



Revista del Centro de Estudios Constitucionales

Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

nogueira@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de

Chile

Chile

Aguilar Cavallo, Gonzalo; Gajardo, Benjamín; Pía León, Ana
Equidad, inclusión social y democracia: una respuesta crítica a los argumentos en contra
del activismo judicial

Estudios Constitucionales, vol. 13, núm. 1, enero-junio, 2015, pp. 373-396

Centro de Estudios Constitucionales de Chile

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82040068010>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EQUIDAD, INCLUSIÓN SOCIAL Y DEMOCRACIA: UNA RESPUESTA CRÍTICA A LOS ARGUMENTOS EN CONTRA DEL ACTIVISMO JUDICIAL*

EQUITY, SOCIAL INCLUSION AND DEMOCRACY: A CRITICAL APPRAISAL
OF THE ARGUMENTS AGAINST JUDICIAL ACTIVISM

GONZALO AGUILAR CAVALLO**
Universidad de Talca
gaguilarch@hotmail.com

BENJAMÍN GAJARDO***
Universidad Andrés Bello
bv.gajardo@gmail.com

ANA PÍA LEÓN****
Universidad Andrés Bello
ana.leon@unab.cl

RESUMEN: En este artículo desarrollaremos un análisis crítico de los argumentos elaborados por los opositores del activismo judicial, jerga utilizada, generalmente, para juzgar de modo negativo los casos en donde el juez decide adjudicando un derecho social. Así, intentaremos mostrar que tal adjudicación se enmarca totalmente en la actividad jurisdiccional asignada por la Constitución chilena, concluyendo que ella resulta relevante en el contexto de una sociedad inequitativa, como un medio para realizar la justicia social y realizar los ideales democráticos. La metodología que emplearemos dice relación con el estudio y análisis de la dogmática, relativa a la adjudicación de derechos sociales por parte de los jueces.

ABSTRACT: This paper develops a critical analysis of arguments against judicial activism. We intend to show that judicial activism is an expression generally used to criticize the judiciary while adjudicating

* Trabajo recibido el 6 de enero de 2015 y aprobado el 13 de mayo de 2015.

** Abogado (Chile), Doctor en Derecho (España), Magíster en Relaciones Internacionales (España), Máster en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Profesor del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca-Campus Santiago (Chile).

*** Egresado de Derecho de la Universidad Andrés Bello (Chile), Profesor Ayudante de derecho de la Universidad Andrés Bello (Santiago de Chile, Chile).

**** Doctora en Filosofía (Chile), Magíster en Filosofía (Chile), Profesora de Filosofía de la Universidad Andrés Bello (Santiago de Chile, Chile).

social rights. We argue that such adjudication fits perfectly well within the jurisdictional responsibility under the Chilean Constitution. Additionally, this adjudication is crucial in the context of an unfair society, as a mean to realize social justice and social rights. Consequently, this jurisdictional activity is not conflicting with the principle of democracy. As methodology we use a dogmatic analysis, concerning the adjudication of social rights.

PALABRAS CLAVE: Equidad, justicia social, jueces, activismo judicial, sociedad democrática.

KEY WORDS: Equity, social justice, judges, judicial activism, democratic society.

INTRODUCCIÓN

La desigualdad socio-económica, la desigualdad de oportunidades, pero también la desigualdad jurídica, es un asunto preocupante, no sólo porque impacta de modo potente a nivel económico (producto interno bruto (PIB), renta, industrialización), sino porque incide en la libertad y en el bienestar de las personas y comunidades, permeando su calidad de vida en distintos sentidos.¹ Lo anterior, cobra especial relevancia cuando asumimos que la riqueza de las personas “(...) depende enormemente de las leyes que se hayan promulgado en su comunidad (...)”.² Es por eso que en sociedades altamente desiguales vale la pena preguntarse si acaso el juez debería concebirse como el último reducto que el Estado de Derecho le asegura al individuo y a las comunidades para alcanzar condiciones sociales mínimas justas en el pleno ejercicio de todos sus derechos humanos consagrados nacional e internacionalmente. En esta línea, se ha planteado un nuevo rol del juez del siglo XXI como garante de los derechos humanos.

Como observaba Aristóteles, podemos hablar de distintos tipos de justicia³; la justicia a la que nos referimos en esta ocasión no corresponde, como se puede intuir, a la justicia entendida como virtud personal, o a la justicia como mero cumplimiento de las leyes por parte de los ciudadanos. El concepto de justicia que en este trabajo abordaremos dice relación con el trato que las instituciones políticas y sociales entregan a los individuos en la distribución de derechos y deberes fundamentales. En palabras de Rawls, nos referimos a la justicia social.⁴ En este aspecto, creemos que no podemos deslindar el concepto de justicia del de equidad porque éste entrega las directrices mínimas de cómo debe ser tal distribución, esto es, “[u]na práctica será equitativa a las partes si ninguno

¹ Cfr. SEN (2000), pp. 19-20.

² DWORKIN (2003), p. 15.

³ Cfr. ARISTÓTELES (1985), 1130a15-1130b5.

⁴ Cfr. RAWLS (1979), p. 20.

siente que, por participar en ella, él o alguno de los demás está sacando ventaja, o está siendo forzado a ceder ante pretensiones que no considera legítimas”.⁵

En concordancia con lo anterior, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ha señalado que la “[e]quidad corresponde a la idea de justicia entre hombres y mujeres, grupos sociales, grupos étnicos, grupos generacionales y entre las actuales y futuras generaciones”.⁶ Además, este mismo organismo internacional, ha indicado que “el progreso en el desarrollo humano es difícil de sostener frente a injusticias crecientes o persistentes”.⁷ En esta línea del progreso humano, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) reforzó la justicia social como un principio clave del desarrollo social. En efecto, al momento de adoptar la Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa en 2008, los Estados miembros de la OIT señalaron que estaban convencidos de que, “(...) los valores fundamentales de libertad, dignidad humana, justicia social, seguridad y no discriminación son esenciales para un desarrollo y una eficacia sostenibles en materia económica y social”.⁸ Por su parte, en el mensaje de 2014 del Sr. Ban Ki-moon, Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) por el Día Mundial de la Justicia Social indicó que, “[l]a experiencia muestra que el crecimiento económico en sí mismo no es suficiente. Debemos hacer más para empoderar a las personas mediante el trabajo decente, brindarles apoyo a través de la protección social, y velar por que se escuchen las voces de los pobres y los marginados”.⁹ Adicionalmente, en todo este contexto se inserta el clásico debate —que nosotros no abordaremos en este análisis— acerca de la exigibilidad y la justicia de los derechos económicos, sociales y culturales.

El objetivo del siguiente trabajo es determinar el rol de los jueces en un Estado constitucional, social y democrático de Derecho, principalmente, en función de sus competencias para adjudicar derechos sociales,¹⁰ y discutir sus alcances, proyecciones y limitaciones ¿Cuál es el rol de un juez en una comunidad democrática, donde rigen los derechos humanos y el Estado de Derecho, cuando se

⁵ RAWLS (1958), p. 178.

⁶ PNUD (2013b), p. 4.

⁷ PNUD (2013a), p. 87.

⁸ OIT (2008), p. 7.

⁹ SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2014).

