



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Escuela de Posgrado

Magíster en Derecho

**EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN
CONTEXTO DE EMERGENCIA SANITARIA**

**Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho
con mención en Derecho Público**

PAULO COLLANTES BONILLA

PROFESOR GUÍA: DR. LUIS CORDERO VEGA

Santiago, Chile

Marzo de 2024

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I: ADMINISTRACIÓN Y EMERGENCIA	10
1. EL ACTO ADMINISTRATIVO	12
1.1 Concepto de acto administrativo.....	12
1.2 Tipología de los actos administrativos	14
1.2.1 Actos administrativos terminales y de trámite	14
1.2.2 Actos administrativos reglados y discrecionales	15
1.3 La discrecionalidad y las cuestiones técnicas.....	18
2. CONCEPTUALIZANDO LA EMERGENCIA	19
3. EL DERECHO DE EXCEPCIÓN, LA LEGALIDAD Y LA EMERGENCIA	21
3.1 Legalidad del acto administrativo de emergencia	23
3.1.1 Carta Internacional de Derechos Humanos	24
3.1.2 Reglamento Sanitario Internacional	25
3.1.3 Constitución Política de la República.....	25
3.1.4 Ley de Sismos y Catástrofes	28
3.1.5 Código Sanitario	29
3.1.6 Alerta Sanitaria	30
4. LOS DISPOSITIVOS LEGALES Y ADMINISTRATIVOS DE EMERGENCIA	31
4.1 Medidas de orden económico y tributarias	31
4.2 Medidas de modificación de competencias	34
4.3 Medidas de orden sanitario	37
5. ACTO ADMINISTRATIVO DE EMERGENCIA EN LA PANDEMIA DEL COVID-19: EL PLAN PASO A PASO	38
5.1 Motivación del acto.....	38
5.2 El Plan Paso a Paso y el pase de movilidad	40
5.3 Técnica regulatoria contra la pandemia: el <i>nudge</i> y la arquitectura de la decisión	41
5.4 Críticas a esta modalidad de intervención	45
6. SÍNTESIS DEL CAPÍTULO	46
CAPÍTULO II: CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE EMERGENCIA	48
1. FORMAS QUE ADOPTA EL CONTROL PÚBLICO	48
1.1 Antecedentes históricos del control judicial de la actividad administrativa	50

2.	MODELOS DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA.....	51
2.1	Contencioso objetivo y subjetivo.....	51
2.2	Competencia general y especializada	52
3.	EL SISTEMA CHILENO DE CONTROL JUDICIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO	53
4.	DIFICULTADES QUE ENFRENTA EL CONTROL JUDICIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE EMERGENCIA	55
4.1	Ausencia del contencioso-administrativo general	55
4.2	Dispersión de procedimientos judiciales	56
4.3	Deferencia judicial	57
5.	EL RECURSO DE PROTECCIÓN COMO SUSTITUTO DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	59
5.1	El recurso de protección frente al decreto supremo.....	62
6.	SÍNTESIS DEL CAPÍTULO	64
	CAPÍTULO III: JURISPRUDENCIA: CONTROL JUDICIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA EMERGENCIA DEL COVID-19.....	66
1.	LIBERTAD DE CULTO: CASOS “MISA DOMINICAL”	67
1.1	“Jara Sepúlveda con Muñoz Uribe”	67
1.1.1	Síntesis del caso	67
1.1.2	Fundamentos de la sentencia.....	69
1.2	“Vargas con Paris”.....	70
1.2.1	Síntesis del caso	70
1.2.2	Fundamentos de la sentencia.....	71
1.3	“Andaur Vignolo y otros con Ministro de Salud”	74
1.3.1	Síntesis del caso	74
1.3.2	Fundamentos de la sentencia.....	75
1.4	Consideraciones sobre “Misa dominical” y derecho a la libertad de culto .	77
2.	DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY: CASO “LIBRERÍA”	81
2.1	Consideraciones sobre el caso “Librería” y la igualdad ante la ley.....	85
3.	DERECHO A LA SALUD Y BIEN COMÚN: “CASTRO OÑATE Y OTROS CON MINISTERIO DE SALUD”	86
3.1	Síntesis del caso	87
3.2	Fundamentos de la sentencia.....	88
3.3	Aplicación del test de proporcionalidad.....	90
	CONCLUSIONES.....	95
	BIBLIOGRAFÍA.....	99

A Nicol; por todo su amor, apoyo y comprensión.

“La historia de la reducción de estas inmunidades, de esta constante resistencia que la Administración ha opuesto a la exigencia de un control judicial plenario de sus actos mediante la constitución de reductos exentos y no fiscalizables de su propia actuación, podemos decir que es, en general, la historia misma del Derecho Administrativo.”

- Eduardo García De Enterría

“Of course we are not scientists, but neither may we abandon the field when government officials with experts in tow seek to infringe a constitutionally protected liberty.”

- Corte Suprema de EE.UU. en “South Bay United Pentecostal Church vs. Newsom”

INTRODUCCIÓN

El 5 de mayo de 2023 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró terminada la pandemia provocada por el virus del SARS-CoV-2 (en adelante COVID-19). Esta declaración puso fin a una situación de emergencia que se prolongó por más de 3 años y que implicó la implementación de una serie de medidas legales y administrativas excepcionales tanto a nivel nacional como global.

La pandemia del COVID-19 desató en los Estados una urgencia sin precedentes para contener y combatir la enfermedad, especialmente a partir del 11 de marzo de 2020 cuando la OMS declaró que la situación había transitado desde una epidemia a una pandemia¹. Para aquel entonces Chile se había aprontado a tomar medidas aún más drásticas de las que se venían preparando desde febrero de ese mismo año, cuando se dictó la primera Alerta Sanitaria por COVID-19 en nuestro país².

La activación de los diversos dispositivos de emergencia preestablecidos en nuestro ordenamiento jurídico colisionó con ciertos derechos fundamentales, especialmente relacionados con el ejercicio de la libertad de las personas.

En efecto, entre los años 2020 a 2021 se experimentaron los momentos más críticos de la pandemia en nuestro país. Este periodo de tiempo se encuentra caracterizado con la llegada de la “primera ola” de contagios³, y se extendió hasta principios del año 2021.

¹ Alocución del Director General de la OMS del 11 de marzo de 2020 que declara por primera vez la existencia de la pandemia provocada por el COVID-19. Disponible en: <https://www.who.int/es/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> [Consultado el 24 de marzo de 2024]

² Decreto Supremo N°4 del MINSAL publicado con fecha 8 de febrero de 2020 que decreta Alerta Sanitaria por el periodo que se señala y otorga facultades extraordinarias que indica por emergencia de salud pública de importancia internacional (ESP II) por brote del nuevo coronavirus (2019-NCOV). Disponible en Biblioteca del Congreso Nacional (BCN): <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1142163>. Esta Alerta Sanitaria fue prorrogada por sucesivos decretos.

³ De acuerdo con un informe del Gobierno: “A fines de abril de 2020, la curva de contagios comenzó a incrementarse y marcó el inicio de la llamada “primera ola”. Aún no había

Ejerciendo un análisis retrospectivo de la situación, es un hecho el que el Poder Judicial optó por no entorpecer la gestión que el Ejecutivo estaba llevando a cabo para manejar la crisis. Esta actitud, que en determinado momento devino en una fuerte deferencia hacia las medidas sanitarias impartidas por la autoridad, hoy puede resultar del todo comprensible.

Con todo, desde el estudio del Derecho Administrativo -en particular del aspecto contencioso administrativo- y considerando la posibilidad de enfrentar futuras crisis producto de nuevas pandemias u otros fenómenos naturales o humanos de alcance global, resulta imperioso analizar la reacción judicial frente a la emergencia.

Comprender cómo los tribunales resolvieron los casos de derechos fundamentales durante la pandemia tiene una función legitimadora de la actividad judicial en tiempos de emergencia, y representa una manifestación del control social sobre el ejercicio del poder público del Estado⁴.

En ese sentido, el hecho que la pandemia haya motivado la adopción de una política pública sanitaria para el manejo de la crisis, en virtud de la cual se aplicaron medidas excepcionales como el confinamiento o la limitación al ejercicio de determinados derechos fundamentales, no evita la necesidad de que los ciudadanos reflexionen sobre su razonabilidad. Tal como lo ha expresado alguna doctrina extranjera:

“Dicha reflexión, en primer lugar, es necesaria para entenderla. También es necesaria para obedecerla en una extensión razonable. Por último, dicha reflexión es importante para definir racionalmente si consideramos justificado seguirla. Dicho de otra manera, entender las razones subyacentes del aislamiento obligatorio es lo que primariamente puede motivar nuestro respeto y adhesión, y lo que va a permitirnos entender en la práctica si estamos cumpliendo con ella.”⁵

certeza sobre cómo transcurría la enfermedad en varios aspectos; entre ellos, cuánto tiempo tardaba en incubarse, cuánto se demoraban en aparecer los síntomas, si había o no infectados asintomáticos que propagaran el virus sin saberlo o qué proporción de los enfermos llegaba a la UCI.” GOBIERNO DE CHILE (2022a). COVID-19 en Chile. Pandemia 2020-2022, pág. 92. Obtenido de: https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2022/03/2022.03.03_LIBRO-COVID-19-EN-CHILE-1-1.pdf

⁴ CORDERO, Luis (2009). El Control de la Administración del Estado. Santiago: Legal Publishing, pág. 41.

⁵ ETCHEVERRY, Juan (2020). Confinamiento y pandemia. El problema moral, político y jurídico. *Thomson Reuters (scientific) Ltd; La Ley; 139; 2-2020*, pág. 1.

En consecuencia, esta investigación pretende analizar la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia de los años 2020 y 2021 en el ejercicio del control judicial de los actos administrativos que establecieron medidas de excepción para el manejo de la crisis, examinando los casos más relevantes a la luz de la colisión con los derechos fundamentales producida en cada uno de esos casos: por un lado, el derecho de los individuos al ejercicio de sus libertades más básicas y a la igual protección de éstas, ambos derechos que se encuentran constitucionalmente garantizados y, por el otro, el derecho de las personas agrupadas en sociedad al cuidado de la vida y la salud pública, cuestión que tiene como contracara el deber del Estado de velar por el bien común.

