas.

Por qué el recurso de protección se presta para el activismo judicial

¹⁵ Ferejohn, Id.

¹⁶ Correa Sutil, J, “La política comparece ante tribunales”, 2013, disponible en: <https://acspm.cl/discursos-de-incorporacion/discurso-de-incorporacion-de-jorge-correa-sutil-como-miembro-de-numero-de-la-academia-de-ciencias-sociales-politicas-y-morales/>

En nuestro país, todas estas causas han encontrado un conducto privilegiado: el recurso de protección. ¿Es la única vía? No. Como dijimos, hay sentencias del TC que son activistas, hay decisiones de la Corte Suprema en todo tipo de procesos que uno podría considerar activistas, etc. Sin embargo, sigue siendo cierto que los casos más polémicos de activismo judicial suelen dictarse cuando la Tercera Sala de la Corte Suprema conoce la apelación de la protección.

A continuación, se presentan algunas de las causas que generan que el recurso de protección se preste especialmente bien para que los jueces dicten sentencias que van más allá o, incluso, en contra de lo señalado por la ley.

- a. Por supuesto, el recurso de protección es la herramienta más inmediata de las personas para hacer valer sus derechos ante los tribunales de justicia. Gracias al recurso de protección, los jueces han entrado en contacto con los problemas y las demandas ciudadanas. Como señala Andrés de Bordalí, “quizá no hay instrumento jurídico que haya calado tan hondo en la sociedad chilena. Cualquier ciudadano que por alguna situación es perjudicado en el ejercicio de sus derechos, no duda en recurrir de protección. [...] Es el gran contencioso chileno, en materias constitucionales, civiles y administrativas”¹⁷

Esto es algo bueno. Pero se cumple lo que decíamos antes: la sociedad pide respuestas inmediatas a los jueces a problemas que, antes, habrían sido políticos... y los jueces responden. ¿Cómo? A través del recurso de protección.

- b. Un segundo aspecto que promueve la judicialización y, también, casos de activismo judicial, es la propia redacción de la norma, facilitando que la acción de protección haya terminado por desbordar su naturaleza cautelar. En efecto, el artículo 20 de la Constitución 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”. Es toda la regulación que tiene, además de un autoacordado de la Corte Suprema.

¿Qué puede hacer una corte para restablecer el imperio del derecho? Todo. 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, todo con este propósito de restablecer el imperio del derecho.

Quien llama la atención sobre este punto es Eduardo Aldunate, para quien no puede bastar la literalidad del artículo 20 para basar la amplitud de las facultades de la corte, requiriéndose, además, otros criterios de interpretación que limiten el alcance de esta facultad. En particular, llama la atención sobre dos de estos criterios:

- “a) El concepto de Constitución como ordenadora de competencias, donde existe como postulado una división de funciones relacionadas entre sí para efectos de su control”;
- b) La naturaleza del recurso de protección como homólogo del recurso de amparo, para derechos o libertades distintas a las protegidas por éste, y el

¹⁷ Bordalí, A, “El recurso de protección al banquillo”, IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla AC. Vol. V. N°27, junio, 2011.

sentido que en este contexto tiene la noción de restablecimiento del 'imperio del derecho'¹⁸.

Obviamente, en los casos en que se abusa del recurso de protección, se violentan ambos criterios. De un lado, encontramos aquellos casos que invaden atribuciones de otros órganos, como el Tribunal Constitucional, el Poder Legislativo o las atribuciones de algún ministerio. Y, del otro, aquellos casos en que el recurso de protección sirve para resolver el fondo, creando situaciones jurídicas nuevas, más allá de su naturaleza cautelar, como ocurrió, evidentemente, en el caso de las sentencias con efectos generales en materia de isapres.

Un tercer elemento, muy citado en la doctrina nacional sobre la materia, es la llamada propietarización del derecho, esto es, la extensión de la protección del recurso de protección a derechos no protegidos por el artículo 20, por medio de la apelación al recurso de protección. En efecto, la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución señaló expresamente que “es evidente que el recurso de protección no puede hacerse extensivo a derechos que, aunque reconocidos constitucionalmente, dependen para su debida satisfacción, de la capacidad económica del Estado o de las potencialidades culturales de la población, como sucede con el derecho a la educación, a la salud, a la seguridad social u otros”.