¹⁰ En este trabajo se entenderán por derechos sociales, entre otros, los derechos ambientales.

le pide en concreto reconocer derechos sociales? El centro de este examen es la realidad chilena. En el marco de este análisis, se tendrán presentes los argumentos esgrimidos en el libro titulado *Activismo Judicial en Chile ¿Hacia el gobierno de los jueces?*, de los constitucionalistas José Francisco García y Sergio Verdugo, aun cuando hay que decir que existen más autores que defienden la tesis del activismo en Chile. Además, cabe mencionar que el término ‘gobierno de los jueces’ es la reutilización de un término muy antiguo en la doctrina estadounidense y también europea. Se ha indicado que los primeros en utilizarlo habrían sido Lambert (1921), Boudin (1911) y luego habría sido retomado por Neuborne (1982) y Davis (1987) entre otros.

Ahora bien, la noción de activismo judicial es una expresión amplia que abarca casos de adjudicación de derechos civiles, políticos y también sociales. Con todo, en este estudio nos enfocaremos en los derechos sociales, ya que el activismo puesto en cuestión, en el caso chileno, principalmente se refiere a ellos.¹¹

El eje de trabajo se articulará sobre la base de la justicia social, que es un valor y principio a cuya realización contribuyen los derechos sociales. Este aspecto normativo y axiológico será el sustento de nuestra discusión porque hoy en día tanto la comunidad nacional como la comunidad internacional aceptan ampliamente que estas normas, valores y principios constituyen condiciones mínimas para la plena realización del individuo.¹² En dicho contexto, los Estados están obligados a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, haciendo de ellos el punto de partida de cualquier debate político.¹³ De este modo, la política, y sobre todo la decisión política, se sujeta al Derecho, y especialmente, a los derechos humanos. Por consecuencia, el órgano clásicamente dispuesto –en un esquema de separación de poderes– para controlar el cumplimiento del Derecho y de los derechos, es el órgano judicial.

En la primera sección del trabajo, expondremos las tesis principales que desarrollan los autores¹⁴ y un nutrido grupo de la clase política, en relación a la existencia de un “activismo” por parte del poder judicial. En la segunda sección,

¹¹ Cabe mencionar que el activismo judicial es un fenómeno que no se compromete con la promoción de ninguna clase de derecho en particular. En este sentido, en EEUU, la Corte Warren propició interpretaciones amplias al derecho a la igualdad en el desarrollo del “caso Brown” y en el “caso Virginia”, ocasionando el fin (al menos desde un punto de vista) de la segregación legal en Estados Unidos.

¹² Cfr. CARILLO (1999), p. 144.

¹³ Cfr. PETERS (2009), p. 514.

¹⁴ A partir de ahora se aludirá a ambos autores como García y Verdugo.

analizaremos y criticaremos la aproximación negativa hacia el activismo judicial, donde incluiremos un somero examen de algunas de las principales conclusiones a las que llegan García y Verdugo. En esta sección, intentaremos esbozar una visión alternativa, consistente en el desempeño de la función judicial compatible y respetuosa con las esferas de atribución constitucional del poder político. Y, finalmente, expondremos las principales conclusiones de este estudio.

1. LA ALEGACIÓN DE ACTIVISMO Y SU CONNOTACIÓN NEGATIVA

En el caso chileno, la promesa constitucional de plena realización del individuo contenida en el artículo 1º inciso 4º de la Constitución Política de Chile puede operar por la vía de la aplicación jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos e incorporados en el ordenamiento jurídico nacional: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. En un extremo, la adjudicación judicial de estos derechos reconocidos en dicho ordenamiento podría acontecer en aquellos casos en que ninguno de los otros poderes del Estado han dado previamente cumplimiento a la obligación y al mandato que emana de las normas mencionadas, tendientes a crear condiciones sociales y de desarrollo justas, entre hombres y mujeres y los grupos sociales. En esta línea, Del Toro ha indicado que: “[l]os jueces nacionales desde esta perspectiva adquieren una condición intermedia entre la sociedad y el Estado del que forman parte y entre dicho Estado y la comunidad internacional. Las razones de esta condición son diversas y están determinadas, entre otras cosas, por la expansión a escala planetaria del reconocimiento y protección de la dignidad humana más allá de los límites estatales e incluso de los relativismos culturales; por el papel asignado a los jueces en el ámbito interno a partir del desarrollo de la jurisdicción constitucional como principal garante de los derechos fundamentales (...)”.¹⁵ En definitiva, la Constitución obliga al Estado en su integridad, esto es, poder legislativo, ejecutivo y judicial.

Se podría argumentar que, en estos casos, el juez, cuando interviene, lo hace no sólo para aplicar la normativa vigente, sino, especialmente, para realizar

¹⁵ DEL TORO (2005), p. 329.

la justicia social. Los derechos del ser humano de carácter social constituyen simplemente la manifestación normativa de dicha justicia. Administrar justicia y realizar la justicia social, especialmente en sociedades altamente segregadas y desiguales, forma parte de un modelo de democracia, más abierta, participativa y deliberativa, donde el individuo no solo tiene libertades y deberes, sino además, derechos sociales, a cuya aplicación y satisfacción concreta contribuye el juez. Sin embargo, en ocasiones, cuando el juez ha dado cumplimiento a estos derechos y mandatos constitucionales, se le ha calificado por la doctrina –con un viso negativo– de ‘activista’.

Desde el punto de vista conceptual, según la lectura de García y Verdugo, se entiende por activismo judicial, a las: “(...) sentencias que no parecen someterse lo suficiente a la Constitución y las normas jurídicas dictadas por las autoridades electas democráticamente y, en algunos casos, contrariando derechamente su voluntad. De esta manera, se suele acusar de activista 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 la sociedad. La crítica contra los jueces activistas tiene, entonces, un dimensión democrática y acusa un desconocimiento en la asignación de roles dentro del sistema político”.¹⁶

García y Verdugo esgrimen sus argumentos a través de tres supuestos fundamentales. El primer supuesto, apunta a la noción de seguridad jurídica en un sistema democrático. Así, los autores sostienen que la función de los jueces en una democracia es aplicar la Constitución y las normas dictadas por las autoridades democráticas con certeza y objetividad.¹⁷ De esta forma, la judicatura no puede ir más allá de la norma, dado que los jueces no se encuentran legitimados democráticamente a través de elecciones directas. Por el contrario, cuando la norma es poco clara, los autores arguyen que en estos casos “(...) los jueces deben esforzarse por encontrar la respuesta adecuada y evitar resolver el problema mediante sentencias que provoquen alteraciones importantes en el sistema jurídico-político”.¹⁸ El segundo supuesto, sostienen los constitucionalistas, corresponde a que los jueces deben ser cautelosos con estas decisiones, en el sentido

¹⁶ GARCÍA y VERDUGO (2013), p. 24.

¹⁷ Cfr. GARCÍA y VERDUGO (2013), p. 26.