En el ejercicio de dicho deber, el Estado se vio en la necesidad de aplicar drásticas medidas de índole sanitaria tales como cuarentenas, toques de queda, restricciones a la libertad de las personas y la puesta en ejercicio del Derecho Administrativo sancionador para el cumplimiento efectivo de tales medidas, así como el desarrollo de una política pública de vacunación voluntaria implementada por medio de una técnica regulatoria de incentivos que generó un fuerte debate y un desacuerdo por parte de algunas personas. Todo aquello acompañado de las críticas sobre una “deferencia extrema” de parte de los tribunales hacia la Administración⁶ o de una “vuelta a la doctrina de los actos políticos”⁷.

Por su parte, la Corte Suprema se refirió a su desempeño en el control de las medidas excepcionales durante el año 2021 de forma más bien satisfactoria: “También destaca la jurisprudencia que constata la proporcionalidad y razonabilidad de las restricciones impuestas para personas no vacunadas para combatir el Covid-19.”⁸

En tal orden de cosas, surge la necesidad de esclarecer si los tribunales de justicia ejercieron un control efectivo sobre los actos administrativos dictados para el manejo de la pandemia, y si se garantizó el acceso a la justicia de aquellas

⁶ CONTESSE, Jorge (2021). Exceptional regulations for an exceptional moment: the law and politics of Covid-19 in Chile. En *Administrative Law Review*, 73(1), pág. 127.

⁷ FERRADA, J. (2021). La exclusión del control judicial de las medidas sanitarias a través del recurso de protección: ¿una vuelta a la “doctrina del acto político”? En FERRADA, J., MÉNDEZ, O. y ROJAS, C. (Coords.). *Derecho público y emergencia: respuestas ante el COVID-19*. Santiago: Legal Publishing.

⁸ Discurso del Presidente de la Corte Suprema señor Juan Eduardo Fuentes (2022), pág. 29. Obtenido de <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/noticias-del-poder-judicial/69762> [Consultado el 24 de marzo de 2024].

personas que, por variadas razones, accionaron judicialmente contra las medidas sanitarias de excepción.

Para dilucidar lo anterior, la tesis se guiará bajo las siguientes interrogantes: ¿existe un mecanismo que permita a los tribunales controlar (todos) los actos administrativos dictados en contexto de emergencia sanitaria?; en caso afirmativo, ¿dicho mecanismo de control resulta efectivo para tutelar derechos fundamentales?; y, finalmente, ¿cómo se aplicó la tutela de derechos fundamentales en el ejercicio del control público durante la pandemia del COVID-19 en nuestro país?

De acuerdo con lo planteado, la hipótesis de este trabajo sostiene que sí existe un mecanismo de control judicial de la actividad administrativa. Sin embargo, se plantea que dicho control no alcanza con total efectividad a los actos de carácter discrecional y de contenido técnico dictados en el marco de la pandemia.

Según dicha hipótesis, lo anterior se debe a que los tribunales de justicia, particularmente la Corte Suprema, han mostrado una marcada deferencia hacia la autoridad administrativa encargada de las políticas públicas sanitarias, lo cual pudo tener un efecto autolimitante en el control judicial de las medidas sanitarias de emergencia que afectaron el ejercicio de algunos derechos fundamentales.

Para corroborar la validez de la hipótesis, la investigación será de tipo dogmática y empírica. En su parte dogmática se analizará la interpretación y aplicación de las normas jurídicas en la emergencia sanitaria por parte de los tribunales de justicia. En la parte empírica, se considerarán elementos fácticos que tuvieron lugar en la aplicación del Derecho durante la pandemia, como lo es la propia circunstancia de emergencia, el dinamismo de la pandemia y la deferencia judicial, cuestiones que pudieron haber influido en el comportamiento judicial de los tribunales superiores de justicia⁹.

Las fuentes documentales de esta investigación serán la jurisprudencia y la doctrina especializada. De ese modo, se estudiarán las sentencias de las Cortes de Apelaciones y de la Tercera Sala de la Corte Suprema dictadas sobre recursos de protección y de amparo interpuestos en contra de las resoluciones del Ministerio de Salud que decretaron la política pública del “Plan Paso a Paso” y las resoluciones que implementaron las medidas específicas de dicha política (cuarentenas, actos de fiscalización, sanciones, etc.). El análisis de la

⁹ ÁLVAREZ, Gabriel (2009). Curso de Investigación Jurídica. Santiago: Legal Publishing Chile, pp. 256-257.

jurisprudencia será cualitativo y la selección se restringe al período de los años 2020 y 2021.

Finalmente, la tesis terminará con las conclusiones obtenidas a partir de la investigación realizada.

CAPÍTULO I

ADMINISTRACIÓN Y EMERGENCIA

Puesto que el fin primario de la Administración del Estado es la satisfacción del bien común, se le ha encomendado el cuidado de la salud de la población tanto de manera preventiva como interviniendo activamente en la prestación de servicios de salud pública y en la regulación a los prestadores particulares. Esta es una preocupación presente en nuestro país desde antaño¹⁰, por lo que las políticas públicas sanitarias forman parte esencial de la actividad administrativa de todos los gobiernos.

De este modo, por medio de planes y programas de política sanitaria, el Estado despliega su actividad administrativa en busca de la prevención y erradicación de enfermedades que puedan significar una propagación generalizada, lo que implica adoptar medidas que en ocasiones pueden colisionar con otros valores sociales o con derechos de particulares.

De esa manera, durante la crisis provocada por la pandemia del COVID-19 el deber de protección de la salud pública se manifestó con una intensidad no experimentada hasta entonces.

En efecto, para el manejo de esta crisis la Administración recurrió a todos los dispositivos de emergencia que le faculta la Constitución y las leyes: por medio del Decreto Supremo N°4 de 2020 del Ministerio de Salud que decreta Alerta Sanitaria por brote de COVID-19 y sus prórrogas¹¹ se dictaron una importante

¹⁰ Por todos, véase lo dicho por Santiago PRADO, quien durante la segunda mitad del siglo XIX hacia presente la importancia del cuidado de la salud como intervención pública: *“Mientras bastan los esfuerzos individuales para neutralizar las causas perturbadoras de nuestro organismo, la administración abandona el cuidado de la salubridad al interés particular i la higiene es privada; mas cuando los principios de destruccion resisten a la eficacia de estos medios ordinarios de combatirlos, entónces interviene la autoridad para proteger la salud de los administrados, i la higiene será pública.”* PRADO, S. 1859. Principios elementales de derecho administrativo chileno: adaptados a la enseñanza del ramo en el Instituto Nacional. Santiago: Imprenta Nacional, pp. 171 y ss.

¹¹ La Alerta Sanitaria terminó el 31 de agosto de 2023, sin que fuera nuevamente prorrogada.

cantidad de resoluciones exentas que, motivadas por el interés público de controlar la propagación del virus del COVID-19 y cuidar la salud de la población, dispusieron múltiples -y en ocasiones severas- restricciones a los derechos constitucionales de las personas, algunas de las cuales han sido objeto de impugnación judicial por algunos particulares.

En ese contexto, los tribunales superiores de justicia han debido resolver acciones judiciales contra actos administrativos de alto contenido discrecional, motivados por elementos técnicos y que formaron parte de una política pública sanitaria elaborada en el marco de la pandemia.

Así, el presente capítulo pretende explicar las bases del sistema de control jurisdiccional sobre los actos administrativos en Chile y, más específicamente, los contornos dogmáticos sobre los que se desarrollan los mecanismos de revisión jurisdiccional de aquellos actos que por su nivel de discrecionalidad técnica tienden a alejarse del alcance regular del control que ejercen los tribunales ordinarios de justicia.

En este sentido, para satisfacer los objetivos de esta investigación será relevante revisar las nociones contemporáneas sobre el acto administrativo como manifestación de voluntad de la Administración, así como sus principales características, para luego pasar al estudio la discrecionalidad técnica de aquellos actos.

Asimismo, será necesario explicar el sistema de control jurisdiccional y los problemas que plantea la dispersión normativa de los mecanismos impugnatorios de la actividad administrativa. Sobre este último aspecto, se harán algunos comentarios respecto de la utilización del recurso de protección como sustituto del contencioso-administrativo general. Por estas razones este capítulo es esencialmente dogmático.

Establecido tal marco conceptual, en el siguiente capítulo pasaré a examinar las características del acto administrativo de emergencia y, seguido de ello, los casos más relevantes de impugnación contra las resoluciones exentas impartidas por la autoridad competente en el marco de la Alerta Sanitaria, así como la forma en qué han fallado nuestros tribunales de justicia.

1. EL ACTO ADMINISTRATIVO

Para ahondar en el ejercicio, características y límites del control judicial de la actividad discrecional de la Administración del Estado en el contexto de la pandemia del COVID-19 es necesario, primero que todo, realizar una conceptualización sobre el acto administrativo en el Derecho nacional.

1.1 Concepto de acto administrativo

Hallar un concepto dogmático uniforme para el acto administrativo es un desafío constante para la doctrina, y es que es posible encontrar tantas definiciones como tratadistas.

Con todo, existe amplio consenso en que una definición de acto administrativo debe basarse en ciertos elementos configuradores de la actividad formal de la Administración. Doctrinariamente se ha identificado como tales elementos a la potestad pública que otorga competencias, a la intención o actitud volitiva y a la decisión formal en que se expresa el acto de potestad pública.

En nuestro ordenamiento jurídico, con la entrada en vigor de la Ley N°19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado (LBPA) el año 2003, el legislador positivizó un concepto de acto administrativo que recoge las nociones centrales desarrolladas por la doctrina. De esa forma el artículo 3° de la LBPA establece:

Artículo 3°. Concepto de Acto administrativo. Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos.

Para efectos de esta ley **se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública. (...)**

La definición legal recoge uno de los elementos identificados por la doctrina contemporánea y que también ha sido reconocido desde antiguo por los autores¹²⁻¹³, cual es, que el acto administrativo contiene una *declaración de*

¹² PAREJO, L. 2020. Lecciones de Derecho Administrativo. 10° Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 710.

