El gobierno de los jueces: ¿una realidad o una crítica jurídica?

Sofía Elgueta Paredes

Introducción

Durante mucho tiempo y hasta los días de hoy se ha afirmado que el Poder Judicial es un órgano independiente con la función de hacer justicia sin que coexista para ello ningún tipo de presión que pudiese desvirtuar la decisión objetiva del juez. Pese a ello, ¿se habrá entendido todo este tiempo mal este concepto? Pues es justamente la independencia del Poder Judicial y su visión de justicia la que se ha visto distorsionada por ciertos fallos que han ocurrido en la vida jurisdiccional del sistema judicial chileno. Tomando así, mayor posición la idea estadounidense de activismo judicial.

Se partirá de la base de que el activismo judicial se comporta de diferentes maneras dependiendo el tipo de Estado que tenga cada país, en Chile, Estado Democrático. Por ello, afirmar la presencia y concurrencia del activismo judicial en Chile se torna fundamental para entender de qué forma funcionan concretamente los tribunales de justicia. Permitiendo evidenciar como a sí mismo, criticar ciertas características del Poder Judicial que en un inicio fueron estipuladas, pero que respecto a la actualidad estarían en discusión.

El interés de esta investigación recae justamente en dilucidar si el activismo judicial constituye un mecanismo que permite evidenciar cómo imparten justicia los jueces. Verificar si estos son sesgados por sus ideales de justicia, destruyendo ciertos aspectos clásicos del Poder Judicial. O si, por el contrario, aplican realmente la justicia que emana de las leyes y de los demás cuerpos normativos.

Exponer la existencia real o ficta de la concurrencia del activismo judicial en Chile es fundamental para entender cómo funcionan los tribunales chilenos. Por ello, se analizarán distintas sentencias emanadas de los diferentes tribunales de justicia –tanto nacionales como extranjeras- en relación a la normativa vigente, además de presentar el análisis que hacen diferentes autores respecto a la controversia que deja el activismo judicial en las decisiones judiciales.

Las conclusiones resultantes de esta investigación debiesen poner en evidencia el real funcionamiento del Poder Judicial, y en específico, la forma en qué fallan los jueces, para así

concretizar la real o nula existencia del activismo judicial en Chile y en Latinoamérica. Así mismo, aseverar si en efecto los partidores de justicia construyen como lo llama Verdugo y García un ‹‹Gobierno de los Jueces››[1]; independiente de si el activismo judicial es o no la forma correcta de hacer justicia.

Sujeto al párrafo que precede, se hace necesario indicar así mismo, el análisis que se realizará en relación a sentencias que no sólo pertenecen a Chile, sino a Latinoamérica, en los países como Ecuador, Argentina y Colombia. Lo anterior, permitirá verificar si el activismo judicial es un mecanismo únicamente presente en territorio chileno, o si se extiende de sus fronteras.

Analizar la historia del derecho y con ello, del activismo judicial en Chile será otro reto que deberá ser superado, pues entender el contexto histórico en que se ha originado y el porqué de su nacimiento es fundamental a la hora de realizar una investigación sobre un tema específico. Más aún, teniendo en cuenta que el activismo judicial no es ampliamente aceptado por la doctrina nacional ni extranjera. Por ello, es un desafío a trabajar.

El activismo judicial al ser un mecanismo medianamente contemporáneo para ejercer justicia, hace dudar de si ha tenido cavidad en otras áreas, es por ello, que se expondrá su relación con la sociología. Se analizará como se ve envuelto el activismo en la misma, y cómo se relacionan ambas ramas. Por tanto, entender las posibles relaciones que trae consigo el activismo judicial se vuelve esencial a la hora de analizar a mayor profundidad el mismo.

Derecho Nacional

I.- Los Jueces ¿Gobernadores de su propia justicia?

Tradicionalmente y siguiendo la línea clásica no cabe duda de que el Poder Judicial es un poder independiente, así lo ratifica el art.12 del Código Orgánico de Tribunales (en adelante COT). Los jueces se guían por la normativa vigente para realizar justicia, dejando de lado la inclusión de pensamientos propios y subjetivos a la hora de fallar sobre un caso concreto, así lo indica tanto el art. 6 y 76 inc. 3 de la Constitución Política de la República (en adelante CPR) al mencionar que todo actuar debe ser conforme a la ley.

[1] GARCÍA Y VERDUGO, 2013, p. 34.

Siguiendo la idea tradicional de hacer justicia, la que conlleva adherirse a la normativa vigente y no desprenderse de ella, G. Aguilar, B. Gajardo y A.P. León son tajantes al afirmar que este mecanismo terminaría limitando el trabajo interpretativo al que están facultados los jueces[2], lo que es bastante lógico. Los jueces efectivamente deben fallar conforme a las leyes y a la CPR, sin embargo, también tienen la potestad de interpretar preceptos normativos en los que existen vacíos o lagunas que impiden aplicar la normativa claramente.

Más contemporáneamente han surgido cuestionamientos a la línea tradicional que aparentan seguir los jueces. En ciertas ocasiones estos suelen hacer uso de su fuero interno y personal para fallar jurídicamente, dejando en un segundo plano lo que indican los textos legales normativos. Transformándose así, en verdaderos gobernadores de su propia justicia. Aspecto similar al Derecho Inglés, pues según Atienza los jueces basan su derecho jurisprudencial no en la mera normativa general y abstracta (leyes), sino que toma un rol importante las decisiones mismas de los jueces[3].

El activismo judicial es un mecanismo originado en Estados Unidos[4]. Da sentido a la dudosa forma de fallar de ciertos jueces, apelando no única y exclusivamente a los textos legales normativos que han sido aceptados como idóneos por la sociedad[5]. El derecho es resultado indiscutible de la esencia del pueblo[6]. Por lo anterior, se cuestiona el presunto desconocimiento de los jueces en relación a sus atribuciones a la hora de fallar[7]. El art. 79 de la CPR advierte la posible responsabilidad personal de los jueces si estos se desvían de sus funciones debidas, por lo que es su deber conocer estrictamente sus atribuciones.

La idea de jueces como gobernadores de su propia justicia gira en torno al activismo judicial. Lo anterior, es la base a la que recurren los jueces al momento de hacer justicia social; el juez es visto como garante de los Derechos Humanos (en adelante D.D.H.H.) al intentar solucionar en alguna medida las desigualdades sociales[8], así lo aprecian G. Aguilar, B. Gajardo y A.P. León.

---

[2] AGUILAR *et al*., 2015, p. 381.
[3] ATIENZA, 2012, p. 242.
[4] ÁLVAREZ, 2015, p. 6.
[5] ATIENZA, 2012, p. 244.
[6] Ibíd.
[7] GARCÍA y VERDUGO, 2013, p. 24.
[8] AGUILAR *et al*., 2015, p. 374.

El activismo judicial está muy ligado a la judicialización política, pues efectivamente uno envuelve al otro, así lo reafirma Feoli[9]. Rodrigo Uprimny es sólido al indicar que en los tribunales se han juzgado aspectos que en su origen deben y eran trabajo del Estado, del Gobierno, y por ello, de la política solucionar[10]. Por tanto, fallar en tribunales temas de su no competencia, y a su vez, incluir la visión personal de los jueces es tanto curioso como peligroso[11]. Lo anterior, atenta contra la idea clásica de fallar y contra la visión del Poder Judicial consagrada en el art. 76 CPR inc. 3, en la que se expresa que los tribunales deben fallar conforme a las leyes.

El campo del activismo judicial no deja de ser dudoso y poco esclarecedor; muchas veces al juez se le etiqueta de activista por el sólo hecho de hacer ejecutar normas constitucionales que protegen los D.D.H.H., cuando en realidad esta es facultad de los tribunales de justicia y por ello, de los jueces, no existiendo así activismo judicial. Incluso, frente a esto Bordalí indica que la actividad judicial funciona como garantía para la sociedad en relación a un gobierno representativo[12].

Los límites a la independencia judicial y la imparcialidad de los jueces se ve trastocada por pensamientos subjetivos de los dictadores, a pesar de que estos deben aplicar la normativa legal sin invocar sus ideales políticos, sociales u otro, como sucede en el estilo formalista, en el cual el juez es un mero aplicador de derecho[13]. Pese a ello, ¿todos los jueces apelan a la objetividad normativa? Depende, no puede negarse la existencia en ciertos casos en que el razonamiento jurídico se encuentra al exterior del sistema judicial aceptado[14], por tanto, no debe generalizarse indicando que siempre hay gobierno de los jueces o que siempre se falla conforme a normas.