¹⁸ GARCÍA y VERDUGO (2013), p. 26.

de comprender qué rol cumplen en un estado de derecho. En consecuencia, el trabajo de la judicatura es la aplicación de la norma y no su creación. Por lo tanto, de la misma manera que se le exige a los otros poderes del Estado respetar la independencia judicial, los jueces deben ser respetuosos de la voluntad democrática. El tercer supuesto dice relación con que la legitimidad de las decisiones judiciales radica en que su “(...) fundamentación no puede entregar respuestas contradictorias con las formuladas por la Constitución o los representantes del pueblo mediante el derecho vigente”.¹⁹

En torno a estos elementos precedentemente señalados, García y Verdugo van presentando, desglosando y rechazando diferentes tipos de activismo judicial como, por ejemplo, activismo para proteger derechos o lograr reformas sociales, y el activismo entendido como corrección orgánica y político-constitucional.²⁰

Como marco metodológico del presente trabajo, debemos advertir que no nos ocuparemos del tercer supuesto antes mencionado, dado que viene a reforzar el contenido normativo de los otros. Por lo tanto, nuestro estudio se centrará principalmente en un enfoque crítico de los dos primeros supuestos señalados.²¹

De acuerdo con la obra de García y Verdugo, el núcleo central de su razonamiento se puede traducir en una defensa de la democracia. En este sentido, Dworkin ha llamado a esta línea de razonamiento: el *argumento democrático*, la cual establece que las decisiones políticas deben ser tomadas por funcionarios elegidos por la comunidad en su conjunto.²²

Sin embargo, una primera cuestión que se plantea en este contexto es de qué noción de democracia estamos hablando. Cuando se alude a la democracia, el interlocutor tiene efectivamente ínsito en su discurso una determinada concepción valorativa que justifica la organización y las instituciones respectivas.²³

¹⁹ GARCÍA y VERDUGO (2013), p. 26.

²⁰ Cfr. GARCÍA y VERDUGO (2013), pp. 31-36.

²¹ Cabe decir algunas palabras más sobre el último supuesto. El tercer supuesto supone una idea de coherencia de decisiones judiciales, incluso de *igualdad de trato*. Sin embargo, al mirar con más detalle dicha argumentación, nos encontramos con resultados que ninguno de nosotros aceptaría. Por ejemplo, en el país “X” se ha fallado por más de 200 años a favor de la esclavitud de los afroamericanos, dado que la Constitución lo estipula, luego un tribunal “Y” del país “X” falla en contra de dicha tradición. En el caso anterior, ninguno que esté comprometido con la idea de derechos –en sentido mínimo– evocaría el tercer supuesto para rechazar el giro jurisprudencial.

²² Cfr. DWORKIN (2012), p. 28.

²³ Cfr. NINO (1996), p. 22.

En el caso del *argumento democrático* formulado por García y Verdugo, éste se entiende a partir de determinados supuestos, los que representan el sustento analítico y teórico de su obra. Los autores apelan a que dichos supuestos deben ser aceptados para comprender el problema del activismo, señalando lo siguiente: “Creemos que es importante aceptar estos supuestos, presentes en nuestra tradición jurídica y política, para efectos de poder generar un debate en torno al activismo judicial”.²⁴ No obstante, tales supuestos no son meramente descriptivos, sino también normativos e ideológicos.²⁵ Por esta razón, a continuación, realizaremos un análisis crítico de ellos, ya que es menester no asimilarlos precipitadamente para no comprometernos *a priori* con una concepción negativa del concepto de “activismo” y, por ende, con una noción peculiar de democracia.

2. SUPUESTOS Y ACTIVISMO

En esta segunda parte analizaremos críticamente los dos supuestos principales mencionados anteriormente, esto es, por un lado, la idea de que la función de los jueces en una democracia se reduce a aplicar las normas dictadas por las autoridades democráticas e interpretarlas sin provocar alteraciones al sistema jurídico-político (1). Por otro lado, la afirmación de que el trabajo de los jueces es la aplicación de las normas y no su creación, la cual emana de la voluntad democrática (2). Además, este apartado finalizará con el examen de variantes a la noción de democracia liberal, que podrían adecuarse mejor a los requerimientos de una democracia contemporánea (3).

2.1. Constitución, interpretación y jueces

Uno de los supuestos del *argumento democrático* se fundamenta en que los jueces deben ser respetuosos de la voluntad democrática en sus decisiones, de forma tal de no causar un impacto negativo en el sistema jurídico-político. En el caso chileno, la afirmación anterior, encontraría su justificación en el hecho de que los jueces no son escogidos directamente por el pueblo. En esta línea

²⁴ GARCÍA y VERDUGO (2013), p. 26.

²⁵ Los supuestos planteados importan un “deber ser” hacia la labor judicial, es decir, un determinado actuar correcto o incorrecto del juez en relación al modo de enfrentar un problema jurídico.

argumentativa, García y Verdugo entienden por “decisiones respetuosas”, aquellas que se ajustan a la “Constitución y las leyes”.²⁶ Con esta formulación general, no tenemos ninguna objeción. No obstante, la forma en que los críticos del activismo judicial entienden la idea de “ajustarse a la Constitución y las leyes” implica atar las manos del juez, restringiendo al máximo su actividad interpretativa y, en todo caso, nunca apartándolo del sentido o intención original que tuvo el creador de la norma.

La idea anterior obedecería a lo que se ha llamado en la teoría constitucional “el originalismo”, postura que “propugna interpretar la Constitución de forma estricta, según sus palabras o según la intención de los redactores del texto”²⁷. Dicho de otro modo, como asevera Berger, gran expositor de la tradición señalada, “los jueces no están autorizados para revisar la Constitución” ya que “ella está construida a la luz de las explicaciones de los Fundadores sobre lo que ellos pretenden lograr, ni más, ni menos”.²⁸ De tal modo, los jueces “(...) se encuentran limitados por la única cosa que puede ser llamada derecho, los principios del texto, ya sea la Constitución o la ley, tal como se lo entendía generalmente al momento de ser aprobado”.²⁹ En Chile, el originalismo ha tendido a predominar en la interpretación judicial constitucional. Como sostiene Bassa: “La interpretación constitucional chilena estuvo marcada por una fuerte tendencia al originalismo que ancla la determinación del sentido y alcance de la Constitución a las Actas de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución”³⁰. Vale la pena hacer notar, que el originalismo ha resurgido, como tendencia interpretativa en la doctrina constitucional comparada, este último tiempo.³¹

El atractivo de esta teoría —que podría también identificarse con una especie de textualismo— es la promesa de la seguridad y certeza del derecho aplicado: “(...) la función de los jueces es aplicar la Constitución y las normas dictadas

²⁶ GARCÍA y VERDUGO (2013), p. 26.

²⁷ CARBONEL (2012), p. 610.

²⁸ BERGER (1977), pp. 21-22.

²⁹ BORK (1990), p. 9.

³⁰ BASSA (2013), p. 16. Véase también (2008), pp. 131-150.

³¹ Dicha tradición ha resurgido estos últimos años a propósito de la respuesta de la academia y del mundo político norteamericano ante fallos que dieron cabida a interpretaciones más amplias de la Constitución, por ejemplo, a través de la teoría de la “Constitución viviente”. Ella conduciría a una interpretación evolutiva de la Carta, la que vaya respondiendo a las nuevas circunstancias. Cfr. STRAUSS (2010).

por la autoridad democráticamente electa y que es posible conocer con relativa certeza, el contenido de dichas normas”.³² Es así como la respuesta originalista se convierte en un freno para evitar la “tiranía del intérprete”³³ con la propuesta de una alternativa hermenéutica “respetuosa” de la voluntad democrática. Desde esta misma línea, los autores sostienen que “(...) los jueces se apartan del texto, la estructura y la historia de la norma que interpretan. Ello sucede, por ejemplo, cuando la interpretación es contraria a la voluntad clara de los redactores o a las claras implicaciones del lenguaje”³⁴.