Pero, como explica Enrique Navarro, “nuestros tribunales superiores, y en particular la Corte Suprema, han tratado de dar debida tutela a situaciones abusivas en que en principio se invocan derechos no protegidos. Resulta, entonces, interesante analizar la forma que han buscado los tribunales para dar tutela indirecta a los mismos, en especial, a través de la aplicación indirecta de otros derechos. En particular se ha recurrido de manera frecuente al derecho de propiedad (fenómeno que ciertos autores califican como “propietarización de los derechos”) y a la igualdad ante la ley”.

Este giro jurisprudencial no necesariamente genera sentencias activistas, pero da pie a ello, por ejemplo, cuando el juez ordena al Estado que incurra en gastos que no están contemplados en la ley, contrariando la intención del propio constituyente al redactar el artículo 20.

- c. Una última causa a tener presente 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, lo han convertido 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. De nuevo, se trata de un fenómeno que no necesariamente genera 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, muchas veces se ven obligados a presentar cuestiones de mera legalidad como si fueran infracciones a las garantías constitucionales. De aquí no se sigue que, cuando las cortes conocen el fondo del asunto, resuelvan necesariamente contra la legalidad, pero las condiciones están dadas para que así lo hagan si estiman que una garantía invocada debe primar sobre la ley que regula la materia.

¹⁸ Aldunate, E, “La protección al acecho: las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XX, Valparaíso, 1999.

El recurso de protección en el debate constitucional reciente

La acción de protección está consagrada en el texto de la Constitución y, por lo tanto, es natural que el debate constitucional ocurrido entre 2021 y 2023 haya buscado reformarlo. Además, uno de los argumentos que gatilló el debate constitucional fue, justamente, la defensa de los derechos, en particular de los derechos sociales. Como el recurso de protección está diseñado para proteger los derechos, pero en el diseño actual no incluye a los derechos que exigen una prestación de parte del Estado, la reforma al recurso de protección parecía una consecuencia obvia, especialmente durante el primer proceso constitucional.

Durante el segundo proceso constitucional, esta mirada fue notablemente complejizada, incorporándose un punto de vista institucional que expresamente buscaba blindar las atribuciones de los demás poderes del Estado frente a intromisiones indebidas del Poder Judicial. Por ello, se introdujeron normas que directamente limitaban el activismo judicial y, si bien se extendió el recurso de protección a los derechos sociales, dicha protección se configuró de tal modo que respetaba las atribuciones del legislador y la iniciativa exclusiva del Ejecutivo en materia de gasto.

Si bien ambos proyectos fracasaron en las urnas, las reflexiones y las propuestas normativas a las que se llegó deben informar los debates futuros sobre el recurso de protección. A continuación, se presenta de manera sintética los principales puntos de una y otra propuesta constitucional.

a. El recurso de protección en la propuesta de la Convención Constitucional

Como era de esperar, la propuesta constitucional de la Convención Constitucional conservó y profundizó la figura del recurso de protección. En efecto, la retórica política que dio curso al proceso constitucional ponía un énfasis marcado en la protección de los derechos y, en particular, de los llamados “derechos sociales”. De aquí que haya resultado más que natural que la principal herramienta jurídica para hacer valer estos derechos resultara fortalecida.

En efecto, la acción de protección pasó a llamarse “acción de tutela de derechos fundamentales”, siguiendo en varios aspectos el modelo de la “acción de tutela” de la Constitución de Colombia de 1991.

Más allá de la nomenclatura, una de las principales innovaciones del borrador constitucional de 2022 fue extender su protección a todos los “derechos fundamentales” y no a una enumeración específica de garantías constitucionales, como hace el artículo 20 de la Constitución vigente.

Lo anterior tiene dos consecuencias. La primera es que, al replicar el modelo colombiano, de haberse aprobado esta propuesta se habría producido el mismo efecto que ocurrió en Colombia: altos índices de judicialización y una enorme presión fiscal.

La segunda consecuencia era menos obvia, pero no por ello menos relevante. Como la propuesta constitucional debilitaba considerablemente el rol del Tribunal Constitucional, la ampliación de los derechos protegidos por el recurso de protección habría significado la consagración definitiva de un modelo de control de constitucionalidad difuso y no concentrado. Con ello, se debilita la figura del juez que aplica reglas y se fortalece la del juez que modifica las reglas en aras de defender la justicia material, atentando gravemente contra la seguridad jurídica.