El activismo judicial por más que constituya una forma de hacer justicia (independiente de si es correcta o no), tiene el problema de dejar en evidencia un factor político-ideológico a la hora de fallar un caso concreto. Lo anterior, no deja de ser ajeno a la forma en que son elegidos los jueces en Chile (a pesar que este país no reconoce el ejercicio del activismo

[9] FEOLI, 2015, p. 182.
[10] UPRIMNY, 2007, pp. 53-54.
[11] CAUSO, 2004, p. 42.
[12] SQUELLA, 2007, p. 64.
[13] CALSAMIGLIA, 1986, p. 84.
[14] SCHAUER, 2013, p. 22.

judicial). El art. 78 CPR afirma que el Presidente de la República está encargado de determinar a los jueces, lo que es crucial, pues se supone que los jueces son imparciales. Sin embargo, el Presidente tiene una ideología que se manifiesta innegablemente en sus decisiones, entonces ¿cómo es posible que los jueces sean neutrales y por ello, imparciales?

Un gran impacto surge al dar cuenta la diferencia entre la práctica y lo estrictamente estipulado en la norma a la hora de fallar un caso concreto. Lo anterior, porque ambos no siempre son mundos homogéneos que se funden recíprocamente en uno; existen situaciones en las que lo que "debe hacerse" no es lo que "se hace", fallar conforme a los textos normativos no siempre se cumple, a pesar de ser el modelo ideal y por el que debe fallarse en Chile, al existir un Estado Democrático.

El activismo judicial constituye una piedra en el camino en la idea tradicional de dictar sentencia, derrumba la idea clásica de fallar en conformidad a las leyes y a la CPR. Lograr una armonía entre lo tradicional y lo contemporáneo −activismo judicial− es muy complejo, por no decir, utópico e imposible, entonces, ¿cómo es posible que bajo la idea conservadora se inmiscuyan fallos activistas? Que no sean compatibles no indica que no se practique esta actividad.

Zúñiga y Peña son concretos al indicar el mal presagio de afirmar la presencia de activismo judicial en un sistema judicial, pues debilita la política democrática[15], al debilitar la normativa vigente[16], evidenciando así, las falencias de aquel sistema al aplicarse una práctica activista. Lo anterior, debido a que no es la política gubernamental la que está combatiendo las desigualdades sociales, sino los jueces, estos imparten justicia social al lidiar con preocupaciones que la línea tradicional no le permite.

Resulta sospechoso hablar de activismo judicial si no existen reglas que indiquen cuando hay presencia de un mecanismo de estas particularidades[17], por ello es que a pesar de que se incurra en estas maniobras no es posible identificarlas con exactitud y con ello, criticar con basta fundamentación su aplicación. Lo que no significa que no se pueda apreciar y discutir en el campo jurídico-político.

[15] ZÚÑIGA, 2011, p. 74.
[16] PEÑA, 2019, p. 10.
[17] FEOLI, 2015, p. 185. En igual sentido, ÁLVAREZ, 2015, p. 18.

II.- Activismo Judicial: ¿presente en la jurisprudencia chilena?

En Chile, las presuntas alegaciones de activismo judicial han recaído sobre diversas materias como también, en distintos tribunales de justicia.

La sentencia Rol 1785-2012 evidencia una clara injerencia de activismo judicial por parte de uno de los Ministros de la Corte Suprema, en relación al caso de una señora que alega vulneración a ciertos derechos fundamentales por la rescisión del permiso que le permite realizar actividades comerciales en la plaza de Pucón. El Ministro sustenta su voto disidente en aspectos totalmente desviados a la actividad comercial, indica que toda madre quiere lo mejor para sus hijos[18], al igual que una alcaldesa; además ve indefensa a la demandante, tildándola de vulnerable, soltera y que suplica a otra mujer que está en mejor posición[19] que la demandante. Lo anterior, evidencia el alto carácter activista de la decisión del juez, haciendo justamente justicia social, al apelar a la posición de desigualdad en base a su fuero interno que ha exteriorizado judicialmente.

En el ámbito ambiental se presentan las sentencias Rol 1960-2012, nº1219-2009 y nº6383-2008, en las que se ha discutido el presunto gobierno de los jueces, debido a la extralimitación de facultades[20] en las que estos incurrieron. Respecto a estos casos concretos, existen dudas de si los jueces sobrepasaron sus atribuciones al juzgar el trabajo administrativo, algunos comentan que sí, otros argumentan que no, indicando que solamente se rigieron por declarar la ilegalidad del actuar administrativo[21] en conformidad a lo dispuesto en la Ley 19.300.

La sentencia Pitronello −Rol nº2384-2012 y Rit O-150-2012− ha sido cuestionada por la presencia de gobierno de los jueces, debido a que se negó el presunto actuar terrorista del demandado, quien poseyó ilegalmente explosivos y los colocó en las instalaciones de un banco, además de disponer de una patente falsa. Bastante se ha hablado del exceso de garantías[22] que se le otorgó a don Pitronello, pues el Tribunal falló indicando que no era un actuar terrorista porque no cumplía con el requisito de instaurar miedo en la sociedad, por

[18] Corte Suprema, 30.5.2012, rol 1785-2012. En igual sentido, García y Verdugo, 2012, p. 229.
[19] Ibíd. En igual sentido, García y Verdugo, 2012, p. 230.
[20] GARCÍA y VERDUGO, 2012, p. 221. En igual sentido, Álvarez, 2015, p. 16.
[21] ÁLVAREZ, 2015, p. 18.
[22] GARCÍA y VERDUGO, 2012, p. 221.

ello, sólo constituye un delito de posesión ilegal de explosivos[23]. Este fallo no ha estado exento de críticas por el actuar de los jueces, pues han surgido abundantes comentarios en relación a la baja condena y catalogación del delito cometido, siendo los jueces bastantes benevolentes y otorgando gran garantismo penal al imputado[24], lo que podría ser calificado como conducta activista.

En materia de salud, las sentencias Rol 30.716-2019, 5.076-2018, 6.462-2017, 63-2014 relacionadas con el reajuste y alza de los planes de las Isapres en las patologías GES (Garantías Explícitas en Salud), son considerados actuares activistas. El art. 197 inc. 3 del DFL del Ministerio de la Salud indica que las Isapres están facultadas para subir el costo del plan siempre que exista una justificación basada en un alza de la prestación de salud, sin embargo, en contadas situaciones las Isapres suben los costos sin entregar justificación razonable. El activismo se presenta al momento en que los jueces al fallan conforme a atribuciones que le corresponden a la administración, a la política pública, pues critican el sistema de salud y las normas que rigen a él[25].

En la sentencia Rol 2097-2006 se ha debatido la presencia de un posible activismo judicial, pues los jueces frente a una posible inconstitucionalidad de la norma, decidieron consultar al Tribunal Constitucional. Pese a la opinión de este −quien indicó que no era inconstitucional la norma[26]– la Corte falló aseverando la inconstitucionalidad de la misma, por la existencia de enriquecimiento injustificado[27] al ser la multa 4 veces mayor que la infracción cometida. Lo que deja en evidencia, cómo los jueces dictaron sentencia haciendo caso omiso a lo decretado por su superior y fallando conforme a su fuero interno.

III.- Reflexiones.

El activismo judicial dista mucho de ser un mecanismo ampliamente reconocido por la dogmática y jurisprudencia chilena. El gobierno de los jueces ha sido sin lugar a duda un concepto bastante discutido últimamente que por más que se apele su presencia en distintos fallos, no ha sido concretamente validado ni reconocido. Esto se debe precisamente a la

[23] Cuarto Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 15.08.2012, RIT O-150-2012.
[24] GARCÍA y VERDUGO, 2012, p. 221.
[25] ÁLVAREZ, 2015, p. 19.
[26] Tribunal Constitucional, 26.12.2006, rol 541-2006.
[27] GARCÍA y VERDUGO, 2013, p. 134.

amplitud del concepto, lo que impide identificar certeramente la presencia de activismo judicial en un determinado caso, a pesar de que existan fallos en los cuales su presencia sea innegable.