¹³ En este sentido, desde la primera mitad del siglo XIX la doctrina nacional hacía referencia a algunos de los elementos de la definición legal, refiriendo que el acto administrativo es “una manifestación o declaración de voluntad unilateral, potestativa y

voluntad, comprendiendo por ella que quien lo dicta, en el ejercicio de una potestad pública, lo hace de manera volitiva, intencional, con determinación a producir un resultado, en un ejercicio de elección entre diversas alternativas legítimas.

De esa forma el acto administrativo es siempre una decisión que constituye declaración de voluntad, pero que además se caracteriza por ser generalmente unilateral, que debe expresarse por escrito, que se encuentra sujeto a formalidades en su elaboración, cuya aplicación puede ser general o particular y que solo puede ser dictado por los órganos de la Administración del Estado en el ejercicio de las potestades públicas que les han conferido las leyes.¹⁴

Por otra parte, el acto administrativo también ha sido estudiado desde sus efectos; en este sentido se ha dicho que goza de ciertas prerrogativas excepcionales, esto último por su particular relevancia para materializar los objetivos de la Administración. Sobre las características que envuelven los efectos del acto administrativo, Ferrada indica:

“Los actos administrativos son actos jurídicos emanados de un órgano de la Administración del Estado que poseen ciertas cualidades y características que los hacen, en cierto sentido, excepcional dentro del ordenamiento jurídico. Esa excepcionalidad les permite, entre otras cosas, gozar de una presunción de legalidad o validez desde su inicio, lo que lleva aparejado su ejecutividad, ejecutoriedad y aún su ejecución forzosa, en ciertos casos.”¹⁵

Tales excepciones de que goza el acto administrativo hacen que el control judicial adquiera relevancia y que presente algunas complejidades a la hora de contener los efectos de una decisión que, premunida de una presunción de legalidad y ejecutividad, pudiera colisionar con los derechos subjetivos de los administrados. Veremos que esto es especialmente relevante en el control de legalidad los actos dictados en el contexto de la emergencia sanitaria del COVID-19.

ejecutoria, que tiene por objeto crear, reconocer, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva.” IRIBARREN, J. (1936). Lecciones de Derecho Administrativo. Santiago: Editorial Nascimento, pág. 30.

¹⁴ CORDERO, Luis. (2015). Lecciones de Derecho Administrativo. 2° Edición. Santiago: Thomson Reuters, pp. 244-246.

¹⁵ FERRADA, Juan. (2011). Los procesos administrativos en el Derecho chileno. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI*, pág. 252

1.2 Tipología de los actos administrativos

Al igual que ocurre con la definición de acto administrativo, la tipología o clasificación de éstos es un asunto de vasto contenido doctrinal y numerosos pueden ser los criterios de clasificación.

Para efectos de esta investigación, cuyo objetivo central es el estudio de los actos administrativos frente al control judicial, resulta pertinente detenerse sólo en la clasificación según si el acto administrativo constituye la decisión final de la Administración o es un mero trámite del procedimiento administrativo, y según si el acto administrativo es más o menos reglado o discrecional.

1.2.1 Actos administrativos terminales y de trámite

En función de que el procedimiento administrativo ha sido definido por la ley como “una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal”¹⁶, es dable distinguir entre actos administrativos de trámite y actos que terminales, según la naturaleza de aquellos en torno a su ubicación en el procedimiento.

Esta clasificación reviste de importancia por cuanto la propia ley ha delimitado la impugnabilidad de los actos administrativos según si se trata de uno de naturaleza terminal o de mero trámite.

Son actos de trámite aquellos que se dictan en la tramitación de un procedimiento siempre que no ponga fin al mismo¹⁷. Estos actos no son impugnables, en principio. Sólo pueden ser susceptibles de recursos administrativos y judiciales cuando su trascendencia sea análoga a la del acto terminal¹⁸. En ese sentido, la ley señala que sólo son impugnables los actos de mero trámite en dos circunstancias: cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión¹⁹.

Detrás de esta importante distinción existen razones de economía procedimental y de eficiencia del régimen recursivo, o como lo ha expresado la Corte Suprema en sus fallos:

¹⁶ Artículo 18 de la Ley N°19.880.

¹⁷ CORDERO, Luis. (2015). *Óp. cit.*, pág. 253.

¹⁸ VALDIVIA, José (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 208.

¹⁹ Artículo 15 de la Ley N°19.880.

“Esta limitación de las actuaciones administrativas planteable tanto en los recursos administrativos como en los contenciosos administrativos, tiene su razón de ser en el intento de concentrar la totalidad de los motivos de impugnación que puedan afectar la legalidad de una cierta decisión administrativa en un único recurso, vía que puede incluir tanto los reproches dirigidos directamente a la resolución como aquellos que tienen por objeto discutir la legalidad de alguno de los actos de trámite.”²⁰

Por otra parte, son actos terminales o definitivos aquellos que ponen término al procedimiento, resolviendo las cuestiones sobre las que aquel recae y que tiene por efecto crear reglas, derechos u obligaciones hacia sus destinatarios²¹.

Este tipo de actos es el que la ley denomina “resolución final”, estableciendo que la resolución que ponga término al procedimiento decidirá las cuestiones planteadas por los interesados²².

De ese modo, al tratarse de un acto decisorio de parte de la Administración, se reconoce el derecho al administrado para impugnar dicha decisión. Los fundamentos de este derecho al recurso administrativo son una manifestación análoga del derecho a la impugnabilidad de las resoluciones judiciales en tanto decisiones emanadas de uno de los poderes del Estado.

En definitiva, la propia ley se ha encargado de conceder la posibilidad de recurrir contra el acto administrativo terminal ante la propia autoridad que lo dictó o su superior jerárquico, así como por la vía judicial que resulte adecuada²³.

1.2.2 Actos administrativos reglados y discrecionales

El acto administrativo es, por regla general, en parte reglado y en parte discrecional, y es así toda vez que la decisión que adopte la Administración deberá surgir necesariamente de una potestad reglada (una ley habilitante y la competencia de la autoridad u órgano que lo dicta) pero con cierto margen de elección (que variará según las competencias discrecionales que la ley le confiera) cuya decisión final quedará sujeta a la prudencia y mérito de la autoridad.

²⁰ SCS Rol N°160.766-2022, c. 7°.

²¹ VALDIVIA, José (2018). *Op. cit.*, pág. 207.

²² Artículo 41 de la Ley N°19.880.

²³ Una discusión derivada de esta clasificación es aquella que plantea la interrupción de los plazos para la impugnación judicial cuando se han entablado recursos administrativos.

Esta última facultad se conoce como potestad discrecional que, siguiendo a Pierry, puede ser explicada en forma residual, de modo que:

“se presenta cuando las exigencias de la legalidad se han agotado. Así, dentro de cada acto administrativo existe un aspecto reglado y un aspecto discrecional; siendo excepcionales los casos de actos exclusivamente reglados (...) e imposibles de concebir, los actos puramente discrecionales, ya que en todo caso el acto deberá tener una finalidad de interés público cuya sola mención contiene un principio de reglamentación.”²⁴

Bermúdez es también de esta opinión, al mencionar que “no existiría una categoría de actos discrecionales o reglados 100% puros, sino actos más o menos reglados y actos más o menos discrecionales”²⁵.

En esa línea, tiene lugar la clasificación de los actos administrativos según si son mayormente reglados o mayormente discrecionales. La importancia de esta clasificación, tal como se verá en el Capítulo II, está en que el control jurisdiccional enfrenta en la práctica una mayor o menor intensidad según qué tanto contenido discrecional tenga un determinado acto administrativo.

Según he señalado, por regla general todo acto administrativo tiene una dimensión reglada. Esto quiere decir que su emisor debe atenerse al cumplimiento de las formalidades que la ley ha señalado para su validez, sin perjuicio del espacio que se le ha otorgado para el ejercicio de la potestad discrecional.

No obstante aquello, es posible hallar actos administrativos desprendidos de todo ámbito de discrecionalidad. Esto ocurre cuando el legislador ha entregado a las autoridades el deber de examinar el cumplimiento de determinados requisitos para otorgar una autorización, como ocurre típicamente en el caso del otorgamiento de los permisos de edificación²⁶.

²⁴ PIERRY, Pedro (1984). El control de la discrecionalidad administrativa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°8 (1984), pág. 163.

²⁵ BERMÚDEZ, Jorge (2011). *Derecho Administrativo General*. Santiago: Thomson Reuters, pág. 111.

²⁶ El artículo 116 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones lo dispone de la siguiente manera: “El Director de Obras Municipales concederá el permiso o la autorización requerida si, de acuerdo con los antecedentes acompañados, los proyectos cumplen con las normas urbanísticas, previo pago de los derechos que procedan, sin perjuicio de las facilidades de pago contempladas en el artículo 128.”

Pese a haber cierto consenso sobre el elemento volitivo que caracteriza al acto administrativo discrecional, no existe en la doctrina un concepto uniforme del mismo. Sin perjuicio de lo anterior, podemos rescatar la definición que, citando a García de Enterría y Fernández, nos ofrece Huepe:

“la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración.”²⁷

Ahora bien, las restricciones a la discrecionalidad no siempre han sido pacíficas. García de Enterría explica el proceso de reducción de los poderes discrecionales en dos etapas: la primera significó la reducción de la discrecionalidad observando que en todo acto discrecional hay elementos reglados que impedirán la renuncia total del control sobre los mismos, cuestión que como se indicó en *supra* no reviste mayor discrepancia. Luego, la segunda etapa de este proceso de reducción consiste en asignar una finalidad a las potestades discrecionales, lo cual también es un elemento reglado²⁸.

En ese entendido, el componente reglado de la potestad discrecional, como señala Silva Cimma, “será siempre una decisión legislativa consciente. La Administración puede ejercer la discrecionalidad porque el legislador quiere que así sea, no por silencio de éste”²⁹.

Todo esto es particularmente notorio en los actos administrativos que establecen medidas sanitarias para el control de la pandemia. Como se verá más adelante, estos actos de importante contenido discrecional son dictados bajo una legislación específica para crisis de naturaleza sanitaria.