La única garantía contra la dispersión normativa era el establecimiento de una especie de recurso de unificación de jurisprudencia ante la Corte Suprema, en caso de que respecto a la

materia de derecho objeto de la acción existieran interpretaciones contradictorias sostenidas en dos o más sentencias firmes emanadas de los tribunales del Sistema Nacional de Justicia. Sin embargo, al haberse establecido en la Corte Suprema, se exacerbaban las posibilidades de contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Finalmente, cabe mencionar como modificación relevante que la competencia para conocer y resolver la acción de tutela recaería en un tribunal de instancia, a diferencia del régimen vigente, que entrega dicha competencia a las cortes de apelaciones. La idea básica detrás de este cambio parecía bien fundamentada: acercar geográficamente la protección de la justicia a las personas.

Sin embargo, la propuesta generaba dos consecuencias indeseables. La primera es que los jueces de instancia tienen menor capacidad política para hacer frente a la administración del Estado, razón por la cual el constituyente de 1980 entregó dicha competencia a las cortes de apelaciones. Pero, adicionalmente, los tribunales de instancia se encuentran hoy con una alta carga de trabajo, lo cual haría que las acciones de tutela se tramitaran de manera mucho más lenta, atentando contra su naturaleza cautelar.

La propuesta contaba con algunas modificaciones adicionales en materia de procedimiento y de titularidad de las acciones, que aquí no cabe comentar por razones de espacio. Con todo, lo importante es recalcar que la dirección general de las modificaciones iba hacia profundizar el modelo del juez que desatiende las reglas e invade las atribuciones de otros órganos, sin reparar en las dificultades actuales del recurso de protección.

b. El recurso de protección en la propuesta de la Comisión Experta y el Consejo Constitucional

El segundo proceso constitucional también buscó modificar profundamente las normas del recurso de protección, pero, a diferencia del primer proceso, tuvo una conciencia más clara sobre sus límites y complejidades. Lo anterior coincidió con una voluntad expresa de buena parte de la Comisión Experta y de la mayoría del Consejo Constitucional de poner una cortapisa al activismo judicial. Este espíritu se vio exacerbado, en parte, por las polémicas suscitadas a partir de las sentencias con efectos generales en materia de isapres dictadas por la Corte Suprema durante 2022 y 2023. Como no había antecedentes de una infracción tan flagrante del efecto relativo de las sentencias, que delimita el campo de atribuciones de la Corte Suprema, fue inevitable que el debate constitucional buscara sentar una postura en la materia.

A continuación se presentan las principales innovaciones de la propuesta constitucional de 2023, agrupados en tres categorías. En primer lugar, encontramos aquellas medidas que modifican directamente al recurso de protección. Luego, encontramos aquellas propuestas que no estaban diseñadas específicamente para modificar el recurso de protección sino para contener el activismo judicial en general. Sin embargo, como el recurso de protección es la principal —aunque no la única— vía por la cual los jueces resuelven de manera activista, estas medidas acaban por impactar, también, al recurso de protección. Finalmente, encontramos aquellas medidas que fueron introducidas con el propósito de restar presión al recurso de protección o que fueron introducidas con otro propósito, pero que tienen la virtud de producir dicho efecto.

Partamos por las propuestas que modifican directamente el recurso de protección. En primer lugar, cabe destacar que la propuesta de 2023 extendió el ámbito de la protección desde los derechos y libertades clásicas hacia el campo de los derechos sociales. En parte, ello era una consecuencia de la consagración del “estado social de derecho” como uno de las doce bases que definieron el marco del segundo debate constitucional.

Pero, a diferencia de la Convención Constitucional, la Comisión de Expertos incorporó una norma señalando que la protección se extendía sobre las prestaciones determinadas por la ley, es decir, que los tribunales no podían ordenar al Estado dar prestaciones sociales que no estuvieran previamente establecidas por el legislador. A reglón seguido, insiste en esta idea al prohibir a los tribunales utilizar el camino del recurso de protección para “definir o diseñar políticas públicas que realizan los [derechos sociales]”¹⁹.