A pesar del poco reconocimiento que han tenido las prácticas activistas, estas constituyen desde luego un mecanismo para la toma de decisiones jurídicas, pues la práctica lo ha evidenciado. Sin embargo, no deja de ser llamativo los conflictos que podría traer en un Estado Democrático, pues atenta contra las reglas básicas del Poder Judicial, realizando el trabajo que le corresponden a otros órganos estatales y no al de justicia.

Combatir el activismo judicial resulta complejo, no sólo por la ausencia de normas que lo regulan sino también por la poca información que permitiría encontrar los límites de la misma. El gobierno de los jueces viene a contener tanto la oscuridad del campo, como también aquellos casos en que hay claridad absoluta de la presencia de activismo judicial. Son precisamente los distintos grados no identificados de exteriorización de los pensamientos del fuero interno de un juez, lo que lo hace muy difícil de regular las actitudes activistas.

En fin, que el juez caiga en estos mecanismos activistas es algo que sin duda puede ocurrir, y que en efecto ocurre, es bastante complejo que el juez sólo emita lo que dice la ley –aunque esa sea su función–, por ello, no se puede negar rotundamente la presencia del activismo en los fallos. El juez al ser persona como cualquier otro, tiene la capacidad de crear su propio significado de justicia y de incluso, de vez en cuando, plasmarla en sus decisiones, aunque eso atente con la naturaleza imparcial del juez.

Historia del Derecho

El activismo judicial no constituye un mecanismo ratificado en Chile para resolver controversias en el plano jurídico, es por ello, que no existen disposiciones normativas que lo respalden y ratifiquen. Por el contrario, la presencia de disposiciones normativas que protegen al ordenamiento frente a prácticas activistas son las existentes en el ordenamiento jurídico chileno. Disposiciones normativas establecidas tanto en la CPR como en el COT son las que sustentan la no cavidad de activismo judicial en Chile (lo que no significa que no se practique en ciertas oportunidades).

I.- En relación a la CPR.

El punto de partida es sin duda alguna el análisis a la separación de poderes expresada en el texto constitucional. Pues tal como afirma Helmut Coing es necesario mirar hacia el pasado, analizar el origen y por ende, la historia del derecho para comprender el porqué de que exista tal estipulación en un ordenamiento jurídico[28]. La política de separación de poderes como la postula Montesquieu indica que los poderes del Estado no sólo deben estar separados sino también, debe existir un equilibrio entre estos[29]. La separación de poderes se refleja en la CPR explícitamente al existir en ésta un capítulo específico para cada uno, Capítulo IV: Poder Ejecutivo (Presidente de la República y Gobierno); Capítulo V: Poder Legislativo (Congreso Nacional) y Capítulo VI: Poder Judicial.

En relación a la separación de poderes y el activismo judicial es precisamente, el Poder Judicial el que está en la mira, pues tal como postula Bordalí la función jurisdiccional es aquella que aplica frente a un caso concreto el mandato general del Poder Legislativo o la decisión jurídica que ha manifestado el ejecutivo[30]. Por tanto, no existiría cavidad alguna para que el Poder Judicial tome atribuciones de otro poder y ejecute en favor de su función jurisdiccional sobre materias que le corresponden a otro poder del Estado.

Tanto el art. 12 del COT como el art. 76 de la CPR son fundamentales para entender la prohibitiva intromisión del Poder Legislativo −Congreso− y del Poder Ejecutivo −Presidente de la República− en funciones judiciales. Lo anterior, representa otro aspecto que evidencia la separación de los poderes del Estado en Chile. Debe tenerse en cuenta así mismo, que existen ciertos órganos tal como corrobora el art. 19 nº 3 inc. 5 de la CPR que tienen función jurisdiccional y que son externos al Poder Judicial. Esto debido a que tal como afirma Bordalí, ejercer jurisdicción comprende a todos los tribunales establecidos legalmente que cumplen esa función, sean ordinarios o especiales, sin importar si pertenecen o no al Poder Judicial[31].

Se destaca que la presencia de la separación de poderes en la carta constitucional chilena es producto sin duda del tipo de Estado que tiene Chile, pues parte esencial de un Estado

[28] COING, 1982, p. 265.
[29] SOTO, 2018, p. 454.
[30] BORDALÍ, 2008, p. 187.
[31] BORDALÍ, 2008, p. 211.

Democrático es la presencia de una separación de los poderes estatales[32]. Por tanto, al ser Chile un país de esa índole no puede carecer del requisito de una separación de poderes y por ende, de una independencia judicial.

En relación al art. 78 de la CPR el cual manifiesta la forma en que son elegidos los jueces, ministros y fiscales judiciales –para estos efectos el enfoque está en la elección de los jueces– se hace necesario hacer referencia a la historia que hace posible la existencia hoy en día de este artículo.

El artículo que hoy es el nº 78, en su época de formación tenía el nº 83, así lo afirma la Sesión nº 255 del año 1976. Para la construcción de esta disposición normativa se ha dado a conocer la discusión de si es conveniente de que el Presidente de la Corte Suprema y el Ministro de Justicia sean partícipes de este proceso[33]. Pese a esta discusión, la sesión continúa.

En relación a lo anterior, don Jaime Guzmán expresa su indecisión frente a la existencia de este artículo en la Constitución que se está elaborando, pues para este es más conveniente que este artículo se encuentre estipulado únicamente en el COT[34]. Lo anterior debido a que este artículo tiene una extensión considerable, siendo que una Constitución debe contener de forma general, simplificada y breve todas las materias que se pretende que contenga[35].

Sin embargo, el señor Evans y Ovalle compartieron la idea de que existiera en la nueva carta fundamental el art. 83, pues creyeron que esto permitiría evidenciar la real independencia de los jueces, y por ende, del Poder Judicial. Lo anterior, terminaría manifestando las garantías que trae consigo el Poder Judicial y un Estado Democrático de Derecho[36]. Finalmente, el señor Ortúzar –Presidente de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile- aprueba la existencia del art. 83 en la CPR, sin necesidad de omitirlo por la mera presencia que tiene este artículo en el COT.

En cuanto a la realidad vivida durante la promulgación de todas las disposiciones normativas constitucionales mencionadas en los párrafos precedentes, se debe destacar sin duda alguna, la situación política-ideológica que vivía Chile en 1980. En Chile por esos años al igual que

[32] Ibíd., p. 186.
[33] Biblioteca del Congreso Nacional, 2010, p. 11.
[34] Ibíd., p. 12.
[35] Ibíd.
[36] Ibíd., pp. 13-14.

en otros países vecinos existía una fuerte Dictadura que irrumpió con la armonía y paz social que necesita todo Estado y por ello, toda sociedad. Pues el gobierno de turno impuso grandes arbitrariedades al restringir la libertad de expresión, de información y de reunión[37]. Provocando la Dictadura así, un desplazo de la CPR de 1925, siendo esta suplida por la nueva CPR de 1980 (la que posteriormente fue reformada en el año 2005). Constitución que fue aprobada con el 67% de los votos, pero que careció de todo tipo de medidas que asegurasen la validez y certeza de los votos, pues no existió padrón electoral[38].

La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (en adelante CENC) o comúnmente llamada "Comisión Ortúzar" fue la encargada de elaborar una nueva Constitución para Chile entre los años 1976 a 1980. La CENC se encargó en específico de elaborar el anteproyecto de la nueva Constitución, sin embargo, la Junta Miliar no la acogió en su totalidad, pues la presunta nueva Constitución fue revisada por el Consejo de Estado[39]. Lo anterior, evidencia el proceso por el que pasó la actual Constitución que se encuentra vigente hoy en día en Chile.

La dictadura que vivió Chile desde 1973 hasta 1990 fue sin duda el gran hecho histórico que permitió la elaboración de la nueva Constitución, y con ello, la formulación de nuevas disposiciones y decretos. Además de los evidentes cambios sociales en los que se vio envuelto este país.

II.- Relación entre el COT y la CPR.

El art. 12 del COT y el art. 76 de la CPR son totalmente vinculantes como se ha explicado en el apartado anterior, pues en ambos se manifiesta la independencia del Poder Judicial, lo que es evidencia clara de la separación de poderes y de la existencia de un Estado Democrático en Chile[40].