Finalmente, cabe apuntar que como contracara de las potestades discrecionales de la autoridad se encuentran los problemas asociados a la desviación de la finalidad u objeto para la cual se confirió la facultad discrecional, por lo que existe

²⁷ HUEPE, Fabián (2018). *Discrecionalidad administrativa y razonabilidad*. Santiago: Thomson Reuters, pág. 82.

²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1979). *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Madrid: Civitas, pp. 167-169.

²⁹ SILVA, Enrique (2014). *Derecho Administrativo chileno y comparado. Introducción y Fuentes*. Quinta Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pág. 120.

consenso en que el acto dictado ilegítimamente puede ser controlado por los tribunales de justicia³⁰.

1.3 La discrecionalidad y las cuestiones técnicas

En el contexto de crisis sanitaria que atravesó el país desde el año 2020 y hasta una parte del 2023, adquirió especial preponderancia el ejercicio discrecional de las potestades públicas dispuestas para el control de la emergencia. Estas potestades trajeron envuelto un alto contenido técnico proveniente de las ciencias de la salud, cuestión que quedó radicada en la motivación de los actos administrativos de la autoridad sanitaria³¹.

A esta específica forma de ejercer las atribuciones públicas se le conoce como discrecionalidad técnica y su ejercicio tuvo un efecto fundamental en la inhibición de los tribunales de justicia para entrar a examinar críticamente el fondo de las resoluciones dictadas por la autoridad sanitaria, al menos en un momento temprano del desarrollo de la pandemia en Chile.

Sin embargo, una precisa definición de discrecionalidad técnica es otra discusión sobre la que no existe amplio consenso en la doctrina puesto que su concepto varía entre quienes asumen posiciones más o menos favorables al ámbito de control judicial por parte de los tribunales ordinarios de justicia sobre los actos administrativos de contenido técnico o científico³².

Para el objeto de esta investigación, la siguiente definición es útil a efectos de describir la naturaleza particular de los actos administrativos dictados en el contexto de la pandemia provocada por el COVID-19:

“La discrecionalidad técnica ocurre cuando el sistema legal reconoce a favor de un organismo administrativo un ámbito de decisión propio para emitir una decisión en función de evaluaciones de naturaleza exclusivamente técnica o características de un saber profesional.”³³

A la luz de esa definición, las resoluciones exentas dictadas por el Ministerio de Salud³⁴ para impartir medidas sanitarias en contexto de emergencia por la

³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1979). *Óp. cit.*, pp. 167-169. En el mismo sentido, PIERRY, Pedro (1984). *Óp. cit.*, pág. 164.

³¹ Un análisis más profundo se verá en páginas 37 y ss.

³² Sobre el estado de esta discusión, HUEPE, Fabián (2018). *Óp. cit.*, pp. 123 y ss.

³³ CORDERO, Luis (2015). *Óp. cit.*, pág. 85.

³⁴ En un primer momento se trató de la Resolución Exenta N°591 de 25 de julio del 2020 del Ministerio de Salud que estableció el primer Plan “Paso a Paso”. Luego, con sus

pandemia del COVID-19 se encuadran dentro de los elementos que hasta aquí he hecho referencia: se trata de actos administrativos de carácter discrecional, motivados con un alto contenido técnico (médico-sanitario, epidemiológico) impartidos en el marco una política pública nacional con una finalidad claramente establecida (velar por la protección de la salud pública).

Lo anterior no ha sido óbice para que particulares, por las razones más variadas, hayan intentado someter a control judicial tales medidas sanitarias de excepción³⁵. Ante dicha circunstancia, en los siguientes capítulos veremos cómo operan los controles jurisdiccionales sobre esta categoría de intervención estatal.

2. CONCEPTUALIZANDO LA EMERGENCIA

Antes de iniciar con el estudio de fondo de esta investigación, es menester realizar algunas precisiones en relación con la idea de *emergencia sanitaria*.

El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define el vocablo emergencia como “[s]ituación de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública que requiere la intervención coordinada de los poderes públicos y de los ciudadanos para la protección y socorro de personas y bienes.”³⁶

En ese entendido, la pandemia del COVID-19 se ubica dentro de la categoría de una emergencia de tipo sanitaria, que en su momento más álgido hizo necesaria la intervención de todo el aparato público de cada país. Cabe señalar que dicha emergencia sanitaria corresponde a una cuestión fáctica -ocasionada por la naturaleza o el humano (o como consecuencia de ambos)-, antes que a una calificación jurídica; de ese modo, la Alerta Sanitaria y las medidas excepcionales que se han tomado con el mérito de la emergencia solo representan la consecuencia de una situación de hecho y, ciertamente, permiten marcar el hito

modificaciones, fue la Resolución Exenta N°494 de 2022 del MINSAL que estableció el Plan “Seguimos cuidándonos, Paso a Paso”.

³⁵ Sin perjuicio de lo que se expondrá en el Capítulo III de esta investigación, una interesante aproximación de la jurisprudencia sobre la materia, hasta el año 2021, se encuentra en FERRADA, Juan (2021). La exclusión del control judicial de las medidas sanitarias a través del recurso de protección: ¿una vuelta a la “doctrina del acto político”? En FERRADA, J., MÉNDEZ, O. y ROJAS, C. (Coords.). *Derecho público y emergencia: respuestas ante el COVID-19*. Santiago: Legal Publishing.

³⁶ Definición del Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/emergencia> [Consultado el 20 de mayo de 2023]

inicial de todas las medidas administrativas que se aplicaron para el control de la pandemia en Chile.

Esta noción del vocablo emergencia debe vincularse con la definición normativa que, dentro del estudio de las ciencias de la salud, entrega el Reglamento Sanitario Internacional del año 2005 de la Organización Mundial de la Salud, el que fue promulgado por Chile en 2008³⁷ y que ha sido utilizado para motivar importantes actos administrativos de índole sanitario:

Artículo 1. Definiciones. (...)

"emergencia de salud pública de importancia internacional" significa un evento extraordinario que, de conformidad con el presente Reglamento, se ha determinado que:

- i) constituye un riesgo para la salud pública de otros Estados a causa de la propagación internacional de una enfermedad, y
- ii) podría exigir una respuesta internacional coordinada.

Coherente con lo anterior, la emergencia provocada por el COVID-19 es un fenómeno de salud pública que atraviesa fronteras y, por tanto, ha sido catalogada como un asunto de importancia internacional en cuyo mérito los Estados que suscriben el Reglamento Sanitario Internacional deben darle un tratamiento proporcional a dicha categoría.

Así las cosas, la construcción de un concepto que sirva para este trabajo toma, por una parte, una definición descriptiva de un hecho (ocurrencia de una nueva enfermedad) y, por la otra, una definición normativa del principal órgano internacional de la salud pública que le asigna un nivel de gravedad a ese hecho ("emergencia de salud pública de importancia internacional"), con todo lo cual es posible afirmar que la pandemia provocada por el COVID-19 es propiamente una *emergencia sanitaria*. En lo sucesivo de esta tesis me referiré a la idea de emergencia sanitaria comprendida en esos términos.

³⁷ Por Decreto N°230 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 17 de septiembre de 2008.

3. EL DERECHO DE EXCEPCIÓN, LA LEGALIDAD Y LA EMERGENCIA

El estudio del control judicial requiere de una breve explicación sobre el derecho de excepción y la legalidad detrás de la actividad administrativa de emergencia en momentos de crisis.

El ejercicio de potestades extraordinarias por parte del Gobierno se encuentra presente desde los romanos, quienes entonces contemplaban la figura del *dictador* para la gestión de crisis provocadas por guerras externas o por rebeliones dentro de las fronteras del imperio. Estas facultades extraordinarias se caracterizaban por la existencia de un estado de necesidad o de emergencia -en relación con el contexto de normalidad- que daba espacio a los poderes excepcionales con los que se permitía suspender los derechos de los ciudadanos y únicamente durante la temporalidad del cargo, que normalmente era de seis meses.³⁸

En ese entendido, adquiere relevancia la locución “*salus populi suprema lex esto*”, últimamente utilizada para justificar las intervenciones públicas en el control de la pandemia a nivel global. Su significado al español se puede traducir como “la seguridad del pueblo es la ley máxima” y su interpretación histórica, cuya autoría corresponde a Cicerón, envuelve un mandato a la autoridad de velar por el bienestar superior del pueblo especialmente en épocas de crisis, lo que traería aparejada la legitimidad del Estado para actuar en beneficio del pueblo debiendo restringir temporalmente, en ocasiones, los derechos de los ciudadanos.

Es decir, el cuidado de la *salus populi* tenía una connotación distinta para los romanos: era en términos políticos un verdadero límite al poder de la autoridad y una garantía a los derechos del pueblo, especialmente en tiempos difíciles en que era urgente adoptar medidas excepcionales que la ley regular y habitual no podía anticipar:

“La institución de la *Salus populi* tiene que ser entendida dentro de unos términos que incluyen también a la «salubridad individual y colectiva». *Salus* se refiere a la «existencia cívica» del individuo como elemento imprescindible para la defensa de la *libertas* y de la *dignitas*. Está en juego cada vez que un

³⁸ BOBBIO, Norberto (1987). La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político. México: Fondo de Cultura Económica, pág. 183.

ciudadano está imposibilitado de ejercer la plenitud de sus derechos, al resultar abocado a una situación semejante a la de la muerte civil.”³⁹

En otras palabras, la contracara del derecho de excepción, presente desde antiguo, es la garantía de que el poder entregado temporalmente a la autoridad respetará el ejercicio de los derechos fundamentales, los cuales deben ser respetados aún en circunstancias excepcionales.

Excede a los objetivos de este trabajo realizar un análisis pormenorizado del desarrollo institucional del derecho de excepción, sin embargo, el uso de facultades excepcionales ha persistido hasta nuestros días enmarcado dentro de los contornos del principio de legalidad.

La importancia del principio de legalidad en tanto garantía frente al ejercicio del poder público de excepción, en palabras de García de Enterría, está en que “como técnica de gobierno, de donde va a salir todo el Derecho Público moderno, ha previsto con toda exactitud ese problema de la defensa jurídica de ese ámbito de libertad ciudadana que corresponde a las materias en que la Ley no se ha pronunciado o que están fuera de una aplicación correcta y estricta de dicha Ley.”⁴⁰

El principio de legalidad hoy se encuentra inserto en toda concepción democrática del Estado de Derecho.