Esta idea de consagrar una protección restringida a las prestaciones establecidas por ley parece razonable. Hoy, por ejemplo, el derecho a la salud no está protegido por el recurso de protección, pero la Corte Suprema se han servido del derecho a la vida y a la integridad física para protegerlo. En esa construcción se cuelan, por igual, decisiones jurisprudenciales que son coherentes con la normativa y otras que la contradicen. Para evitar construcciones jurisprudenciales de este tipo, parecía mejor sincerar el debate y proteger los derechos sociales, restringiéndolo a las prestaciones sociales establecidas por ley.

Una segunda modificación destacable es la orden al legislador de regular el procedimiento que rige a la acción de protección. Precisamente, uno de los problemas actuales del recurso de protección es su escasa regulación, encontrándose regulado en un autoacordado de la Corte Suprema. En particular, la procedencia del recurso frente a otras acciones es una materia que requiere un tratamiento más pormenorizado de parte del legislador.

Luego, encontramos las normas diseñadas derechamente para contener el activismo judicial, en general. De este modo, encontramos una norma que señalaba expresamente que “los jueces se sujetarán a la Constitución y a la ley y no podrán en caso alguno ejercer potestades de otros poderes públicos”²⁰. Aunque la norma podía parecer redundante —en todo orden constitucional con separación de poderes, las autoridades deben sujetarse al principio de legalidad y no violentar la separación de poderes— su inclusión demuestra que la mayoría del Consejo Constitucional compartía el diagnóstico de que, en algunas ocasiones, los jueces fallan contra la ley e invaden las atribuciones de otros órganos.

En el mismo sentido, la consagración a nivel constitucional del efecto relativo de las sentencias, tradicionalmente contenida en el artículo 3 del Código Civil, da cuenta del peligro de que los jueces dicten sentencias con efectos generales, usurpando funciones legislativas, como ocurrió en 2022 y 2023 en materia de ISAPRES. Dado este antecedente, parecía razonable consagrar a nivel constitucional una norma cuya validez, hasta ahora, se había dado por descontado.

En la misma línea, el borrador constitucional propuso prohibir que el juez deje sin aplicación normas legales a pretexto de que infringe la Constitución, sin una sentencia de inaplicabilidad que se lo ordene. La norma no solo buscaba fortalecer la concentración del control de constitucionalidad en el Tribunal Constitucional, sino, asimismo, cerrar la puerta a una de las principales vías utilizadas por los jueces para no aplicar la ley, que es invocar algún principio constitucional superior.

Se trataba de normas bien orientadas, pero que podrían haber sido ser burladas muy fácilmente por los jueces. Precisamente, de eso se trata el activismo judicial. Recordemos que ya la Corte Suprema infringió la norma legal del artículo 3 del Código Civil que establece el efecto relativo de las sentencias, así como la norma constitucional del artículo 94 de la Constitución vigente, que establece que no proceden recursos contra las decisiones del TC. Entonces, ¿por qué los jueces no podrían también infringir estas normas que se proponían en el borrador?

De aquí que resultara importante no sólo establecer límites al activismo judicial no solo a nivel normativo o de principio, sino, sobre todo, propiciar condiciones que disminuyeran la

¹⁹ Artículo 25 del borrador constitucional de 2023.

²⁰ Artículo 153 inciso segundo del borrador constitucional de 2023.

probabilidad de que los jueces resuelvan activistamente. En este sentido, la extensión de la protección constitucional a los derechos sociales, pero limitados a las prestaciones que establece la ley, resuelve parte importante del problema.

Con todo, hay otras causas que presionan a los jueces hacia fenómenos de judicialización, los cuales, muchas veces, acaban en sentencias activistas. La principal, sin duda, es el déficit del sistema político, que resulta crucial para quitarle presión a los tribunales como solucionadores de problemas públicos. En este sentido, tanto el Consejo Constitucional como la Comisión Experta intentaron mejorar la gobernabilidad del sistema político, pero como la propuesta no fue aprobada, no es posible decir si hubiera resultado exitosa en este cometido.