El art. 79 de la CPR y el art. 324 del COT presentan la posibilidad de que un juez sea responsable personalmente por la prevaricación de sus funciones, y con ello, de una incongruente administración de las funciones que se les fueron encomendadas. Lo anterior,

[37] Memoria Chilena s/f.
[38] Memoria Chilena s/f.
[39] MUÑOZ, 2007, p. 385. En igual sentido, Memoria Chilena s/f.
[40] BORDALÍ, 2008, p. 186.

visibiliza la posible sanción que podrían contraer ciertos dictadores de justicia si cometen actitudes activistas al fallar frente a un caso concreto. Permitiendo así, que sean juzgados al igual que cualquier civil, sin embargo, existen ciertas excepciones que evidencian que no todos los jueces podrán ser responsables y castigados como se debería[41].

Los preceptos normativos expuestos en el párrafo precedente dan impulso a que los jueces respondan frente a ciertas incongruencias o a torcidas administraciones de justicia. Sin embargo, quedan excluidos de esto los ministros de la Corte Suprema (en adelante CS), así lo indica el art. 79 de la CPR y el art. 324 del COT. En relación a lo anterior, será la ley quien se encargará de determinar el modo en qué se hará efectiva la posible responsabilidad de los ministros de la CS[42]. Lo anterior según Felipe Caballero *a priori* estaría irrumpiendo con el principio de igualdad ante la ley en materia de aplicación de la Ley Penal[43]. Esto debido en gran parte a la honorabilidad que posee la CS y por ende, sus miembros. Salvaguardar el prestigio y el de sus decisiones de la CS es de los aspectos más preciados a nivel social, político y jurídico[44].

En fin, tanto el art. 79 de la CPR como el art. 324 del COT ponen en evidencia la posibilidad de que los jueces estén en la mira al realizar funciones que no vayan en relación con sus potestades ya reglamentadas. Por ende, incurrir en un acto activista constituye una fuente que sustenta la posible responsabilidad personal del juez. Lo anterior, permite evidenciar que en su mayoría los jueces no quedan ajenos a ser juzgados al quebrantar la normativa legal al igual que el común de los civiles.

El COT fue promulgado y publicado en el año 1943 por el Presidente de la época don Juan Antonio Ríos y el Ministro de Justicia don Óscar Gajardo. En el inicio del COT se manifiesta que el 19 de agosto de 1942 el gobierno pidió a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile que refundarán en un único documento tanto la Ley de

[41] CABALLERO, 2005, p. 1.
[42] Constitución Política de la República, 2005, art. 79. En igual sentido, Código Orgánico de Tribunales, 1943, art. 324.
[43] CABALLERO, 2005, p. 1.
[44] Ibíd.

Organización y Atribución de los Tribunales (1875) como aquellas leyes que en concordancia con el art. 32 de la Ley Nº 7200 han servido para modificarla[45].

Para lograr el cometido encomendado por el gobierno de don Juan Antonio Ríos, se configuró el 4 de septiembre de 1942 una comisión encargada de realizar tales funciones. La cual se conformó por don Fernando Alessandri, Humberto Trucco, Darío Benavente, Manuel Urrutia, Alberto Echavarría, Jaime Galté, Luis Varas, Víctor García y don Patricio Aylwin. Gracias al arduo trabajo de estos se terminó con el cometido y con ello, se refundieron las leyes mencionadas creando así el COT[46].

Pese a lo anterior, el texto refundido por tales personajes, debió pasar por una revisión la cual la hizo el Ministerio de Justicia encabezado por don Oscar Gajardo. Finalmente, tanto el Ministro de Justicia como el Presidente de la República tuvieron por aprobado tal COT el 15 de junio de 1943.

III.- Reflexión.

La Dictadura fue el acontecimiento clave para la facilitación de la creación de una nueva CPR (en gran parte por el tipo de gobierno que estaba viviendo Chile). Lo llamativo de esta nueva carta fundamental viene dada por la idea que englobo −totalmente opuesta a la arbitrariedad y autoritarismo del gobierno emergente de la época− en la que se promueve una separación de poderes y con ello, la independencia del Poder Judicial, evidenciando así la postulación de un Estado Democrático. La independencia de los jueces trae consigo libertad como así mismo, restricción ante el ejercicio de sus facultades. Los jueces en general son sujetos a controles o fiscalizaciones que permiten que sean posteriormente enjuiciados y responsables frente a la realización de actos que no corresponden con sus potestades atribuidas. Lo que impide que se ejerza un gobierno de los jueces.

En relación a la creación del COT, se deja en evidencia por qué se encomendó refundir ciertas leyes. Lo cierto es que al englobar en un solo documento −COT− todas las leyes y disposiciones que versan sobre el Poder Judicial y su administración se admite la real eficiencia que conlleva ello para un futuro, además de la economía temporal que trae como

[45] Código Orgánico de Tribunales, 1943.
[46] Ibíd.

consecuencia. El hecho de que todo lo necesario para reglamentar el Poder Judicial se encuentre en un solo documento favorece sin duda tanto al tiempo como a la facilidad para encontrar ciertas disposiciones, así lo ha dejado entrever las palabras de Arturo Alessandri en las primeras dos páginas del COT.

Tanto la CPR como el COT son fuentes vivientes de que el activismo judicial es un acto que no está reglamentado, es más, que se trata de evitar −en su mayoría por la incompatibilidad con el tipo de Estado presente en Chile−, así lo han rectificado diversos preceptos que se han mencionado con anterioridad. Además de los aspectos históricos vividos en las épocas en que fueron promulgados ambos textos legales normativos; entender el contexto histórico vivido en los años en que un texto institucional es promulgado y publicado es fundamental para comprender el fin que se quería conseguir con el mismo[47]. Lo que permite evidenciar qué pensaba la sociedad de la época como también, las medidas que estaba dispuesto a tomar el gobierno y el Estado frente a una interrogante.

Derecho Comparado

El estudio del derecho comparado es muy relevante a la hora de verificar si en otros países igualmente se presenta un gobierno de los jueces. Así mismo, Pizzorusso afirma que es bastante extraño que un ordenamiento jurídico por su propio mérito y trabajo determine ciertas disposiciones normativas o estipule las funciones de los órganos que lo constituyen, debido a que por lo general todo esto nace a partir de una fusión de influencias de distintos países[48]. Por ende, que en Chile se presente el activismo judicial no es sinónimo de que en otros países del mundo no se practique este, sino todo lo contrario, muchos son los países que también ejercen prácticas activistas.

I.- Argentina y el Activismo Judicial.

Argentina no ha estado ajeno a las prácticas activistas en que han incurrido sus jueces, a pesar de que son escasos los casos que se conocen, no dejan de existir. Lo que ha quedado evidenciado en la sentencia Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 1 de julio del año 2000.

[47] COING, 1982, p. 265.
[48] PIZZORUSSO, 1987, p.85.

En la ya mencionada sentencia, la CS de Justicia de la Nación actuó en función de justicia social ante el reclamo social emergente. El estado negó el cumplimiento de lo estipulado en la Ley Nacional del Sida −Nº 23.798− en relación la entrega de medicamentos que permiten tratar esta enfermedad de trasmisión sexual[49]. Pese a ello, tanto el Congreso Nacional como la propia CS de Justicia de la Nación están a favor de que se les sea entregado a los enfermos tal medicamento, independiente de la oposición estatal, pues el país está sujeto a ciertos tratados internacionales (PIDESC[50], CADH[51] y ICCPR[52]) que deben ser cumplidos[53]. Es por ello, que se termina fallando en favor de la Asociación Benghalensis, por tanto, el Estado debe hacer entrega de los medicamentos y no puede desconocer la dictación de este fallo.

La evidencia de activismo judicial se presenta claramente al intensificar las garantías en el derecho a la salud[54]. Lo anterior, trae consigo un mayor alcance a la equidad social, pues los medicamentos a los que está obligado el gobierno a entregar deben ser distribuidos en los hospitales públicos. Por tanto, la negativa de conferir estos medicamentos vulnera en mayor parte a las clases sociales de los estratos más bajos, es decir, a los más vulnerables de la población[55]. Lo que evidencia, que la CS de Justicia de la Nación falló en favor de la sociedad, generalizando y no individualizando a él o los personajes beneficiarios, lo que termina ejecutando así un gobierno de los jueces.