En efecto, al tratar el estudio de las facultades extraordinarias del Estado para la gestión de aquellas crisis que puedan afectar su institucionalidad, Zúñiga refiere que el Estado de Derecho “es un Estado “absolutamente normativizado”, por lo que su ordenamiento jurídico o normatividad supone normalidad, y frente a la “anormalidad” o caso excepcional crea un Derecho de Excepción, se trata de “prever la excepción y normativizar la misma excepción”⁴¹.

En dicho sentido, nuestro ordenamiento jurídico constitucional contempla preceptos legales creados con anterioridad al estado o situación de excepción y por tanto conocidos por el pueblo, lo cual constituye una diferencia de aquellos

³⁹ SÁNCHEZ D., Ángel (1997). El objeto de la legalidad en la expresión *salus populi suprema lex esto*. En *Cuadernos de Filología Clásica. Estudios latinos* N°12, UCM, Madrid, pág. 54.

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1994). La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Real Academia Española, pág. 158.

⁴¹ ZÚÑIGA, Francisco (2005). *Óp. cit.*, pp. 185-186.

sistemas jurídicos en que, en ausencia de una autorización constitucional expresa, el Gobierno asume poderes extra-constitucionales o de aquellos en que los poderes para la gestión de la crisis son delegados de forma *ad-hoc* por el parlamento⁴².

En ese orden de cosas, el principio de legalidad adquiere una elemental importancia para la previsibilidad de las actuaciones públicas y para la legitimidad de las intervenciones que se desarrollarán en un contexto de emergencia.

Llegados a este punto, cabe señalar que esta actividad administrativa de emergencia en Chile se configura por diversos cuerpos normativos, nacionales como internacionales, los que constituyen la expresión positivizada del principio de legalidad para el manejo y control de las diversas crisis o situaciones de excepción que nuestro Estado de Derecho democráticamente ha previsto.

3.1 Legalidad del acto administrativo de emergencia

El manejo de la pandemia por parte de la Administración tuvo como principal herramienta de intervención pública al acto administrativo. Esto se explica fácilmente puesto que una emergencia de estas características requiere de respuestas oportunas y generalmente inmediatas, donde el tiempo de reacción puede marcar la diferencia entre la vida y la muerte de personas.

La capacidad de reacción de la Administración por vía de actos administrativos constituye una diferencia sustancial con respecto a otras de las herramientas de intervención estatal como lo es la ley, cuyo proceso de elaboración resulta ser más lento atendida la discusión democrática que lo caracteriza⁴³. En tal sentido, los riesgos y emergencias son fenómenos cuya gestión resulta más eficiente por medio de decisiones administrativas adoptadas sobre la base de estructuras procedimentales y organizativas establecidas previamente por la ley⁴⁴.

En ese entendido, el acto administrativo se erige como el instrumento predilecto para el control de una emergencia sanitaria y, en dicho orden de cosas, debe sujetarse al principio de legalidad que opera -especialmente en un contexto de

⁴² *Ibid.*, pág. 185.

⁴³ Sin perjuicio de que la experiencia de la pandemia del COVID-19 demostró una capacidad proactiva de parte del Poder Legislativo para generar leyes de emergencia, algunas de las que se comentarán *infra*.

⁴⁴ DÍEZ S., Silvia, RODRÍGUEZ D., José (2021). Metodología del Derecho Administrativo. En *Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I*. Madrid: Marcial Pons, pág. 474.

crisis- como garantía para los ciudadanos frente a los siempre posibles excesos de la autoridad.

En el caso de estudio, el principio de legalidad subyacente a la actividad administrativa para el control de la pandemia del COVID-19 consiste en un conjunto integrado de normas internacionales y nacionales; y, en este último grupo, en un entramado de normas de distintas jerarquías.

3.1.1 Carta Internacional de Derechos Humanos

En la cúspide de la normativa internacional se encuentran los instrumentos sobre derechos humanos ratificados por Chile, que se encuentran vigentes y que se incorporan al ordenamiento jurídico interno a través del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución.

En ese orden de cosas, la Carta Internacional de Derechos Humanos⁴⁵ constituye una fuente de legalidad interna que justifica la dictación de actos administrativos protectores de la salud pública como una manifestación de la obligación internacional del Estado.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en aplicación de los derechos contenidos en la Carta Internacional y en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, adoptó la Resolución N°1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, documento que establece los lineamientos en materias de DD.HH. para enfrentar la crisis sanitaria.

En virtud de dicha resolución, la CIDH formuló recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros, dentro de las cuales se encuentra:

“Adoptar de forma inmediata, urgente y con la debida diligencia, todas las medidas que sean adecuadas para proteger los derechos a la vida, salud e integridad personal de las personas que se encuentren en sus jurisdicciones frente al riesgo que representa la presente pandemia. Tales medidas deberán de ser adoptadas atendiendo a la mejor evidencia científica, en concordancia con el Reglamento Sanitario Internacional (RSI), así como con las

⁴⁵ Compuesta por diversos tratados internacionales: Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y los protocolos facultativos que los acompañan. Sobre la evolución histórica de la Carta Internacional de DD.HH.: CLAPHAM, Andrew (2020). Derechos Humanos. Una breve introducción. Santiago: Ediciones UC, pp. 57-63.

recomendaciones emitidas por la OMS y la OPS, en lo que fueran aplicables.”⁴⁶

En síntesis, los instrumentos internacionales de DD.HH. constituyen una fuente del principio de legalidad que deberán considerar los actos administrativos que establezcan dispositivos para el control de la emergencia sanitaria.

3.1.2 Reglamento Sanitario Internacional

También en el ámbito de la normativa internacional, se encuentra el Reglamento Sanitario Internacional de la Organización Mundial de la Salud. Dicho cuerpo normativo, especializado en asuntos de salud internacional, contiene disposiciones que prevén la ocurrencia de emergencias sanitarias de relevancia mundial.

De ese modo su artículo 12 señala:

Artículo 12. Determinación de una emergencia de salud pública de importancia internacional.

1. El Director General determinará, sobre la base de la información que reciba, y en particular la que reciba del Estado Parte en cuyo territorio se esté produciendo un evento, si el evento constituye una emergencia de salud pública de importancia internacional de conformidad con los criterios y el procedimiento previstos en el presente Reglamento.

El Reglamento Sanitario Internacional tiene fuerza vinculante en nuestro país toda vez que fue promulgado por el Congreso Nacional el año 2008. En definitiva, el Reglamento Sanitario Internacional y, muy particularmente, su artículo 12 que establece la emergencia de salud pública de importancia internacional (por sus siglas; ESPII), ha sido de especial relevancia para la motivación de los actos administrativos de emergencia en nuestro país⁴⁷.

3.1.3 Constitución Política de la República

En el plano de la normativa nacional, al igual que sucede con muchos otros Estados, nuestra Constitución Política contempla la facultad del Ejecutivo para decretar los estados de excepción constitucional para disponer de medidas y

⁴⁶ Resolución N°1/2020 de la CIDH de fecha 10 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf> [Consultado el 2 de noviembre de 2023]

⁴⁷ En efecto, todas las resoluciones de Alerta Sanitaria por COVID-19 y Plan Paso a Paso tienen entre sus motivos la ESPII declarada por la OMS.

limitaciones al ejercicio de determinados derechos en situaciones excepcionales, durante un periodo de tiempo determinado y bajo normas específicas.

Esta facultad no es reciente ni se instaura con la Constitución de 1980. Nuestra historia constitucional ha contemplado desde sus albores la posibilidad de sufrir crisis y eventos excepcionales por lo cual todas las cartas políticas, desde el Reglamento Constitucional Provisorio de 1812⁴⁸ hasta la actualidad, han dispuesto de algún esquema de derecho de excepción para el manejo de emergencias calificadas⁴⁹.

De ese modo los artículos 39 a 45 de la Constitución establecen las hipótesis de estado de asamblea, estado de sitio, estado de emergencia y estado de catástrofe por calamidad pública. El artículo 39 señala un supuesto fáctico genérico para su declaración: “cuando afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado”.

De forma sucinta, los estados de excepción constitucional se distinguen uno del otro conforme a las siguientes características:

a) Estado de asamblea: su procedencia es en caso de guerra exterior, debiendo ser declarado por el Presidente de la República con acuerdo del Congreso Nacional.

En virtud de la declaración de estado de asamblea es posible suspender o restringir derechos de libertad personal, de reunión, de libertad de trabajo; establecer limitaciones a la propiedad, disponer de la requisición de bienes y restringir el derecho de asociación (artículo 43 inciso primero).

Por último, la vigencia del estado de asamblea será lo que dure la guerra exterior.

b) Estado de sitio: procede en caso de guerra interna o grave conmoción interior; se encuentra regulado juntamente con el estado de asamblea y también radica en el Presidente de la República su declaración con aprobación o rechazo del Congreso Nacional.

⁴⁸ Este Reglamento Constitucional señalaba escuetamente: “XXVI. Solo se suspenderán todas éstas reglas invariables en el caso de importar á la salud de la Patria amenazada; pero jamas la responsabilidad del que las altere sin grave motivo”

⁴⁹ Una reseña histórica del constitucionalismo de excepción chileno se encuentra en ZÚÑIGA, Francisco. Libertad y Autoridad en el Derecho Constitucional: El Derecho de Excepción. En *Revista de Derecho Pública, Facultad de Derecho, Universidad de Chile*, Vol. 67, Año 2005, pp. 175-185.

Bajo este estado de excepción se puede restringir la libertad de locomoción, arrestar a las personas en sus propias moradas o en lugares que la ley determine y que no sean cárceles ni estén destinados a la detención o prisión de reos comunes; y suspender o restringir el derecho de reunión (artículo 43 inciso segundo).

c) Estado de emergencia: podrá ser declarado por el Presidente de la República en casos de grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación, debiendo determinar el decreto que lo declara las zonas afectadas por estas circunstancias.

Con la declaración de estado de emergencia, las zonas en que aquella rija quedarán bajo la dependencia inmediata del Jefe de Defensa Nacional nombrado por el Presidente de la República.