El problema de esta postura, que custodia la historia detrás de la norma, no repara en la cosmovisión que se desarrolla por medio de ella, y tampoco repara en su legitimidad; no considera, por ejemplo, que la norma haya sido impuesta por órganos no democráticos. Por otro lado, el originalismo, en el plano de la interpretación, nos conduce a justificar una particular comprensión de la función del poder judicial centrada en el “cumplimiento del reglamento”. Sobre esto, Dworkin sostiene que este tipo de interpretación requiere que los jueces deban ceñirse estrictamente a la norma hasta que ésta sea modificada.³⁵ Por otro lado, tal discurso restrictivo de la labor judicial se encuentra con una serie de problemas una vez llevado a la *praxis*, ya que resulta bastante difícil quedarnos con el puro texto constitucional sin tener la necesidad de acudir y recurrir, de algún modo, a valores no evidenciados en él.³⁶ La norma jurídica no alcanza a abarcar la totalidad de la comprensión político-moral de un país. De esta manera, la promesa de certeza y seguridad del originalista pasa a segundo plano, al comprender que lo jurídico no puede agotarse en las normas escritas que, como tales, no dan cuenta de la complejidad de lo humano. Asimismo, la neutralidad de este proyecto fracasa cuando “(...) el originalismo es aplicado de manera inconsistente en la práctica y, por tanto, proporciona un método ligeramente disimulado para infundir al derecho constitucional valores políticos conservadores”.³⁷ Frente a la postura de García y Verdugo, Dworkin propone una interpretación basada en

³² GARCÍA y VERDUGO (2013), p. 26.

³³ Cfr. GARGARELLA (2008), p. 129.

³⁴ GARCÍA y VERDUGO (2013), p. 45.

³⁵ Cfr. DWORKIN (2012), p. 28.

³⁶ Cfr. NINO (1993); DWORKIN (1997); SUSTEIN (1993); GARGARELLA (2008).

³⁷ POST y SIEGEL (2013), p. 37.

principios,³⁸ los cuales están incorporados en la Constitución y deben ser revisados continuamente por la judicatura. Así, los jueces ante situaciones difíciles, como aquellas que colindan con el ámbito de lo moral, deben apelar a dichos principios para dirimir conflictos, exponiéndolos y justificándolos del mejor modo. Si el Constituyente hubiese querido imponer su voluntad a los jueces, con el objetivo de disminuir el espacio de discrecionalidad en la adjudicación, habría sido mucho más explícito y riguroso con el uso de expresiones precisas que tuvieran como objetivo denotar su concepción particular. A nuestro juicio, restringir la interpretación constitucional y transformarla en una actividad de aplicación mecánica de la ley o –en su defecto– en una interpretación de la voluntad original de la misma y, además, sostener que el juez no puede realizar una interpretación adaptadora, creativa, nos lleva a una comprensión poco sustancial y robótica de la judicatura. Además, en este contexto, cabe preguntarse: ¿cuáles son las obligaciones internacionales del Estado en general, y de poder judicial en particular? En este sentido, en el artículo 14 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, se consagra el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, que “los Estados Partes deben respetar, independientemente de su tradición jurídica y de su derecho interno”.³⁹ En cuanto a los tribunales en particular, los *Principios básicos sobre la independencia de la judicatura* señalan en su preámbulo que, “los jueces son los encargados de adoptar la decisión definitiva con respecto a la vida, la libertad, los derechos, los deberes y los bienes de los ciudadanos”.

Por otro lado, inspirados, una vez más, en el argumento democrático, los autores insisten en que la “llave del cambio” la tienen los ciudadanos, en el sentido que si ellos quieren, pueden cambiar o modificar el contenido de la Constitución por medio de nuestros representantes. Esta afirmación es cierta en el sentido de que la Constitución evoca la máxima expresión del acuerdo democrático del pueblo, y que la Constitución se encuentra abierta a cambios sustanciales por decisión de la mayoría del pueblo. Pero, en el orden jurídico constitucional chileno, lo sostenido requiere ser matizado por dos razones: En primer lugar, la carencia de legitimidad de origen de la Constitución, en razón de las condiciones y el contexto político en el cual fue dictada y aprobada; y, en segundo lugar, los cerrojos y engranajes propios de la Constitución chilena,

³⁸ Cfr. DWORKIN (1997), p. 72.

³⁹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (2007), p. 2.

tales como elevados quórum, que hacen bastante difícil un cambio sustancial en ella por la vía institucional prevista.⁴⁰

2.2. Separación de poderes y jueces activistas

Otra arista del argumento democrático interpela a los jueces en cuanto a que su función en un sistema representativo debe dar cuenta de la separación de poderes. En consecuencia, una decisión judicial en la cual el intérprete vaya más allá del tenor literal de la norma, o llene de contenido valores y principios incorporados en la Constitución, implicaría una intromisión indebida en relación a la labor del poder legislativo y, por ende, a la división de poderes. Así, por ejemplo, para los autores, la adjudicación de derechos sociales constituiría una afrenta a la democracia representativa. En efecto, según esta postura, la labor judicial activista se arrojaría una decisión de competencia del Congreso.

De esta manera, la concepción ofrecida se enmarca en un esquema “estricto” de división de poderes,⁴¹ donde una intrusión del poder judicial en ámbitos de decisión que –se dice– pertenecen al poder legislativo o ejecutivo, se entiende como un atentando en contra del sistema democrático.

Por lo demás, el sistema de división de poderes adoptado en Chile corresponde a un sistema de frenos y contrapesos (*checks and balances*). Dicha arquitectura institucional fue importada del modelo constitucional norteamericano –por ello su notable influencia en todo el continente– y consiste en una alternativa entre modelos conservadores y radicales que permite encontrar un punto medio entre la “tiranía y la anarquía”.⁴² De esta forma, el diseño constitucional promueve un control permanente y recíproco entre los distintos poderes del Estado en el proceso de toma de decisiones. Esta supervigilancia continua entre los diferentes poderes públicos, asegura un seguimiento cercano y un

⁴⁰ Por ejemplo, las más de 150 reformas a los 79 de los 120 artículos de la Constitución, discutidas todas a puertas cerradas sin el más mínimo espacio de deliberación ciudadana. Como señala FUENTES (2010), p. 16. En este mismo contexto, Ruiz-Tagle ha denominado la actual Constitución de Chile (1980) como “gatopardo”, esto en el sentido que “(...) mientras más se reforma, acendradamente retiene sus rasgos autocráticos (...)” CRISTI y RUIZ-TAGLE (2006), p. 198.

⁴¹ Los modelos estrictos de separación de poderes corresponden a las propuestas radicales del siglo XIX en Latinoamérica. Por ejemplo, la Constitución diseñada por la Banda Oriental en 1813 (Congreso de abril de 1813 en Buenos Aires), la que estableció de modo explícito y riguroso la imposibilidad que un poder interfiera en el otro.