II.- Colombia y el Activismo Judicial.

Colombia dentro de América Latina tiene uno de los índices más altos de presencia de activismo judicial en sus tribunales, esto debido a que, los casos en que existe presencia de activismo no dejan de ser exorbitantes a comparación con otros países de América Latina como Argentina o Chile.

Lo anterior, en gran medida debido a que la protección de derechos sociales frente a los civiles y políticos suelen ser más progresista[56] y también, excepcionales (se supone). Así

[49] ABRAMOVICH y PAUTASSI, 2008, p. 271.
[50] Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
[51] Convención Americana sobre Derechos Humanos.
[52] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
[53] ABRAMOVICH y PAUTASSI, 2008, p. 271.
[54] Ibíd., p. 261.
[55] Ibíd., p. 274.
[56] SAFFON y GARCÍA-VILLEGAS, 2011, pp. 89-90.

mismo, ha sido demostrado por el estudio realizado por María Paula Saffon y Mauricio García-Villegas en el que se estima que entre 1992 y 2006, un 55% de los casos versan sobre derechos sociales, dentro de los cuales un 66% de estos se les ha concedido la protección solicitada[57]. Por tanto, se evidencia que las Cortes de Justicias de Colombia más que pronunciarse excepcionalmente frente a derechos sociales, fallan en más del 50% de los casos en relación a derechos de esta índole, demostrando así una práctica más sistemática[58] que excepcional. Por ende, hay mayor campo para que los jueces ejerzan su propio gobierno.

La sentencia T-760 emanada de la Corte Constitucional el 31 de Julio de 2008 presenta un fuerte y evidente activismo judicial, pues en ella se demuestra la recopilación de variados casos en los que se ha intentado proteger el derecho a la salud -como derecho social- establecido en el art. 49 de la Constitución Política de Colombia. Ante lo cual, la Corte Constitucional ha estimado que el derecho a la salud más que un simple derecho social constituye un derecho fundamental[59]. Lo que permitió que los casos que versan sobre aquella área sean mucho mayores que en los años anteriores. Igualmente, el mismo tribunal ha solicitado al Estado que este se encargue de realizar las mejoras necesarias y suficientes para que el derecho a la salud actué como un derecho fundamental autónomo, mejorando así el sistema político público de salud del país[60].

La mencionada sentencia manifiesta el gran conflicto que ha tenido el derecho a la salud con la modificación que le hizo la Ley 100 de 1993. Con ella se pretendía mejorar igualmente el sistema de salud, sin embargo, al incorporar aseguradoras, y un sistema de salud privado −además del público− termino evidenciándose que el campo de salud privado gestionaba de mejor forma las prestaciones de salud[61]. Lo que permite poner en la mira el aumento de desigualdad social, aspecto totalmente diferente al que se tenía planeado inicialmente al promulgar esta ley.

La sentencia T-60 sin duda tuvo el propósito de que la accesibilidad al sistema de salud y la protección del mismo derecho sea más equitativa[62], indicando los cambios que eran

[57] Ibíd., p. 90.
[58] Ibíd., p. 91.
[59] Ibíd., p. 98.
[60] Ibíd., p. 99. En igual sentido, PARRA-VERA y YAMIN, 2013, p. 2611.
[61] PARRA-VERA y YAMIN, 2013, p. 2599.
[62] Ibíd., p. 2592.

necesarios y fundamentales a los que debía someterse el sistema. Lo que demuestra, el actuar activista de la Corte Constitucional al solicitar reformas al sistema de salud y renombrar el derecho a la salud como uno fundamental y autónomo. Así mismo, manifiesta el poder que tiene tal tribunal para exigir cambios al sistema y al Gobierno, generando de tal forma que se ejerza un innegable gobierno de los jueces.

Por último, cabe manifestar la reacción que tuvo esta polémica sentencia, pues al tratar de generar un equilibrio y luchar contra la desigualdad social en el ámbito de la salud, terminó dejando al Estado en una crisis económica importante[63]. Lo anterior, debido a las altas sumas de dinero que tuvo que desembolsar el gobierno para implementar lo fallado por la Corte Constitucional. Así mismo, el Presidente de la época −diciembre de 2009− don Álvaro Uribe no tuvo otra opción que declarar estado de excepción social, pues la sentencia T-760 de julio de 2008 estaba amenazando fuertemente con quebrar el sistema de salud vigente[64].

III.- Ecuador y el Activismo Judicial.

Ecuador no se ha quedado atrás frente a las prácticas activistas, pues al igual que el resto de países que ya se han analizado, Ecuador efectivamente posee sentencias que han dado que hablar debido al supuesto gobierno de los jueces presentes en ellas.

Tal como afirma Nelson Rea en Ecuador existe un gran campo reconocedor de derechos y garantías al ciudadano, lo que a pesar de traer grandes beneficios, también pretende evidenciar la falta de limitaciones que tienen los jueces a la hora de fallar[65]. Lo que termina manifestando sin duda alguna, la presencia de diferentes fallos en que existiría un presunto gobierno de los jueces. Lo anterior, a pesar de que las junciones judiciales están estrictamente estipuladas tanto en la Constitución de Ecuador como el Código Orgánico de la Función Judicial[66].

En la sentencia 020-10-SEP-CC de la Corte Constitucional de Ecuador se produce algo bastante peculiar. Esta sentencia más que manifestar un caso concreto de activismo judicial, el juez lo que hace es dejar entrever de forma expresa −considerando décimo− que el juez de

[63] PARRA-VERA y YAMIN, 2013, p. 2618.
[64] Ibíd.
[65] REA, 2013, p. 1.
[66] Ibíd., p. 43.

la sentencia 1353-2008 debió haber tomado prácticas activistas, no quedándose únicamente con lo presentado en la etapa probatoria del juicio[67]. Lo anterior, pone en manifiesto un actuar bastante singular, pues por regla general a nivel internacional y doctrinario –como se indicó en la presentación del problema de este trabajo– se ha entendido que el gobierno de los jueces debe limitarse, y estos deben únicamente regirse a lo que digan las disposiciones normativas. Aspecto que es totalmente contrario a lo expuesto por el Juez de la Corte Constitucional de Ecuador.

Concretamente en relación al caso 1353-2008 en esta sentencia se falla indicando que debido a que no se otorgó el domicilio correcto del demandado –Compañía Vial Fabara– por presunto desconocimiento que tenía el actor –Olympus S.A.– sobre este, se procedió a notificar por prensa[68]. Dando paso así, a que se continúe con el juicio pero sin la presencia del demando. El demandado en 2010 presenta una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional de Ecuador, con el fin de manifestar los vicios que tuvo la sentencia en la que no estuvo presencialmente.

La Corte Constitucional de Ecuador efectivamente acoge la acción interpuesta por el demandado de la sentencia 1353-2008, indicando la ineficaz y el carente ejercicio del juez de aquella sentencia, al no investigar más allá de lo presentado en la etapa probatoria. El juez de la Corte Constitucional manifiesta que el juez de la causa ya mencionada no debió bastarse de la mera confesión que hizo el demandante del caso, sino que debió indagar a mayor profundidad para no caer en un vicio al debido proceso[69].

El caso anteriormente presentado, evidencia un claro llamado a que los jueces sobrepasen sus funciones establecidas en la Constitución y Código Orgánico de la Función Judicial. Permitiéndose así, investigar a mayor profundidad cada caso concreto, y no comportándose como un mero árbitro neutral que dirige el proceso[70].

Otro caso interesante sobre la aplicación misma de activismo judicial en los tribunales de Ecuador es la sentencia 2009-0883 del Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha. En esta sentencia existe un claro activismo judicial pues ante el carente resguardo al derecho

[67] Ibíd., p. 76.
[68] Ibíd., p. 72.
[69] Ibíd., p. 76.
[70] REA, 2013, p. 76.

a la salud estipulado en el art. 32 de la Constitución de ese país. La demandante doña María Lorena Caicedo Castro quien era residente en un Centro de Rehabilitación Social por tenencia de drogas, indicó que fue juzgada y discriminada al momento de asistir al hospital por dolores en el útero[71]. Lo que evidencia una infracción al art. 11 nº 3 de la Constitución de Ecuador. La demandante afirma no haber recibido los cuidados y tratamientos correctos para poder mejorar su salud, e incluso que tuvo que pagar con su propio dinero los costos de tal situación[72].