Por último, en virtud de este estado de excepción sólo se puede restringir la libertad de locomoción y de reunión (artículo 43 inciso final).

d) Estado de catástrofe: procede en caso de calamidad pública, para cuya definición vale lo señalado por la Contraloría General de la República, que lo ha definido como “todo imprevisto emanado de una catástrofe natural o causada por el hombre, que generan desgracias en las personas o daños en los bienes, como son los sismos, inundaciones, etc.”⁵⁰

La declaración de este estado de excepción constituye una facultad privativa del Presidente de la República, no obstante, se encuentra obligado a comunicar al Congreso Nacional las medidas adoptadas en virtud del estado de catástrofe.

Al igual que ocurre en el estado de emergencia, las zonas declaradas bajo esta situación de excepción constitucional quedan bajo la dependencia inmediata del Jefe de Defensa Nacional designado por el Presidente de la República.

Finalmente, en virtud de este estado de excepción se podrá restringir el derecho de locomoción y de reunión; disponer la requisición de bienes; establecer limitaciones al derecho de propiedad y adoptar medidas excepcionales de carácter administrativo para el pronto restablecimiento de la normalidad en las zonas declaradas (artículo 43 inciso tercero).

⁵⁰ Dictamen N°8.286/86 de la Contraloría General de la República.

Para la administración de la emergencia provocada por el COVID-19 el Ejecutivo declaró el estado de catástrofe por calamidad pública, en cuyo mérito se restringieron los derechos que aquel mecanismo constitucional autoriza.

La distinción resulta relevante para describir los yerros en que incurrieron algunas Cortes de Apelaciones al momento de controlar la actividad administrativa de emergencia, confundiendo los alcances del estado de catástrofe por calamidad pública con otros estados de excepción constitucional, y aún con la Alerta Sanitaria.

3.1.4 Ley de Sismos y Catástrofes

La Ley N°16.282 sobre Sismos y Catástrofes contempla facultades excepcionales de coordinación, de modificaciones de competencias y de planificación para adoptar medidas de índole económica para la ayuda, colaboración y beneficios dirigidos a los damnificados por algún sismo o catástrofe⁵¹.

Esta ley confiere al Presidente la facultad para dictar normas de excepción a diversos cuerpos normativos en materia administrativa, cuestión que altera la distribución de poderes del Estado, dando al Gobierno competencias legislativas⁵² tal como se verá en *infra*.

En el aspecto económico, la ley funciona como un mecanismo facilitador de operaciones financieras, como ocurre con el caso de las donaciones⁵³. En ese sentido, la Ley de Sismos y Catástrofes entrega facultades excepcionales al Ministerio del Interior y lo autoriza para adoptar una serie de medidas de índole económico y comercial, debiendo rendir cuenta a la Contraloría General de la República sobre la inversión de dineros que haya recibido como donaciones.

En otros términos, se trata de una ley habilitante para la gestión pública de emergencias.

⁵¹ El artículo 2° inciso primero de la ley establece: “Se entenderán por damnificados a quienes hayan sufrido, en sus personas o en sus bienes, daños de consideración provocados directamente por el sismo o catástrofes, y los familiares de éstos que vivan a sus expensas. También se considerarán damnificados los que por la misma causa hayan perdido su ocupación o empleo, sea por destrucción total o parcial de la empresa u oficina o por la paralización de sus habituales faenas o trabajos.”

⁵² VALDIVIA, José (2020). Emergencia y administración. En CONTRERAS, Pablo (Editor). *La ley de la emergencia*. Santiago: Ediciones DER, pág. 34.

⁵³ A modo ejemplar, véase la Circular N°32 del 29 de abril del 2020 del Servicio de Impuestos Internos.

3.1.5 Código Sanitario

En nuestro país el cuerpo normativo que establece disposiciones legales para la contención de una emergencia de tipo sanitaria es el Código Sanitario.

Así, es el artículo 36 del Código Sanitario la norma legal que regula la hipótesis de existencia de una epidemia o enfermedad de la magnitud alcanzada por el COVID-19:

Artículo 36. Cuando una parte del territorio se viere amenazada o invadida por una epidemia o por un aumento notable de alguna enfermedad, o cuando se produjeran emergencias que signifiquen grave riesgo para la salud o la vida de los habitantes, podrá el Presidente de la República, previo informe del Servicio Nacional de Salud, otorgar al Director General facultades extraordinarias para evitar la propagación del mal o enfrentar la emergencia.

Más adelante el mismo cuerpo legal, en su artículo 57, esboza el alcance de las facultades excepcionales que tendrá la autoridad sanitaria cuando la enfermedad de que se trate sea de relevancia internacional:

Artículo 57. Cuando el país está amenazado o invadido por peste, cólera, fiebre amarilla, viruela, tifo exantemático o cualquiera otra enfermedad transmisible, el Servicio Nacional de Salud deberá establecer medidas adecuadas para impedir la transmisión internacional de dichas enfermedades, ya sea que éstas puedan propagarse por medio de pasajeros y tripulación, cargamento, buques, aviones, trenes y vehículos de carreteras, así como por mosquitos, piojos, ratas u otros agentes transmisores de enfermedades.

También podrán adoptarse las medidas sanitarias pertinentes frente al conocimiento del primer caso que se presente en el extranjero de las enfermedades enumeradas en el inciso anterior.

Se comunicará por vía regular a los Gobiernos y al Organismo Internacional correspondiente, la índole y extensión de las medidas sanitarias que se hayan adoptado.

Entre las medidas señaladas en los incisos anteriores, podrá prohibirse el embarque o desembarque de pasajeros, tripulación y carga.

En suma, el esquema normativo que reviste de legalidad a las resoluciones exentas del Ministerio de Salud denominadas Plan Paso a Paso (con sus respectivas modificaciones), se encuentra en el Código Sanitario, el que bajo determinadas circunstancias faculta a la autoridad sanitaria, radicada en el

Ministerio de Salud, para decretar lo que se conoce como Alerta Sanitaria por cuyo mérito el Estado puede establecer las medidas de excepción para el control y prevención de la enfermedad a través de actos administrativos que se expresan en resoluciones que otorgan facultades extraordinarias para evitar la propagación del virus.

3.1.6 Alerta Sanitaria

En el ámbito de la regulación estrictamente administrativa, durante la pandemia del COVID-19 fue el Decreto Supremo N°4 del Ministerio de Salud del 5 de febrero de 2020 (D.S. N°4/2020) el que dio origen a la Alerta Sanitaria cuya extensión territorial abarcó todo el país y duró hasta el 31 de agosto de 2023.

Tal como lo disponen los vistos del D.S. N°4/2020 del Ministerio de Salud, además de diversas normas constitucionales (artículos 19 N°9, 32 N°6 y 35 de la Constitución Política de la República), la Alerta Sanitaria tiene su fundamento legal, entre otros, en los artículos 36 y 57 del Código Sanitario.

La Alerta Sanitaria constituye uno de los dispositivos o mecanismos establecidos por el ordenamiento jurídico para la administración de una crisis en que se vea amenazada la salud pública (típicamente epidemias o pandemias). Se encuentra contenida en un acto administrativo discrecional de la autoridad de salud competente⁵⁴ y su utilidad radica en poner en ejecución una actividad administrativa excepcional y escasamente regulada en la ley.

En otros términos, mediante este instrumento, cuya fuente normativa es, como se señaló, el Código Sanitario, se pueden implementar una abundante cantidad de medidas que en un régimen de normalidad requerirían un supra estándar de motivación y una intensa deliberación política.

Por último, cabe enfatizar en que la Alerta Sanitaria constituyó la expresión más próxima del principio de legalidad para la dictación de múltiples resoluciones que materializaron la actividad administrativa del Estado en orden a superar la pandemia.

⁵⁴ OPAZO, Valeska (2021). Herramientas jurídico/públicas para enfrentar situaciones de emergencia. En *Derecho y situaciones de excepcionalidad*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 161.

4. LOS DISPOSITIVOS LEGALES Y ADMINISTRATIVOS DE EMERGENCIA

Lo común y lo esperable en toda legislación es que las normas jurídicas - Constitución, leyes, reglamentos- se dicten y contemplen su aplicación para estados de normalidad o habitualidad, otorgando a los ciudadanos la certeza y el conocimiento de las facultades de la Administración ante situaciones más o menos predecibles o comunes. Esta es la regla general.

Sin embargo, es un hecho el que las sociedades atraviesan momentos complejos, a veces críticos, ocasionados por la naturaleza o por el propio humano, que hacen necesaria una intervención administrativa excepcional en aras de la conservación del bien común⁵⁵.

En ese orden de cosas, nuestro ordenamiento jurídico contempla diversos dispositivos para situaciones de crisis o emergencias, lo cuales fueron expuestos *supra* al tratar sobre el principio de legalidad.

La aplicación de estos dispositivos constitucionales y legales habilitan el ejercicio de la actividad administrativa que, para el caso en estudio, ha implicado la facilitación al momento de adoptar medidas de índole económicas, tributarias, de distribución de competencias y de control del orden público para el manejo de la pandemia.

4.1 Medidas de orden económico y tributarias

Una de las políticas económicas del Estado más importantes para el financiamiento del control de la emergencia sanitaria fue la disposición del 2% del gasto aprobado por la Ley de Presupuesto vigente para el año 2020, en conformidad con la atribución que la Constitución Política en su artículo 32 N°20⁵⁶

⁵⁵ VALDIVA, José (2020). Emergencia y administración. En: CONTRERAS, Pablo (Editor). *La ley de la emergencia. Ensayos sobre el derecho, la excepción y la pandemia*. Santiago: Ediciones DER, pp. 31-32.