⁴² Cfr. HAMILTON *et al.* (2008), p. 44.

escrutinio estricto entre sí.⁴³ En tal sentido, las decisiones del poder judicial controlan la sujeción a derecho de las diversas actuaciones u omisiones de los otros poderes públicos, lo cual constituye un pilar esencial para la preservación de un Estado de Derecho.

Incluso podríamos defender la existencia de conductas “activistas” que al mismo tiempo sean respetuosas con la separación y autonomía de poderes. Fabre ha mostrado que lo anterior es posible y ha indicado que los jueces podrían: “(...) i) establecer que un derecho constitucional ha sido violado, sin demandar remedios o soluciones específicas; ii) declarar que un derecho constitucional ha sido violado, y pedirle al Estado que provea el remedio; a) sin especificar cómo y sin fijar un período límite; b) sin especificar cómo, pero demandado que se efectúe un cierto tiempo; iii) establecer que un derecho constitucional ha sido violado, exigirle al gobierno la provisión de remedios, y especificar qué clase de remedios puede usarse cómo y cuándo”.⁴⁴

Como vemos los supuestos del *argumento democrático*, una vez cuestionados, abren un importante flanco de dudas relativas a los compromisos que asumen García y Verdugo, los cuales razonan sobre la base de una determinada y precisa concepción de democracia, que no es la única y no existe evidencia de que sea la mejor. Esta concepción, jurídicamente formalista, restringe el rol de los poderes públicos. Desde dicho punto de vista, la función interpretativa del juez, se reduce a una labor casi mecánica; en cuanto a lo que el derecho es, éste se reduce prácticamente a las fuentes formales, Constitución y ley. Por lo mismo, este enfoque no considera el rol de los jueces en la adjudicación de derechos sociales que han sido reconocidos por el orden jurídico, cayendo en la extraña paradoja de que el juez, por ejemplo, no puede pronunciarse sobre el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, siendo este último un problema cuya solución es resorte del órgano representativo de la ciudadanía. A este respecto, cabe resaltar el dato relevante de que dicho órgano cuenta con una reprobación ciudadana del 68%.⁴⁵

Así, como se puede observar, el argumento democrático no tiene el poder *per se* de desvirtuar la función judicial en su esfera de adjudicación de derechos sociales reconocidos por el orden jurídico, en circunstancias que tal adjudica-

⁴³ Cfr. GARGARELLA (2005), p. 174.

⁴⁴ FABRE (2000), p. 148.

⁴⁵ ADIMARK (2014), p. 33

ción simplemente implica dar cumplimiento a su mandato constitucional, esto es, administrar justicia. En efecto, ya desde la más temprana tradición jurídica chilena se afirma como función elemental de la judicatura impartir justicia. En la Constitución provisoria de Chile de 1818 se señalaba que todos los funcionarios públicos del Estado, “están esencialmente obligados a aliviar la miseria de los desgraciados y proporcionarles a todos los caminos de la prosperidad” (art. 13). En la Constitución de 1833 el capítulo VIII –referido a la autoridad judicial– se titulaba “de la administración de justicia”. La Constitución de Chile de 1980 ha cambiado el rótulo del capítulo respectivo –Capítulo VI– a “Poder Judicial”, y su artículo 77 se refiere a la “pronta y cumplida administración de justicia”. Por último, en el Código Orgánico de Tribunales, su Título I, se denomina del poder judicial y de la administración de justicia en general.

2.3. *Democracia y activistas*

Alternativamente a los modelos liberales y formalistas, propios de un constitucionalismo clásico, pensamos que la literatura ha ofrecido y ofrece actualmente importantes variantes de la democracia que parecen adecuarse mejor a la realidad del mundo contemporáneo y, particularmente, a la chilena.

Esta articulación alternativa es una concepción dialógica de la democracia que se ha denominado *democracia deliberativa*.⁴⁶ La democracia deliberativa se ha estructurado en base a dos principios fundamentales: En primer lugar, la legitimidad de una decisión pública está condicionada al grado de participación efectiva de todos los potencialmente afectados por la decisión; y, en segundo lugar, la aprobación de una decisión pública requiere un amplio proceso de discusión ciudadana, en donde todas las partes sean escuchadas.⁴⁷

Así, esta concepción de democracia parte de una consigna de la que carece la versión ofrecida por *Activismo Judicial en Chile*, esto es, que vivimos en un sistema institucional deficitario. En consecuencia, la versión deliberativa de la democracia –para llevar a cabo sus dos supuestos– reconoce las condiciones materiales que obstaculizan una discusión entre iguales y, por lo tanto, impiden un verdadero diálogo deliberativo.⁴⁸

⁴⁶ Cfr. NINO (1989); Cfr. COHEN (1989); Cfr. ELSTER (1998); Cfr. HABERMAS (1996); Cfr. GARGARELLA (1996); Cfr. BOHMAN (1996); Cfr. STEIRNER (2012); Cfr. ESTLUND (2012).

⁴⁷ Cfr. NINO (1989), pp. 394-395; ESTLUND (2012), pp. 283-304.

⁴⁸ Cfr. NINO (1996), p. 201; Cfr. COHEN (2010), p. 164.

Como vemos, en Chile la desigualdad socio-económica, la desigualdad de oportunidades, pero también la desigualdad jurídica, implica que no todos tienen la posibilidad de hacerse oír en el parlamento y sobre todo, que las decisiones políticas pueden estar determinadas por las presiones que ejerzan los grandes grupos económicos y de interés. Por ejemplo, el caso “Colbunazo” muestra cómo un grupo tradicionalmente ligado a la elite económica de la sociedad chilena—grupo Matte— intenta tener injerencia en la toma de decisiones políticas de nuestro país.⁴⁹ Ello evidencia, que los grupos en condiciones socioeconómicas desfavorables y, por tanto, con bajo poder de incidencia se encuentran correlacionados con los grupos de menor acceso a influir en las decisiones políticas. Así, Liberona señala que el Colbunazo fue interpretado “(...) como una forma de presión de la empresa para facilitar la construcción del tendido eléctrico de HidroAysén, a raíz del rechazo que provoca la iniciativa en diversos ámbitos del país; la empresa necesita que el Gobierno, o mejor dicho el Poder Ejecutivo, le asegure que podrá materializar su iniciativa”.⁵⁰

Lo anterior, no puede generar sino un creciente proceso de desconfianza hacia los órganos de decisión política. En este sentido, quizás debería observarse al juez como un sustituto de los más débiles, postergados y vulnerables en la deliberación democrática. Evidentemente no sentado a la mesa en un debate público, pero sí adjudicando derechos reconocidos en el orden jurídico