Pero hay una segunda cuestión, más cercana al actuar de los tribunales, que genera enorme presión sobre el recurso de protección: la vieja discusión sobre la inexistencia de un contencioso-administrativo. Al respecto, la Comisión de Expertos no innovó en la materia, pero, luego, el Consejo Constitucional incorporó una orden al legislador de dictar un procedimiento contencioso administrativo ordinario. Con ello se evitaba que una serie de materias que no cuentan con otra vía que el recurso de protección o la nulidad de derecho público, acabaran conociéndose por medio de un procedimiento tan desformalizado y que entrega facultades tan amplias al juez como el recurso de protección.

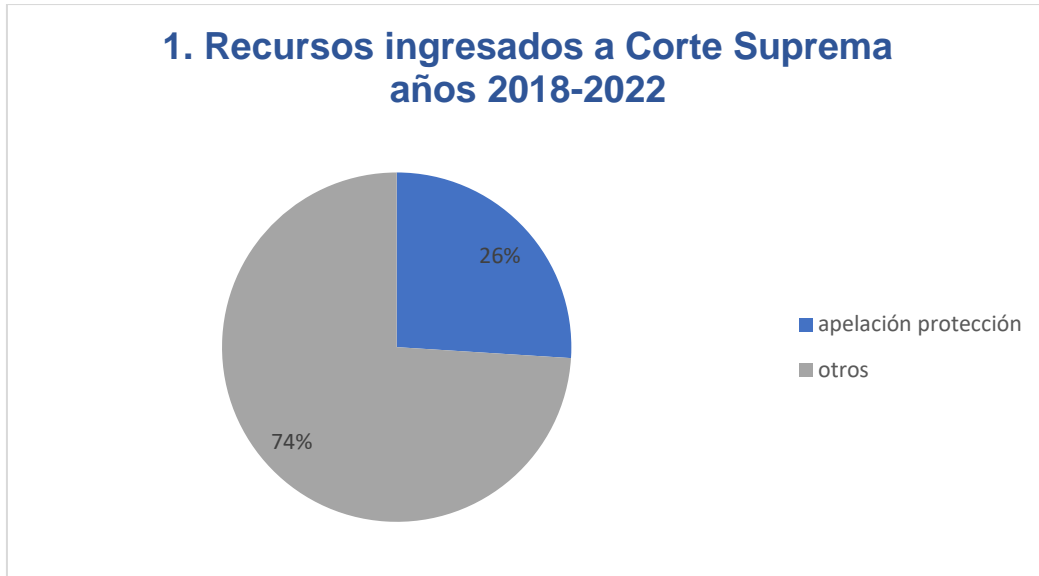
Esta solución era más razonable que la propuesta previa de la Convención Constitucional, de reestablecer el mandato constitucional que ordenaba constituir tribunales contencioso administrativos, al modo de la Constitución de 1925 y que, como es sabido, nunca llegaron a crearse. En efecto, por una parte, ya existen tribunales especiales que cumplen, en parte, esa función, quizás mejor que un eventual tribunal administrativo; por otra parte, porque la entrada en vigencia de una nueva Constitución hubiera obligado a crear una serie de órganos, también en materia de justicia, lo que hubiera generado el riesgo de que, una vez más, los tribunales administrativos nunca lleguen a crearse. De aquí la solución arribada por parte del Consejo Constitucional resultaba bastante razonable.

2. La competencia del recurso de protección.

Finalmente, conviene hacer una breve referencia a la cuestión de la segunda instancia del recurso de protección y la competencia de la Corte Suprema para conocer de la apelación. En efecto, 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.

Es interesante que, como muestra el gráfico N°1, incluso dejando de lado las apelaciones de recursos de protección por alzas de los planes de Isapre, que más de un cuarto de las causas que conoce la Corte Suprema entre 2018 y 2022 corresponden a apelaciones de recurso de protección, ocupando una proporción enorme del trabajo de la Tercera Sala:

1. Recursos ingresados a Corte Suprema años 2018-2022

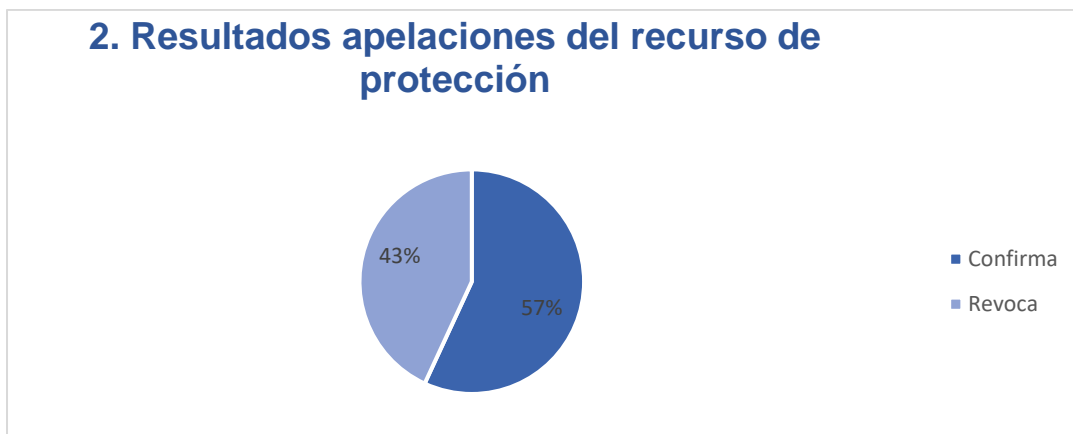


Fuente: elaboración propia a partir de los datos disponibles en el sitio web del Poder Judicial.

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”²¹. Esto genera dos doctrinas rivales en materia constitucional, la del Tribunal Constitucional y la de la Corte Suprema, lo cual ha generado importantes conflictos en el pasado entre ambos tribunales.

Aparecen dos cuestiones. Por una parte, encontramos 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. Sobre la primera cuestión, es importante tener presente que la Corte Suprema, entre 2018 y 2022, revoca un 43% de las sentencias de protección que revisa, como muestra el gráfico 2:

2. Resultados apelaciones del recurso de protección



²¹ Bordalí, A, “El recurso de protección al banquillo”, IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla AC. Vol. V, 27, junio, 2011.

Fuente: elaboración propia a partir de los datos disponibles en el sitio web del Poder Judicial.

Por ejemplo, el proyecto de nueva Constitución presentado por la Presidenta Michelle Bachelet, eliminaba la apelación del recurso de protección y creaba un recurso de unificación de jurisprudencia ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, ni la propuesta constitucional de 2022 ni la de 2023 adoptaron esta solución.

Cabe destacar que se trata de dos medidas que pueden establecerse en conjunto, como el proyecto antedicho, o por separado. Es decir, sería posible concebir la creación de un recurso de unificación sin eliminar la apelación ante la Corte Suprema, con lo cual se reduce la crítica de la pérdida del acceso al recurso, pero se llega a un escenario en que el Tribunal Constitucional revisaría las sentencias de la Corte Suprema.

Como fuere, lo cierto es que la configuración actual se presta para la dictación de sentencias activistas, principalmente porque 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 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 se ha desnaturalizado, perdiendo 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.

Conclusiones

El activismo judicial es un fenómeno que responde a cambios políticos y sociales independientes de cualquier diseño institucional o procedimental. De hecho, diversos países, cada uno con instituciones y procedimientos judiciales distintos, han sufrido fenómenos parecidos al nuestro.

Con todo, el diseño de los procesos judiciales así como de las instituciones judiciales y políticas que tramitan los problemas de la sociedad facilitan o dificultan la producción de sentencias activistas. En concreto, el recurso de protección, dada la amplitud de las facultades que entrega al juez, se ha convertido en la mayor fuente de decisiones judiciales contrarias al ordenamiento jurídico.

A modo de conclusión, es posible proponer medidas, no para acabar con el activismo judicial, pero sí para contenerlo y darle un mejor cauce institucional a las presiones subyacentes. Algunas de estas medidas debieran 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. Por lo pronto, se proponen las siguientes reformas.

- a. Sincerar la ampliación de los derechos protegidos, 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.
- b. Regular legalmente el procedimiento del recurso de protección, precisando su admisibilidad y las facultades del juez.
- c. Establecer un procedimiento contencioso administrativo ordinario, para todas aquellas materias que no tienen un procedimiento o un tribunal especial.
- d. 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. Normas como las contempladas en la segunda propuesta constitucional, que prohibían dejar sin aplicación una norma legal a pretexto de proteger una norma constitucional, sin una sentencia de inaplicabilidad del Tribunal Constitucional, van en la línea correcta.

- e. 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.