⁵⁶ Art. 32 N°20 de la Constitución. Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 20°. Cuidar de la recaudación de las rentas públicas y decretar su inversión con arreglo a la ley. El Presidente de la República, con la firma de todos los Ministros de Estado, podrá decretar pagos no autorizados por ley, para atender necesidades impostergables derivadas de calamidades públicas, de agresión exterior, de conmoción interna, de grave daño o peligro para la seguridad nacional o del agotamiento de los recursos destinados a mantener servicios que no puedan paralizarse sin serio perjuicio para el país. El total de los giros que se hagan con estos objetos no podrá exceder anualmente del dos por ciento (2%) del monto de los gastos que autorice la Ley de Presupuestos. Se podrá contratar empleados con cargo a esta misma ley, pero sin que

le entrega al Presidente de la República en circunstancias excepcionales. La implementación de esta atribución constitucional se realizó por el Decreto Supremo N°333 del Ministerio de Hacienda de 19 de marzo de 2020.

Así, toda vez que las medidas de índole sanitarias consistieron en severas restricciones a la movilidad y al desarrollo habitual de la actividad laboral en todo el país, fueron numerosas las medidas destinadas a prestar apoyo financiero a familias y emprendimientos.

Dentro de aquellas medidas destaca el Decreto N°420 del Ministerio de Hacienda⁵⁷ que establece medidas de índole tributaria para apoyar a familias, trabajadores y micro, pequeñas y medianas empresas.

Por medio de este decreto se prorrogaron los plazos para el pago de diversos impuestos, se autorizó al Servicio de Impuestos Internos para la condonación de otros, así como se le autorizó para realizar el pago anticipado de la devolución de impuestos a la renta, entre otras medidas de importancia para las finanzas de trabajadores y empresas.⁵⁸

Adicionalmente, por medio de las resoluciones exentas Plan Paso a Paso se llevó a cabo la fijación de precios de determinados bienes y servicios estratégicos para la contención de la pandemia, tales como el valor de los exámenes PCR⁵⁹ para la detección del virus, los arriendos de inmuebles con fines sanitarios, las prestaciones de salud y el arriendo de ventiladores mecánicos, entre otros.

Por último, otra de las medidas de esta naturaleza adoptadas por el Estado fue el denominado Ingreso Familiar de Emergencia, creado por la Ley N°21.230, cuya discusión y promulgación se hizo bajo el contexto de la pandemia del COVID-19 y que

el ítem respectivo pueda ser incrementado ni disminuido mediante traspasos. Los Ministros de Estado o funcionarios que autoricen o den curso a gastos que contravengan lo dispuesto en este número serán responsables solidaria y personalmente de su reintegro, y culpables del delito de malversación de caudales públicos.

⁵⁷ Decreto N°420 del Ministerio de Hacienda publicado el 1 de abril de 2020, posteriormente modificado por el Decreto N°1156 de 28 de julio de 2020.

⁵⁸ Un análisis más detallado de esta medida se encuentra en CANALES, Andrea, NAVARRO, María (2021). Instrumentos tributarios para hacer frente a los efectos del COVID-19. En FERRADA, J., MÉNDEZ, O. y ROJAS, C. (Coords.). *Derecho público y emergencia: respuestas ante el COVID-19*. Santiago: Legal Publishing.

⁵⁹ Las siglas inglés corresponden a *Polymerase Chain Reaction* (Reacción en Cadena de la Polimerasa).

“establece la entrega de un apoyo económico, denominado Ingreso Familiar de Emergencia, durante los meses, que se prevé, serán los más complejos de esta pandemia y busca beneficiar a aquellos hogares que probablemente serán los más afectados por los efectos económicos que está produciendo la enfermedad COVID-19, que son aquellos hogares cuyos ingresos son mayoritariamente informales.”⁶⁰

Por su celeridad e importancia para el contexto de crisis, esta ley constituye una manifestación de buena práctica legislativa⁶¹ y en esta emergencia sanitaria se posiciona como una ley *ad hoc* dentro de los dispositivos que otorgan facultades a la Administración⁶².

En ese sentido, en artículo 5 bis de la ley entregó a la Administración la determinación del contenido técnico por el que se aplicará la ayuda económica:

Mediante decreto del Ministerio de Hacienda, expedido bajo la fórmula "Por orden del Presidente de la República" y suscrito además por el Ministro de Desarrollo Social y Familia, se establecerán los parámetros que permitirán aumentar el monto del cuarto aporte señalado en los incisos anteriores hasta llegar a los montos establecidos para el tercer aporte. Asimismo, dichos parámetros servirán para determinar la potencial extensión del Ingreso Familiar de Emergencia otorgando un quinto y sexto aporte, los cuales se deberán conceder como máximo hasta el 31 de octubre de 2020. Los parámetros a considerar serán, entre otros, las condiciones sanitarias, del mercado laboral y las realidades regionales asociadas al impacto de la enfermedad COVID-19.

En caso de que las condiciones sanitarias lo ameriten y se cumplan los parámetros establecidos en el inciso anterior, el Ministro de Hacienda, mediante uno o más decretos expedidos bajo la fórmula "Por orden del Presidente de la República" y suscritos además por el Ministro de Desarrollo Social y Familia, podrá aumentar el monto de este cuarto aporte hasta llegar

⁶⁰ Mensaje del proyecto de ley, pág. 5. Obtenido de la historia de la ley en BCN, disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7748/> [Consultado el 22 de mayo de 2023].

⁶¹ Esta ley surgió por Mensaje de fecha 27 de abril de 2020 y se publicó el día 16 de mayo de 2020, es decir, su tramitación, incluyendo el veto presidencial, fue de 19 días.

⁶² Otras leyes de similares características, dictadas en contexto de emergencia sanitaria, fueron la Ley N°21.225 que estableció medidas para apoyar a las micro, pequeñas y medianas empresas, y a las familias; la Ley N°21.227 de Protección al Empleo; y la Ley N°21.229 que aumentó el capital del Fondo de Garantía para Pequeños y Medianos Empresarios y flexibilizó temporalmente sus requisitos.

a los montos establecidos para el tercer aporte. Mediante el mismo procedimiento, el Ministro de Hacienda podrá extender el Ingreso Familiar de Emergencia a un quinto y sexto aporte según lo indicado en el inciso anterior. Además, dicho decreto fijará la cobertura y el monto para el quinto y sexto aporte, respectivamente, el cual no podrá ser superior a los valores señalados en los incisos primero y segundo de este artículo. El o los decretos antes mencionados fijarán el plazo de solicitud para el quinto y sexto aporte, según corresponda, sin perjuicio de lo señalado en los incisos primero y segundo del artículo 7, y determinarán la época de pago de los referidos aportes. (...)

En suma, las anteriores fueron las principales medidas de orden económico y tributarias que se implementaron para soportar los efectos de la crisis, sin perjuicio de que existen otras más.⁶³

4.2 Medidas de modificación de competencias

La facilitación en la adopción de medidas excepcionales conlleva también la necesidad de alterar la regular distribución de competencias en orden a su mayor concentración en el Gobierno, o bien a redistribuirlas entre organismos administrativos.⁶⁴

Aquello ocurre, por ejemplo, con la Ley N°16.282 que faculta al Presidente de la República para dictar normas de excepción sobre diversas leyes administrativas, como el Estatuto Administrativo o las leyes orgánicas de servicios públicos.

En efecto, el inciso primero del artículo 3° de la mentada ley dispone:

El Presidente de la República podrá, por decreto supremo fundado, dictar normas de excepción del Estatuto Administrativo, de las leyes orgánicas de los servicios públicos, de instituciones autónomas o semifiscales, para resolver los problemas de las comunas o hacer más expedita la ayuda a los países afectados por un sismo o catástrofe.

Otro dispositivo de esta naturaleza es la herramienta de los estados de excepción constitucional, que asigna atribuciones policiales a los jefes militares de las Fuerzas Armadas para el control del orden público.

⁶³ No es posible dejar de mencionar la Ley N°21.353 que establece medidas tributarias para apoyar a micro, pequeñas y medianas empresas por la crisis sanitaria, la que aún luego de terminada la última prórroga de Alerta Sanitaria conserva su vigencia, por ejemplo, en cuanto a la extensión de patentes municipales provisionales que indica.

⁶⁴ VALDIVA, José (2020). *Óp. cit.*, pág. 34.

Para tal efecto, fueron los decretos supremos que declararon el estado de excepción constitucional de catástrofe y sus renovaciones los que implementaron la alteración de competencias regulares, por ejemplo, al permitir a los Jefes de la Defensa Nacional asumir “el mando de las Fuerzas Armas y de Orden y Seguridad Pública en la zona declarada en estado de catástrofe”⁶⁵, esto es, asumir funciones que regularmente le corresponden a las policías (orden y seguridad pública).

Asimismo, estos decretos posicionan a la autoridad militar en un rango jerárquicamente superior a los órganos administrativos y sus funcionarios para el cumplimiento de las medidas de índole sanitarias:

Artículo 3. En el ejercicio de sus funciones, los Jefes de la Defensa Nacional tendrán todas las facultades previstas en el artículo 7° de la ley N° 18.415, en los términos que a continuación se detallan:

7) Impartir directamente instrucciones a todos los funcionarios del Estado, de sus empresas o de las municipalidades que se encuentren en la zona, con el exclusivo propósito de subsanar los efectos de la calamidad pública, y, en particular, para una adecuada implementación de las medidas sanitarias adoptadas.⁶⁶

A su turno, los decretos de Alerta Sanitaria hicieron lo propio; el Decreto Supremo N°4 que decretó la primera Alerta Sanitaria dispuso facultades excepcionales que implicaron la alteración de funciones y competencias administrativas de los órganos dependientes o relacionados con el Ministerio de Salud, y que iban desde la simplificación de procedimientos de contratación de bienes y personal, hasta la facultad de fiscalización de las medidas sanitarias. Esto ciertamente es un efecto redistributivo de competencias públicas por cuanto descentraliza determinadas funciones que en contexto de normalidad quedarían radicadas en autoridades centralizadas o harían más burocrática su implementación.

En el mismo sentido, el Decreto N°611 de 9 de abril de 2021 del Ministerio de Hacienda, comentado *supra* a propósito de las medidas de índole económicas en auxilio de la población, contempla, para tal finalidad, la atribución de competencias tributarias, por ejemplo, a los alcaldes de las comunas declaradas

⁶⁵ Artículo 3° numeral 1) del Decreto Supremo N°104 de 18 de marzo de 2020 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

⁶⁶ Artículo 3° numeral 7) del Decreto Supremo N°104 de 18 de marzo de 2020 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

como zonas afectadas por catástrofe, al Servicio de Impuestos Internos y a la Tesorería General de la República para condonar o prorrogar el pago de tributos.