⁴⁹ En abril de 2012 la Corte Suprema, en fallo dividido, dio luz verde a la construcción de las cinco centrales hidroeléctricas del proyecto HidroAysén. Sin embargo, el emblemático proyecto aún debe sortear varios escollos. El punto clave para hacer viable este proyecto es contar con la aprobación ambiental del tendido eléctrico de la línea de transmisión, que debiera recorrer cerca de 2.300 kilómetros, y cuyo Estudio de Impacto Ambiental debe ser presentado ante el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), para ser calificado ambientalmente. El problema es que las aguas no estaban tranquilas para las generadoras eléctricas, ya que pese a que la Corte Suprema se pronunció en forma favorable a HidroAysén, en el caso del proyecto Río Cuervo la Corte Suprema se pronunció en contra, con lo que el panorama se tornó confuso. Esto porque ambos proyectos fueron evaluados y calificados ambientalmente en forma favorable por la Comisión de Evaluación Ambiental de Aysén, y en ambos casos las organizaciones locales reclamaron ante la justicia presentando recursos de protección. Todo esto motivó que los socios y ejecutivos de HidroAysén reclamaran por la falta de certeza para realizar sus inversiones. Fue así como el 31 de mayo se produjo el llamado “Colbunazo”, cuando la empresa Colbún, socia de Endesa en el proyecto HidroAysén, dio un golpe de timón y anunció que recomendaba la suspensión indefinida del ingreso a trámite de evaluación ambiental de la línea de transmisión eléctrica del proyecto. La decisión fue tomada por el directorio de la empresa dueña del 49% del proyecto HidroAysén y una de las generadoras más importantes del país, y fue comunicada a la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS); las razones aducidas fueron la falta de una política energética de mediano plazo que les permitiera realizar sus inversiones.

⁵⁰ LIBERONA (2012), p. 215.

vigente. De este modo, las decisiones judiciales –que son públicas, entran en el debate público y, por cierto, están sujetas al escrutinio público– deberían ser un importante insumo para la deliberación y considerarse un mecanismo a través del cual el débil expresa sus “reivindicaciones jurídicas”. Gracias al derecho universal de acceso a la justicia, podría presentarse la situación de que sería más sencillo que el débil sea oído por un tribunal, que su voz sea oída en el debate político.

En efecto, como sostiene Gargarella, “(...) el poder judicial es la institución que recibe las querellas y reclamos de los que son, o sienten que han sido, tratados indebidamente en el proceso político de la toma de decisiones”.⁵¹ De esta forma, a los jueces se les exige que observen “(...) el sistema político, con atención especial a sus debilidades, fracasos y rupturas. Más aun, los jueces institucionalmente están obligados a escuchar las diferentes partes del conflicto (...)”.⁵²

Ahora bien, el ámbito de la adjudicación es un lugar propio de la esfera pública, en donde los jueces deben ofrecer razones suficientes a la ciudadanía para sustentar su decisión. Rawls fue consciente de esto, y entendió que la idea de razón pública se realiza en la sociedad “(...) cuando los jueces, legisladores, gobernantes y otros funcionarios públicos, así como los candidatos a cargos públicos, acogen la idea de razón pública y explican a los ciudadanos sus razones para sustentar las cuestiones políticas fundamentales bajo la forma de la concepción política de la justicia que consideran más razonable”⁵³. En este sentido, una democracia deliberativa implica la idea de una sociedad donde calza perfectamente el modelo de Häberle, es decir, el modelo de una sociedad abierta de intérpretes constitucionales, donde todos participan.⁵⁴ En esta línea, el último Informe sobre Desarrollo Humano ha sostenido que: “a menos que las personas puedan participar de manera significativa en los eventos y procesos que dan forma a sus vidas, los caminos del desarrollo humano nacional no serán deseables ni sostenibles. Las personas deben poder influir en la formulación de políticas y resultados, y los jóvenes en particular deben ser capaces de aspirar a mayores oportunidades económicas y de responsabilidad y participación política”.⁵⁵

⁵¹ GARGARELLA (2012), p. 374.

⁵² GARGARELLA (2012), p. 373.

⁵³ RAWLS (2001), p. 68.

⁵⁴ Cfr. HÄBERLE (2008), pp. 29-61.

⁵⁵ PNUD (2013a), p. 6.

En este aspecto, es relevante la creación de puentes desde la judicatura hacia la sociedad civil mediante diálogos e interacciones constantes. Ello nos conduce a abrir la interpretación constitucional. Así, Kramer sostiene que los jueces tienen: “(...) la obligación de hacer lo mejor para interpretar la Constitución mientras llevan adelante sus tareas de gobierno cotidianas, pero en donde su interpretación no resulte autoritativa, sino que se encuentre sujeta a la directa supervisión y corrección por el mismo pueblo, entendido éste como un cuerpo colectivo capaz de actuar y expresarse independientemente (...)”.⁵⁶

En este sentido, la legitimidad democrática de las decisiones judiciales no sólo surge del razonamiento judicial acabado y coherente, persuasivo y compartido por la comunidad, “[s]ino también de la interacción entre el poder judicial y las otras esferas de la sociedad: las asociaciones civiles, los partidos políticos, los organismo de control, los movimientos sociales y el poder judicial en su conjunto”.⁵⁷

En esta misma línea, Cover postula una ampliación del alcance del campo jurídico hacia afuera de las instituciones formales, de manera de incluir a diferentes grupos sociales que conforman comunidades interpretativas.⁵⁸ Esta no es sino una forma de generar una sociedad cohesionada e inclusiva, haciendo a todos partícipes de la construcción de la Constitución, de sus valores y principios, y permitiendo, en definitiva, a la comunidad estatal apropiarse y reapropiarse de la Constitución y su contenido, en cada momento histórico determinado. De este modo, “(...) el significado constitucional cede a las insistencias de las creencias populares pero al mismo tiempo conserva su integridad como derecho”.⁵⁹

La idea de restringir la labor judicial en un sistema democrático representativo defectuoso, carente de canales político-institucionales para asegurar el derecho de todos a ser oídos, nos conduce a una sociedad sin un *ethos*, sin mínimas consideraciones por el otro, constitutiva de un sistema sordo a los reclamos y necesidades sociales ciudadanas. Es más, agrava esta situación, la presencia de un sistema democrático con una crisis de representación –dado al sistema electoral excluyente y fuertemente permeable a los poderes económicos–. Por ello, la noción de democracia deliberativa se conjuga con una democracia protectora

⁵⁶ KRAMER (2004), p. 962.

⁵⁷ GARCÍA L. (2013), p. 12.

⁵⁸ COVER (1983), p. 4.

⁵⁹ POST y SIEGEL (2013), p. 47.

no sólo de libertades sino también de derechos fundamentales. De esa forma, el juez cumple una tarea esencial en el funcionamiento de la democracia, esto es, desempeña el rol de garante de los derechos fundamentales. En este sentido, el actual Presidente de la Corte Suprema chilena ha señalado que los jueces deben estar “(...) dispuestos a escuchar a la ciudadanía, hacer nuestro trabajo de cara y por ella, el principal desafío es poder satisfacer lo que son las demandas ciudadanas y en nuestro trabajo siempre va a estar la persona en el centro de nuestras preocupaciones y si hay alguna idea matriz que deba destacar inmediatamente, entiendo que los tribunales están al servicio de las personas y deben promover y proteger todos los derechos de todas las personas”.⁶⁰ Y, posteriormente, ha agregado muy claramente que “(...) por eso abogamos porque se enfrenten algunos nudos principales relacionados con la administración de justicia: acceso, equidad, inclusión y eficiencia. Frente a eso, estamos muy conscientes de que los jueces somos sujetos pensantes, no simples aplicadores de una norma jurídica formal. El positivismo y la exégesis hace siglos que están en retirada. Quienes hemos jurado respetar y aplicar la Constitución y la ley lo hemos hecho en su integridad, con sus contornos axiológicos, sus principios y su historia, para llegar a aplicarla a situaciones nuevas, como una norma viva que emerge de las manos de los jueces cada vez más robusta y siempre presente”.⁶¹