Frente a lo anterior, el hospital indica que no existió ningún tipo de discriminación en el trato, ni que se le negó el derecho a la salud. El Juzgado termina fallando a favor de la demandante, y motiva su fallo solicitando al Consejo Nacional de Rehabilitación Social en conjunto con el Ministerio de Salud que se elaboren una política en favor de la salud de las personas que están privadas de libertad[73]. Lo anterior, deja claro el activismo judicial en el que incurrió el juez, pues utilizó su posición judicial para ejecutar justicia social, debido a que no sólo falla en conformidad al caso concreto. Sino que, solicita la elaboración de una nueva política de salud para mejorar el resguardo a los derechos de quienes estén privados de libertad, incluyendo así, a todas las personas de ese medio. Lo que termina manifestado un evidente gobierno de los jueces.

IV.- Reflexión.

No cabe duda de que el activismo judicial no deja de ser un mecanismo altamente vago, debido a la carencia de claridad en sus contornos. Chile no es el único país que sufre de este mal, sino que también la actitud activista es un tema conflictivo en muchos países latinoamericanos, pues identificar cuándo una sentencia es activista es una discusión tanto jurídica como doctrinal. Por lo que bastante extraño sería que siempre se esté de acuerdo en declarar como activista una sentencia, es más, la improbabilidad de que ello ocurra es bastante más alta de lo que se pensaría.

El análisis de países como Colombia, Argentina y Ecuador permite evidenciar que el activismo judicial no es algo concurrente sólo en Chile, sino que sucede en la mayoría por

[71] VELASCO, 2013, p. 79.
[72] Ibíd.
[73] Ibíd., p .81.

no decir todos los países tanto de Latinoamérica como del mundo. Por tanto, desconocer o hacer la vista gorda es simplemente un acto ajeno ante la desinformación y el carente análisis que se hace al sistema judicial. No debe causar extrañeza ni sorpresa la presencia de activismo judicial en Chile, ni mucho menos verlo como un aspecto inconexo con nuestro sistema –que en verdad lo es- pero que sea incongruente no significa que no ocurra, y que suceda no significa que sólo pasa en territorio Chileno.

En fin, el gobierno de los jueces sucede en muchos países del mundo −a pesar de ser muchas veces rechazado por los sistemas jurídicos establecidos en los mismos− quizás en algunos es más sigiloso que en otros, pero en la mayoría de los países ha existido o bien existen prácticas activistas. Por tanto, el activismo no es un mal chileno sino mundial.

Estudios Críticos

El activismo judicial no sólo tiene cavidad en materia de derecho, sino también influye en otras áreas como lo es la psicología, así lo ha dejado entrever Javier Corredor-Aristizábal en su artículo "Crítica y empírica: el rol de la psicología en el cambio social"[74]. Además de estar vigorosamente presente en la sociología el activismo judicial, área que será expuesta en esta ocasión.

I.- Sociología y el Activismo Judicial.

El estudio de cómo se comporta el activismo desde una mirada sociológica tiene gran relevancia pues esta constituye un elemento extremadamente arraigado al hombre, y por ende a la sociedad. La sociología afecta los intereses de quienes componen la sociedad, llegando incluso, a ser vital su existencia[75]. Es por ello, que el activismo judicial al tener como objeto gestionar una justicia social[76], logra evidenciar una estrecha relación con la sociología.

En relación al ámbito sociológico, la sociedad se ha constituido como el factor primordial del por qué los jueces actúan activistamente. Lo anterior, debido a que con los años la sociedad se ha vuelto cada vez más demandante y peticionante en relación a los derechos constitucionales[77]. Lo que ha sido de gran influencia en el presunto gobierno de los jueces.

[74] CORREDOR-ARISTIZÁBAL, 2010, p. 241.
[75] BOURDIEU, 2003, p. 8.
[76] AGUILAR *et al*., 2015, p. 392.
[77] MARANIELLO, 2012, p. 51.

Así mismo, tal como afirma Maraniello el activismo judicial debe buscar la forma de saciar las necesidades sociales[78], todo esto, con ayuda del Poder Judicial.

Las sociedades contemporáneas y por ende, modernas se han sujetado y sustentado del derecho a tener derecho[79] para fundamentar el funcionamiento activista de los jueces. Lo anterior, ha evidenciado la real importancia que ha ido adquiriendo con los años la sociedad en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, el rol de los jueces en los tribunales de justicia se ha visto dubitativo, pues a pesar de que su orgánica institucional tradicional no permite mecanismos activistas, los derechos constitucionales cada vez van adquiriendo mayor fuerza[80], lo que termina confundiendo las funciones de los supuestos gobernadores de justicia.

El activismo judicial al concentrar su interés más en una resolución justa que en contradecir un sistema jurídico[81], evidencia que para éste el bienestar común está por sobre lo que puede indicar explícitamente un sistema normativo. Por ende, los derechos constitucionales en conjunto con los principios tienen mayor relevancia que lo que estime un sistema[82], percatándose de tal forma que la satisfacción comunitaria y social es superior a lo que dictaminen las normas. Es por todo lo anteriormente expuesto, que la sociedad y por ende, la sociología juega un rol esencial al momento de analizar más detenidamente el activismo en el Poder Judicial.

William Koski al hablar del activismo judicial hace hincapié en el activismo social, pues ambos están totalmente relacionados. Koski es tajante al afirma que la justicia tiene la misión de realizar cambios sociales siempre cuando los políticos y la política en sí misma, se encuentren reticentes a ejercer una verdadera justicia[83]. Por ende, la sociedad constituye una pieza fundamental en que deben pensar los jueces al momento de fallar en un caso concreto.

La sociología toma partido igualmente en el activismo judicial al indicarse que es precisamente este quien permite que no se estanque el orden público y privado, pues la

[78] Ibíd., p. 49.
[79] Ibíd., p. 53.
[80] AGUILAR *et al*., 2015, p. 374.
[81] MARANIELLO, 2012, p. 54.
[82] Ibíd.
[83] MARANIELLO, 2012, p. 56.

inacción es el enemigo del activismo[84]. Por ende, el gobierno de los jueces colabora a que se resuelva son mayor celeridad los conflictos relacionados con la protección a los derechos constitucionales[85], velándose de tal forma en que un Estado se constituya en uno que este más alerta de satisfacer las necesidades de la sociedad.

El activismo judicial desde una perspectiva sociológica no deja de lado la sobrecarga a la que se ve sometida el Poder Judicial[86], y por ende, los distintos tribunales de justicia. Pues al ser los jueces –según el activismo judicial- los encargados ordenar la ejecución de ciertas políticas sociales y públicas[87] (siendo no está su función encomendada institucionalmente), los tribunales se ven sobrecargados de funciones que les competen a otros órganos. Todo lo anterior, con el único objeto de lograr una satisfacción social. Por ello, ¿hasta dónde llegan las funciones de los jueces?, ¿existen aquellos límites que la independencia del Poder Judicial se ha encargado de divulgar?

La sociología engloba dentro de su campo de análisis la desigualdad (aspecto que posee grandes índices en Latinoamérica), la que constituye un factor crucial a la hora de hablar del campo de aplicación del activismo judicial. La desigualdad es uno de los elementos que el activismo quiere reducir, y por ende, desplazar por medio de la igualdad[88], en donde esta última pretende ser su mejor aliado. Por ello, es de suma necesidad que exista una coincidencia entre este principio y la función judicial y legislativa, lo que debe ser consecuente con la democracia[89] y en especial, con el tipo de Estado por el que se rige un determinado país.

En relación al párrafo que precede, Marcelo Alegre manifiesta la interrogante que envuelve la desigualdad. Este indica que al existir en gran parte de Latinoamérica -por no decir en su totalidad- un Estado Democrático, del que se desprende -debido a su naturaleza- la idea de igualdad, cómo es posible la existencia de tan altas cifras de desigualdad. A lo que Alegre responde, que es la ideología[90] el factor crucial que responde esta interrogante. La ideología

[84] Ibíd., p. 63.
[85] Ibíd.
[86] GARCÍA y RODRÍGUEZ, 2003, p. 43.
[87] MARANIELLO, 2012, pp. 54-55.
[88] ALEGRE, 2007, p. 1.
[89] Ibíd., p. 15.
[90] Ibíd.

de los políticos es quien encabeza esta contradicción, pues no puede olvidarse que el igualitarismo es una ideología que se sustenta de una concepción política[91].