La propuesta de García y Verdugo según la cual el activismo judicial –tal como ellos lo entienden– implica afectar los papeles que los diferentes órganos públicos tienen asignados en una sociedad democrática, levanta –como se ha visto– muchas dudas y cuestionamientos, tanto desde el punto de vista de la teoría como de la práctica. Quizás, erróneamente se califica de activismo judicial ciertas actuaciones de los jueces que en realidad simplemente implican un rol ‘activo’ del poder judicial trabajando a favor de la democracia y del Estado de Derecho, entendida como satisfacción de los derechos de los individuos y de las comunidades. En cuanto a los riesgos de este “activismo” coincidimos con Dworkin pues preferimos este modelo, “(...) que tal vez deba pagar un precio por ello, sobre todo en términos de eficiencia, que puede resultar dañado como consecuencia de una preocupación excesiva por la justicia. Pero esa sociedad hace una promesa importante a cada uno de sus miembros y, en mi opinión, el valor de esa promesa compensa los costos. Alienta a cada individuo a suponer

⁶⁰ DIARIO UCHILE (2013).

⁶¹ MUÑOZ (2014).

que sus relaciones con los otros ciudadanos y con el gobierno son cuestiones de justicia, y a debatir con los demás ciudadanos, en tanto comunidad, cómo deben ser esas relaciones ante la justicia”.⁶²

CONCLUSIONES

En el contexto creciente de desigualdad cultural, social, política y económica presente en el seno de la sociedad chilena⁶³, en donde múltiples voces son excluidas día a día por factores estructurales, cobra relevancia la deliberación e inclusión social. Un espacio de creciente apropiación ciudadana para promover la discusión en torno a los derechos sociales es el foro, el cual se transforma en un factor relevante de democratización de los derechos.

La comunidad no se construye en el vacío sino a partir de un cierto *ethos* el cual ha sido generalmente acordado. Hoy en día existe un amplio consenso a propósito de los mínimos que deben rodear el pleno desenvolvimiento de una persona y de una comunidad en una sociedad democrática. Parte de este *ethos*, consensuado entre los individuos y pueblos, se encuentra configurado por los derechos humanos. En particular, referido a las condiciones mínimas de existencia digna, aparecen los derechos sociales.

En este ensayo se ha discutido brevemente acerca de la noción de activismo judicial, pero el punto central del debate se articula en torno a la idea del argumento democrático y del rol que le corresponde al juez, en una sociedad democrática, al desempeñar su función constitucional de carácter jurisdiccional. El argumento democrático parece ser engañoso. En un primer momento es poderoso, y hasta hace pensar en que se debería desconfiar del juez. Pero, si se observa con detención, este argumento tiene su propia piedra en el zapato, ya que asume –como lo hacen García y Verdugo– una determinada forma de democracia liberal y abstencionista al estilo clásico. ¿Es ésta la única forma de democracia? Por cierto que no. Probablemente en un Estado constitucional, social y democrático de derecho también se diría que el juez está obligado a seguir las prescripciones del órgano democrático. En realidad, todos los órganos del Estado –incluido el juez– están obligados a seguir las decisiones democráticas, pero, por sobre todo, a respetar y proteger los derechos fundamentales de los individuos.

⁶² DWORKIN (2012), p. 52.

⁶³ Cfr. CEPAL (2012), p. 20.

Como se ha querido demostrar, el rol del juez en una sociedad democrática, sobre todo en el ámbito social, no consiste en diseñar las políticas y planes, sino consiste en proteger activamente los derechos sociales que han sido reconocidos e incorporados al ordenamiento jurídico nacional. El juez tiene el deber, por mandato constitucional y en virtud del derecho internacional, de adjudicar esos derechos, de hacer justicia y, por supuesto, esto incluye la justicia social. En una sociedad democrática el orden es inverso a como lo plantean los críticos del activismo judicial. No es que el juez deba sujetarse a las prescripciones políticas sobre derechos sociales, sino más bien que las decisiones políticas del órgano democrático en relación a los aspectos sociales están subordinadas a los derechos fundamentales reconocidos a los individuos y adjudicados por el juez.

El activismo produce un efecto importante en la organización de las fuentes normativas formales. ¿Qué comprende el Derecho? La noción de Derecho que parece utilizar la doctrina contraria al ‘activismo judicial’ restringe bastante este fenómeno a la norma positiva formal aprobada por los representantes del pueblo. Pero, en un escenario de globalización jurídica, ¿este listado traduciría fielmente el abanico completo de fuentes? ¿Qué lugar ocupa el derecho material en esta noción?

Los casos muestran que el juez no es un autómatas que se limita a desempeñar una función mecánica. El juez aplica las normas que se consideran Derecho en una sociedad democrática, las cuales no quedan reducidas al texto escrito de la Constitución y la ley. Muchas veces aquellos que tachan de activistas a los jueces, también pertenecen a la corriente doctrinal generalizada en Chile del positivismo jurídico formalista y de la democracia formal electoral. Asimismo, cuando los jueces demuestran posiciones más conservadoras, esos mismos críticos suelen guardar silencio, y parecería que solamente critican cuando las sentencias parecen más “progresistas”. Por esta razón, finalmente, detrás de las críticas doctrinales de algunos, se reflejan ideas políticas más bien conservadoras y la visión del derecho positivo formal que le es tributario. Recapitulando, Constitución y ley, así como tratados internacionales, forman parte, obviamente, del marco jurídico dentro del cual debe moverse el juez, pero estos textos se han fundado y contienen principios y valores que también forman parte del derecho aplicable por el juez. Lo dicho es particularmente cierto en el caso de los derechos fundamentales, el cual aporta el componente ético normativo a la Constitución y a los tratados internacionales de derechos humanos. En este último caso, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, expresamente hace referencia a las normas convencionales y consuetudinarias,

a los principios generales del derecho, como fuentes formales del Derecho. Por tanto, los jueces podrían desempeñar su función recurriendo a las normas, los principios y a los valores en materia de derechos sociales, y ello siempre, con total apego a la Constitución. Resta por ver, en los años a venir, el rol activo o pasivo que desempeñará el juez en los casos vinculados con derechos sociales, sobre todo en virtud del principio de aplicación práctica y efectiva de los derechos fundamentales y de la justicia social.