Del igualitarismo nace la idea de que los Estados deben satisfacer de la forma que mejor les parezca las necesidades de su sociedad[92], la que debe ser ejercida en conjunto con el Poder Legislativo[93]. Lo anterior, tiene gran relación con la misión del activismo judicial, la que conduce a ejecutar por parte de los jueces justicia social[94] cada vez que se aprecien desigualdades y discriminaciones de las que es objeto la sociedad, y de las cuales la política del país no se ha hecho cargo. Por ello, el estudio que conlleva la sociología está completamente ligado con la igualdad, desigualdad y activismo judicial.

El activismo judicial al pertenecer al derecho, no puede dejar de lado a la ciudadanía, y con ello, la protección de la misma. Pues según como afirma Pérez Lledó el derecho es partícipe en la elaboración y funcionamiento de las relaciones sociales[95], por tanto, entender su comportamiento es fundamental a la hora de ejercer un gobierno de los jueces. Igualmente, el comprender a la sociedad hace necesario indicar que son los jueces quienes en circunstancias de reclamo social se han manifestado[96] (por medio de las sentencias). Lo que no impide que con posterioridad las instituciones que conducen la política social y pública no ejerzan sus debidas funciones[97].

En fin, la sociedad constituye un elemento vital de un Estado[98] y como tal, también del funcionamiento judicial, por tanto, su existencia y la servicialidad que debe tener el Estado con ella es primordial. Desconocer la relación existente entre sociología y activismo judicial constituye un gran error, pues con el sólo hecho de investigar ambos campos se puede apreciar su innegable relación, a pesar de que ambas ramas –social y jurídico- son distintas[99].

[91] Ibíd., p. 4.
[92] Ibíd.
[93] Ibíd., p. 27.
[94] CORREDOR-ARISTIZÁBAL, 2010, p. 241.
[95] PÉREZ, 1996, pp. 92 y 98.
[96] MARANIELLO, 2012, p. 71.
[97] Ibíd.
[98] QUEZADA, 2017, p. 6.
[99] GARCÍA y RODRÍGUEZ, 2003, p. 154.

El activismo judicial va más allá de actuar concretamente frente a un caso, conlleva a ejercer una política futura que contribuya con el bienestar social del país[100].

II.- Reflexión.

El activismo judicial no sólo constituye parte del derecho, ni va dirigida únicamente al área jurídica de un ordenamiento. El activismo judicial puede apreciarse en distintas materias como lo es la psicología y la sociología, lo que no impide que existan otras áreas en las que puede ser partícipe y estar en el ojo del huracán. Lo anterior, debido a la vaguedad de la que adolece el activismo judicial. La poca concreción de sus límites y sus formas de aplicación son el gran desencadenante de que el activismo pueda ser analizado desde distintas materias de estudio.

La sociología es una rama que al estar extremadamente ligada al activismo judicial, permite evidenciar los beneficios que trae consigo el activismo en las decisiones de los jueces. No sólo mejora el bienestar de la persona que es parte del juicio, sino también, beneficia sin duda alguna a la sociedad misma. Lo anterior, debido a la propia esencia del activismo judicial, el cual ordena a mejorar o restaurar el sistema[101] –así se ha evidenciado en los casos de jurisprudencia citada- en el que está inmerso el Estado y por ende, sus ciudadanos.

La sociología es una rama del estudio del ser humano que permite demostrar los distintos factores en los que es posible que el activismo judicial interfiera para poder ejecutar una justicia social, una justicia que él estime como justa y correcta. Elementos como la igualdad, desigualdad, sociedad son factores que constituyen el activismo y que abren paso a que este sea ejercido por los tribunales de justicia. Como así mismo, la relación de estos elementos con el tipo de Estado que tenga cada país confabula en la elaboración y concreción de un activismo judicial, lo anterior, siempre velando y teniendo como prioridad el bienestar social.

Conclusión

El activismo judicial no ha dejado de ser un mecanismo y un concepto altamente incierto, más aún en la práctica, aunque la doctrina no ha estado ajena a esta incertidumbre. Identificar si el fallo de un juez se constituyó como un comportamiento activista es realmente difícil de

[100] Véase jurisprudencia citada a lo largo del trabajo.
[101] MARANIELLO, 2012, pp. 54-55.

verificar, a pesar de existir sentencias que evidencien su innegablemente aplicación. Lo anterior, debido a que a pesar de que el activismo judicial es un instrumento no reconocido en Chile y en la mayoría de los países, su aplicación por parte de los jueces no resulta inimaginable. Los jueces son seres humanos, con conciencia e ideales propios, por tanto, es lógico que en algún momento de su carrera ejerzan prácticas activistas, por lo que no hay porqué extrañarse de eso.

El reciente análisis a la historia del derecho y del activismo judicial en Chile ha resultado de gran ayuda para comprender que fue la Dictadura que se mantuvo en el país durante 17 años, y con ella, la elaboración y promulgación de la CPR de 1980 la que trajo consigo la negativa normativa de aplicar prácticas activistas en los tribunales del país. La CPR y el COT plantearon proteger al sistema jurídico de estos mecanismos, en gran parte por la incompatibilidad existente entre este y el Estado Democrático de Derecho presente en Chile. Pese a lo anterior, no puede negarse que efectivamente los tribunales de justicia han aplicado –en pocas ocasiones- el activismo judicial en sus resoluciones. Por tanto, tratar de eliminar de raíz el activismo –al no permitirse legalmente su existencia y aplicación- no constituye una práctica muy eficaz ni eficiente.

El activismo judicial se ha declarado evidente no sólo en Chile, sino en muchos países latinoamericanos y probablemente del mundo. Lo anterior, gracias a la jurisprudencia presentada a lo largo de este trabajo, por tanto, negar su existencia y concurrencia resulta un error garrafal. Afirmar la inexistencia de activismo judicial es caer inocentemente en una desinformación en cuanto a la indagación del sistema prexistente en un país determinado. Por ello, el activismo judicial no es una epidemia que se debe únicamente exterminar, sino que debe entenderse y aprender a convivir con él en el mundo jurídico.

Desde un comienzo se manifestó que no se calificaría concretamente si el activismo es o no la forma correcta de ejercer justicia, pues tal como señala Maraniello, el activismo en su totalidad no es bueno ni del todo es malo[102]. Por ello, se hace de suma importancia dejar en claro que el activismo -como se ha demostrado- no convive armónicamente con cualquier

[102] MARANIELLO, 2012, p. 47.

tipo de Estado, y por esto, no fue menester de este trabajo identificar si su uso es correcto o no, sino plasmar sus diferentes aristas para comprenderlo de la mejor forma posible.

Muchos han sido los autores que han afirmado los peligros que conllevan las prácticas activistas en el interior del Poder Judicial, y más estrictamente, en el actuar de los jueces en los tribunales de justicia. Sin embargo, ¿será realmente atentatorio el activismo judicial en un Estado Democrático? lo cierto es que no, pues no se pueden negar los contras que puede traer consigo el activismo judicial, como lo es al evidenciar la ineficiencia de un Estado y por ende, de un gobierno. Tal como trae consigo elementos que podrían denigrar el honor de un Estado, igualmente trae beneficios, pues tal como afirma Alegre, el activismo judicial es capaz de fortalecer la democracia[103] al proteger de sobremanera los derechos constitucionales, brindándole así mismo, seguridad a los ciudadanos.

Por todo lo anteriormente expuesto, catalogar al activismo judicial como un mecanismo bueno o malo no es la solución, sino que comprender sus distintas aristas y perspectivas es lo fundamental para que un sistema jurídico-político sea eficiente y eficaz. No todo es blanco o negro, existen matices que permiten que un ordenamiento y por ende, una sociedad sean compatibles, lo que consiente en la satisfacción de ambos. Siendo esta última, la misión a la que debe aspirar un Estado.

[103] ALEGRE, 2012, p. 27.

Bibliografía

Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura, 2008: "El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos sobre el activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina", *Revista Salud Colectiva (Buenos Aires)*, volumen IV, nº 3.

Aguilar, Gonzalo *et al*, 2015: "Equidad, inclusión social y democracia: Una respuesta crítica a los argumentos en contra del activismo judicial", *Estudio Constitucionales (Talca)*, volumen XIII, nº 1.

Alegre, Marcelo, 2007: *El derecho a la igualdad: Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires: Lexis Nexis.

Álvarez Martínez, Valezca Nicole, 2015: *Análisis del Activismo Judicial en Chile a propósito de la incorporación del recurso extraordinario contenido en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Disponible en http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2015/fja473p/doc/fja473p.pdf

Atienza, Manuel, 2012: *El Sentido del Derecho*, Barcelona: Ariel Derecho.

Biblioteca del Congreso Nacional (2010). Historia de la Ley Constitución Política de la República Artículo 78 "Nombramiento de ministros, fiscales judiciales y jueces letrados del Poder Judicial". Recuperado el 07.07.2020 de file:///C:/Users/Administrador/Downloads/HLArt78CPR%20(1).pdf

Bordalí Salamanca, Andrés, 2008: "La Doctrina de la Separación de Poderes y el Poder Judicial en Chile", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, volumen XXX.

Bourdieu, Pierre, 2003: *Cuestiones de sociología*, (trad.) Enrique Martín Criado, Madrid, Ediciones Istmo, S.A.

Caballero Brun, Felipe, 2005: "El artículo 324 del Código Orgánico de Tribunales y el Principio de Igualdad en el ordenamiento jurídico Chileno", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XVIII, nº 2. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-09502005000200007&script=sci_arttext [Fecha de consulta: 21.07.2020].

Calsamiglia, Alberto, 1986: *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona: Ariel Derecho.

Causo, Javier, 2004: "Consolidación democrática y Poder Judicial: Los riesgos de la judicialización de la política", *Revista de Ciencia Política,* volumen XIV, nº 2. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-090X2004000200002&script=sci_arttext&tlng=en [Fecha de consulta: 23.05.2020].

Coing, Helmut, 1982: "Historia del Derecho y Dogmática Jurídica", *Revista Chilena de Derecho,* volumen IX.

Corredor-Aristizábal, Javier, 2010: "Crítica y empírica: el rol de la psicología en el cambio social", *Revista Colombiana de Psicología,* volumen XIX, nº 2.

Feoli, Marco, 2015: "El nuevo protagonismo de los jueces: Una propuesta para el análisis del activismo judicial", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, volumen XXII, nº 2.

García, José Francisco y Verdugo, Sergio, 2013: *Activismo Judicial en Chile ¿Hacia el gobierno de los jueces?*, (1era edición), Santiago de Chile: Editorial Libertad y Desarrollo.

García, José Francisco y Verdugo, Sergio, 2012: "De los Principios Constitucionales al activismo judicial. El voto de minoría en el caso "Municipalidad de Pucón", en Arturo Fermandois (editor), *Sentencias Destacadas 2012. Una Mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*, Santiago de Chile.

García, Mauricio y Rodríguez, César, 2003: *Derecho y Sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos,* Bogotá: Ediciones Antropos Ltda.

Maraniello, Patricio, 2012: "El Activismo Judicial una herramienta de protección constitucional", *Revista de Ciencias Sociales (México),* volumen VI, nº 32.

Memoria Chilena (sin fecha). *Augusto Pinochet Ugarte (1915-2006): Constitución Política*. Recuperado el 21.07.2020 de: http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-92403.html

Muñoz León, Fernando, 2007: "La Interpretación Originalista de nuestra Consitución: ¿es posible y deseable?", *Revista de Derecho Público*, volumen LXIX.

Parra-Vera, Oscar y Yamin, Alicia Ely, 2013: *La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: Retos y Oportunidades para la Justicia Dialógica*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Peña González, Carlos, 2019: "Los peligro del Activismo Judicial", *Revista del Abogado*, volumen LXXV.

Pérez Lledó, Juan, 1996: "Teoría Crítica del Derecho", en Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta San Miguel (editores), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, pp. 87-102.

Pizzorusso, Alessandro, 1987: *La Comparación Jurídica*, Barcelona: Ariel Derecho, S.A.

Quezada, Linda Paz, 2017: "La sociedad y sus elementos: Una aproximación al pensamiento de Rafael Alvira sobre los elementos que configuran una sociedad", *Revista Auctoritas Prudentium*, volumen IX, nº 17.

Rea Lozano, Nelson, 2013: *Análisis de Doctrinas Procesales: Activismo Judicial o Garantismo Procesal y su aplicación en la Administración de Justicia en el Ecuador*. Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República. Disponible en http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/108/1/UDLA-EC-TAB-2013-56.pdf

Schauer, Frederick, 2013: *Pensar como Abogado: una nueva introducción al razonamiento jurídico*. Madrid: Marcial Pons.

Saffon, María Paula y García-Villegas, Mauricio, 2011: "Derechos Sociales y Activismo Judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en Derechos Sociales en Colombia", *Revista Estudios Socio-Jurídicos (Bogotá)*, volumen XIII, nº 1.

Soto Velasco, Sebastián, 2018: "La vieja y la nueva Separación de Poderes en relación al Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo", *Revista Estudios Constitucionales*, volumen XVI, nº 2.

Squella, A., Atria, F., Bordalí, A., Zatapa, P., Vargas, J.E., Horvitz, M.I., Navarro, E., Jacques, M., Quintana, R., 2007: *La Judicatura como Organización*, (edits. J. Couso y F. Atria), Santiago de Chile: Editorial Expansiva e Instituto de Estudios Judiciales.

Uprimny Yepes, Rodrigo, 2007: "Judicialización de la Política en Colombia: Casos, Potencialidades y Riesgos", *Revista Internacional de Derechos Humanos*, volumen IV, nº 6.

Velasco Mancheno, María Consuelo, 2013: *Análisis Comparativo del Activismo Judicial en Estados Unidos de América y Ecuador*. Disertación previa a la obtención del título de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Disponible en http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/5903/T-PUCE-6061.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Zúñiga Urbina, Francisco, 2011: "Judicatura y Activismo Judicial", *Revista de Derecho Público*, volumen LXXIII.

Jurisprudencia

Nacional.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 04 de mayo de 2006, rol 2097-2006.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 26 de diciembre de 2006, rol 541-2006.

Corte Suprema, sentencia de fecha 22 de junio de 2009, rol 1219-2009.

Corte Suprema, sentencia de fecha 27 de julio de 2010, rol 6383-2008.

Corte Suprema, sentencia de fecha 30 de mayo de 2012, rol 1785-2012.

Cuarto Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, sentencia de fecha 15 de agosto de 2012, rit O-150-2012.

Corte Suprema, sentencia de fecha 28 de agosto de 2012, rol 1960-2012.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 19 de noviembre de 2012, rol 2384-2012.

Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de fecha 06 de marzo de 2014, rol 63-2014.

Corte Suprema, sentencia de fecha 12 de junio de 2017, rol 6462-2017.

Corte Suprema, sentencia de fecha 26 de abril de 2018, rol 5076-2018.

Corte Suprema, sentencia de fecha 05 de diciembre de 2019, rol 30.716-2019.

Extranjera

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Argentina, sentencia Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986, A. 186. XXXIV. 01 de junio de 2000.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia de fecha 31 de julio de 2008, rol T-760.

Juzgado Cuarto de lo Civil de Pichincha, sentencia de fecha 1 de junio del 2009, rol 1353-2008.

Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha, sentencia rol 2009-0883.

Corte Constitucional de Ecuador, sentencia de fecha 11 de mayo de 2010, rol 020-10-SEP-CC.

Normativa

Código Orgánico de Tribunales, publicado con fecha 15 de julio de 1943.

Ley Nacional de Sida Nº 23.798, publicado con fecha 14 de septiembre de 1990.

Constitución Política de Colombia, publicado con fecha 04 de julio de 1991.

Ley 100, publicado con fecha 23 de diciembre de 1993.

Constitución Política de la República de Chile, publicada con fecha 22 de septiembre de 2005.

Decreto con Fuerza de Ley 1, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley Nº2.763, de 1979 y de las Leyes Nº18.933 y Nº18.469, publicado con fecha 24 de abril de 2006.

Constitución de la República de Ecuador, publicado con fecha 20 de octubre de 2008.

Código Orgánico de la Función Judicial, publicado con fecha 09 de marzo de 2009.