BIBLIOGRAFÍA

- ADIMARK (2014): *Evaluación gestión de gobierno* (informe mensual marzo 2014. Santiago).
- ARISTÓTELES (1985): *Ética Nicomaquea* (Madrid, Gredos).
- BASSA, Jaime y VIERA, Christian (2008): “Contradicciones de los fundamentos teóricos de la Constitución Chilena con el Estado Constitucional: notas para su reinterpretación”, en: *Revista de Derecho* (Vol. XXI, N° 2), pp. 131-150.
- BASSA, Jaime (2013): “La pretensión de objetividad como una estrategia para obligar. La construcción de cierta cultura de hermenéutica constitucional hacia fines del siglo XX”, en: *Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca* (Vol. 11, N° 2), pp. 15-46.
- BERGER, Raoul (1977): *Government by Judiciary: the transformation of the fourteenth amendment* (Indianapolis, Liberty Fund).
- BOHMAN, James (1996): *Deliberation Pluralisms complexity and democracy* (Massachusetts, The MIT Press).
- BORK, Robert (1990): *The Tempting of American, Simon y Schuster. The political seduction of the law* (Nueva York, Touchstone Rockefeller Center).
- BOUDIN, Louis (1911): “Government by Judiciary”, en *Political Science Quarterly* (Vol. 26, N° 2), pp. 238-270.
- CARBONEL, Miguel (2012): “Sobre la Constitución viviente”, en *Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca* (Vol. 10, N° 2), pp. 609-616.
- CARRILLO, Juan Antonio (1999): *Dignidad frente a barbarie. La declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después* (Madrid, Mínima Trotta).
- CEPAL (2012): *Panorama Social en América Latina* (Organización de Naciones Unidas).
- COHEN, Joshua (1989): “The Economics Basic of Deliberation Democracy”, en *Social Philosophy and Policy* (vol. 6), pp. 22-50.

- _____ (2010): *Rousseau: A Free Community of Equals* (Nueva York: Oxford University Press).
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (2007): “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, [fecha de consulta: 2 de enero de 2015]. [Disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/S-gencom32.pdf>].
- COVER, Robert (1983): “The Supreme Court, 1982 Term-Foreword: Nomos and Narrative”, en *Harvard Law Review* (Vol. 97), pp. 4-68.
- CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo (2006): *La República de Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano* (Santiago, LOM).
- DAVIS, Michael (1987): “A Government of Judges: An Historical Re-view”. En *American Journal of Comparative Law* (Vol. 35), pp. 559-580.
- DEL TORO, Mauricio (2005): “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (Vol. 38), pp. 325-363.
- DIARIO UCHILE (2013): “Sergio Muñoz: Los tribunales están al servicio de las personas y deben proteger todos los derechos”, [fecha de consulta: 02 de enero de 2015]. [Disponible en: <http://radio.uchile.cl/2013/12/18/sergio-munoz-los-tribunales-estan-al-servicio-de-las-personas-y-deben-protger-todos-los-derechos>]
- DWORKIN, Ronald (1997): *Los Derechos en Serio* (Barcelona: Ariel).
- _____ (2003): *Virtud Soberana: la teoría y práctica de la igualdad* (Barcelona, Editorial Paidós).
- _____ (2012): *Una Cuestión de Principios* (Buenos Aires, Siglo XXI).
- ELSTER, Jon (1998): *Deliberative Democracy* (Cambridge, Cambridge University Press).
- ESTLUND, David (2012): *La Autoridad Democrática* (Buenos Aires, XXI).
- FABRE, Cecilia (2000): *Social Rights under the Constitution. Government and decent life* (Oxford, Oxford University Press).
- FUENTES, Claudio (2010): *El Pacto. Poder constitución y prácticas políticas en Chile (1990-2010)* (Santiago, Universidad Diego Portales).
- GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio (2013): *Activismo Judicial en Chile: ¿Hacia el gobierno de los jueces?* (Santiago, Ediciones Libertad y Desarrollo).
- GARCÍA, Leonardo (2013): “Introducción”, en *Constitucionalismo Democrático* (Buenos Aires, Siglo XXI).

- GARGARELLA, Roberto (1996): *La Justicia Frente al Gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial* (Barcelona, Ariel).
- _____ (2005): *Los Fundamentos Legales de la Desigualdad. El Constitucionalismo en América (1776-1860)* (Buenos Aires, Siglo XXI).
- _____ (2008): “La Dificultosa Tarea de la Interpretación Constitucional”, en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional* (Buenos Aires, Abeledo Perrot).
- _____ (2012): “¿Democracia deliberativa y judicialización de derechos sociales?”, en *El Derecho a la Igualdad: aportes al constitucionalismo igualitario* (Buenos Aires, Abeledo Perrot).
- HABERMAS, Jürgen (1996): *Between Facts and Norms* (Cambridge, The MIT Press).
- HAMILTON, A., MADISON, J., y JAY, J. (2008): *The Federalist Papers* (Nueva York, Oxford University Press).
- HÄBERLE, Peter (2008): “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución”, en *Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho* (Año 6, N° 11), pp. 29-61.
- OIT (2008). “Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa” [fecha de consulta: 02 de enero de 2015]. [Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms_099768.pdf].
- KRAMER, Larry (2004): “Popular Constitutionalism, Circa 2004”, en *California Law Review* (Vol. 92), pp. 959-1012.
- LAMBERT, Édouard (1921): *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L'expérience américaine du control judiciaire de la constitutionnalité des lois*. Paris (Marcel Giard et Cie).
- LIBERONA, Flavia (2012): “Termoeléctrica Castilla: un fallo inquietante”, en *Barómetro de Política y Equidad* (5), pp. 213-229.
- MUÑOZ, Sergio (2014): “Jueces: árbitros activos” [Fecha de consulta: 02 de enero de 2015]. [Disponible en: <http://diario.latercera.com/2014/03/16/01/contenido/opinion/11-159973-9-jueces-arbitros-activos.shtml>].
- NEUBORNE, Burt (1982): “Judicial Review and Separation of Powers in France and the United States”, en *New York University Law Review* (57), pp. 363-382.
- NINO, Carlos (1989): *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación* (Buenos Aires, Paidós).
- _____ (1993): *Fundamentos del Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional* (Buenos Aires, Astrea).

- _____ (1996): *The Constitution of Deliberative Democracy* (New Haven, Yale University Press).
- PETERS, Anne (2009): "Humanity as the A and Ω of Sovereignty", en *European Journal of International Law* (Vol. 20, N° 3), pp. 513-544.
- PNUD (2013a): *Informe sobre Desarrollo Humano 2013: El ascenso del Sur: Progreso humano en un mundo diverso* (Nueva York, PNUD).
- _____ (2013b): *Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014. Seguridad ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina* (Nueva York, PNUD).
- POST, Robert Y SIEGEL, Reva (2013): *Constitucionalismo Democrático* (Buenos Aires, Siglo XXI).
- RAWLS, John (1958): "Justice as Fairness", en *The Philosophical Review* 67(2), pp. 164-194.
- _____ (1979): *Teoría de la Justicia* (México, Fondo de Cultura Económica).
- _____ (2001): *El Derecho de Gentes. Y una "Revisión a la idea de la razón pública"* (Barcelona, Paidós).
- SECRETARY-GENERAL (2014). "Mensaje del Secretario General con motivo del Día Mundial de la Justicia Social", [fecha de consulta: 02 de enero de 2015]. [Disponible en: <http://www.un.org/es/events/socialjusticeday/2014/sgmessage.shtml>].
- SEN, Amartya (2000): *Desarrollo y Libertad* (Buenos Aires, Editorial Planeta).
- STEINER, Jürg (2012): *The Foundations of Deliberative Democracy* (Nueva York, Cambridge University Press).
- STRAUSS, David (2010): *The Living Constitution* (Nuev York, Oxford University Press).
- SUSTEIN, Cass (1993): *The Partial Constitution* (Cambrigde, Harvard University Press).