Finalmente, merece un breve comentario el hecho que, durante un momento temprano de la pandemia en Chile, no pocas municipalidades quisieron ejercer funciones de policía sanitaria comunal por medio de ordenanzas municipales⁶⁷.

De ese modo “se adoptaron medidas tales como el cierre de los límites comunales, declaraciones de emergencia, cuarentenas, restricciones de tránsito, cierre o fijación de horarios de establecimiento y obligatoriedad del uso de mascarillas”⁶⁸.

Sin embargo, esta pretendida auto-asignación de competencias sanitarias fue frenada por la Contraloría General de la República que, conociendo de denuncias realizadas en contra de tales medidas, determinó que eran ilegales:

“En este contexto, es menester recordar que aun en las condiciones de calamidad pública, los municipios se encuentran en el imperativo de dar cumplimiento al mencionado principio de juridicidad, consagrado en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental y 2° de ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, según el cual los órganos de la Administración del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las leyes, sin más atribuciones que las que expresamente les ha conferido el ordenamiento jurídico (aplica dictámenes N°s. 1.150, de 2013, y 3.000, de 2017).

En estas condiciones, es necesario puntualizar que corresponde al Presidente de la República y a los jefes de la Defensa Nacional, según proceda, adoptar decisiones que signifiquen afectar derechos fundamentales en los términos que establece la normativa indicada, sin que competa a las municipalidades decretar medidas como las aludidas, que importan arrogarse atribuciones de las que carecen y mermar la unidad de acción necesaria para la superar la crisis sanitaria y restablecer la normalidad constitucional.

⁶⁷ Véase, por ejemplo, la Ordenanza N°117/2020 de la Municipalidad de Santiago que estableció la obligación de uso de mascarillas en lugares que indica y la correlativa sanción por su incumplimiento.

⁶⁸ SOTO, Pablo (2021). La resurrección de la policía sanitaria municipal durante la pandemia de COVID-19. Una cuestión de densidad legal en clave histórico-normativa. En FERRADA, J., MÉNDEZ, O. y ROJAS, C. (Coords.). *Derecho público y emergencia: respuestas ante el COVID-19*. Santiago: Legal Publishing.

Ello, sin perjuicio de la colaboración que corresponda prestar a los municipios en el respectivo ámbito local y de la coordinación que debe existir entre los distintos órganos de la Administración del Estado, de acuerdo con los artículos 3° y 5° de la citada ley N° 18.575.”⁶⁹

No obstante que en la doctrina existe discusión en cuanto al real alcance de las facultades municipales para el cuidado de la salud pública⁷⁰, lo cierto es que en esta emergencia sanitaria la alteración de competencias vino dada de manera verticalizada por parte del poder centralizado hacia los órganos de la Administración -con algunas facultades excepcionales otorgadas a los municipios en materias tributarias-, y no en la forma de auto atribución como lo pretendieron algunas municipalidades.

4.3 Medidas de orden sanitario

En tercer término, se encuentran las medidas de índole sanitario para la prevención de contagios y el manejo de la enfermedad. Tales medidas fueron, entre muchas otras, los cordones sanitarios, las cuarentenas, los controles de temperatura corporal y los protocolos de prevención y cuidado que implicaron la obligatoriedad del uso de mascarillas, los aforos limitados y el distanciamiento social.

Estas medidas se materializaron a través de actos administrativos del Ministerio de Salud, bajo la siguiente estructura:

1. Decreto supremo que declara la Alerta Sanitaria (y sus prórrogas);
2. resolución exenta Plan Paso a Paso (en sus distintas versiones);
3. resoluciones exentas que decretan avance o retroceso en los pasos de cada comuna, con sus respectivas consecuencias;
4. resoluciones exentas que ejercen la fiscalización del cumplimiento de todas las anteriores y, en su mérito, imponen sanciones administrativas.

Anteriormente se trató a la Alerta Sanitaria (1) como habilitación administrativa para la dictación de resoluciones con contenido cada vez más específicos (2, 3, 4), por lo que ahora procede explicar el Plan Paso a Paso como acto

⁶⁹ Dictamen N°6.785 de fecha 24 de marzo de 2020 de la Contraloría General de la República.

⁷⁰ SOTO, Pablo (2021). *Óp. cit.*, pp. 76 y ss.

administrativo de emergencia para el control de la pandemia y sus particularidades, con especial énfasis en su técnica regulatoria.

5. ACTO ADMINISTRATIVO DE EMERGENCIA EN LA PANDEMIA DEL COVID-19: EL PLAN PASO A PASO

Previo al análisis de la jurisprudencia sobre el control judicial de las resoluciones dictadas en contexto de emergencia sanitaria es menester referirse a tales actos administrativos, para lo cual examinaré las resoluciones exentas que dieron origen al denominado “Plan Paso a Paso”, sus formalidades legales y sus elementos internos.

El nombre dado a dichas resoluciones adquiere sentido en atención a su finalidad, la cual no es otra que establecer un régimen de medidas administrativas destinadas al control de la crisis sanitaria y que se caracterizan por una técnica normativa tendiente a la eficacia y eficiencia en la implementación de dichas facultades extraordinarias. De esa forma, distintas estrategias de control sanitario se aplicaron según el “paso” o “fase” en que se encontraba una determinada zona geográfica del país (comunidades y regiones) en relación a criterios técnicos obtenidos por la información y recopilación de datos científicos (progresión de la enfermedad, tasa de fallecidos diarios, avance del plan de inoculación, porcentaje de inmunizados por medio de vacunación, etc.) de forma periódica y en espacios temporales relativamente acotados (cuestión de semanas o incluso días).

En ese sentido, se trató de un régimen de medidas excepcionales caracterizado por una flexibilidad tal que la adopción de las diversas estrategias para el control de la enfermedad no dependiera de la dictación sucesiva y burocrática de abundantes actos administrativos o, más complejo aún, de la dictación de nuevas leyes, sino más bien de la aplicación de las distintas hipótesis de hecho que regula la propia resolución de que se trate (en este caso, de cada Plan Paso a Paso).

5.1 Motivación del acto

Como es natural, las resoluciones Plan Paso a Paso debieron cumplir con los requisitos que otorgan validez a todo acto administrativo, los que están

constituidos por sus elementos de legalidad interna (fin, objeto y motivo) y de legalidad externa (investidura regular del órgano, competencia y forma)⁷¹.

No es objeto de esta investigación ahondar en la totalidad de estos elementos para el examen de la validez de los actos administrativos de emergencia, sino más bien analizar los elementos de legalidad interna, particularmente aquel que se refiere a los motivos y a la motivación del acto.

En primer lugar, vale precisar la diferencia entre los motivos y la causa del acto administrativo. En ese sentido Cordero explica:

“Los motivos son la razón de ser, el fundamento, o si se quiere la causa impulsiva. La causa, en cambio, debe ser entendida como la *causa finalis*, que la mayoría hacen radicar en la adecuación del contenido del acto a los fines que persigue. De ese modo, la causa es la función objetiva que el acto cumple y de cuya concurrencia depende su validez. Sin embargo, la característica del acto administrativo -a diferencia del derecho privado- es que en la mayoría de los casos la función que debe cumplir el acto está predeterminada por el ordenamiento jurídico.

Los efectos de la infracción a ambos supuestos será evidente. Mientras la infracción a la “causa” afecta el estándar de legalidad; la infracción a la motivación afecta el estándar de razonabilidad.”⁷²

Lo anterior es importante puesto que la jurisprudencia que se verá más adelante hace radicar buena parte de su argumentación en la observancia de los motivos que indujeron a la dictación de las resoluciones impugnadas y a la causa detrás de las mismas.

Adicionalmente, hay que hacer una segunda precisión entre las ideas de *motivo* y de *motivación* del acto. Así, Valdivia señala que:

“El motivo debe distinguirse de la motivación, con la cual guarda estrechas relaciones. Mientras el motivo es un elemento de fondo de los actos administrativos, la motivación es un requisito formal consistente en la expresión de los motivos. En la práctica, en los instrumentos que sirven de soporte a actos administrativos la motivación suele ser identificada con la

⁷¹ VALDIVIA, José (2018). *Óp. cit.*, pág. 216.

⁷² CORDERO, Luis (2015). *Óp. cit.*, pág. 263.

expresión “considerandos” (los “vistos”, por su parte, identifican las reglas legales en que se sustenta la decisión).”⁷³

Ahora bien, al observar todas las resoluciones Plan Paso a Paso, se advierte que su motivación -dada por los motivos expresados en sus considerandos- es muy similar entre sí, lo que es comprensible pues atiende a la misma emergencia sanitaria desarrollada en un espacio temporal restringido, sin perjuicio de específicas variaciones entre una y otra resolución producto de la acumulación de conocimiento científico y de la evidencia disponible.

5.2 El Plan Paso a Paso y el pase de movilidad

Este es el acto administrativo más relevante para esta investigación, por cuanto a través de aquel se materializó una intensa y prolongada política pública para el control de la crisis. Sobre el particular, merece un esfuerzo detenerse en una de las medidas configuradores del Plan Paso a Paso: el “pase de movilidad”. Asimismo, es importante comprender la técnica regulatoria detrás de esta medida, así como las críticas que provocaron un cuestionamiento de orden social y también jurídico.

En la elaboración e implementación de la inoculación como política pública sanitaria, la indecisión de las personas sobre la eficiencia o seguridad de las vacunas (*vaccine hesitancy*) es un objeto de estudio obligado. Por ejemplo, la literatura científica señala que en el caso del COVID-19 algunos de los principales motivos de las personas que no se decidían o se negaban a vacunarse eran las dudas sobre la seguridad de la vacuna o el temor a sus efectos secundarios, la desconfianza a la autoridad y por ende a la veracidad de la información proporcionada, o derechamente la negación de la enfermedad o de sus efectos fatales⁷⁴.

Quizá una de las implicancias más relevantes para el estudio del Derecho Administrativo de emergencia sea el hecho que las resoluciones Plan Paso a Paso contemplaron una técnica de regulación consistente en un sistema de incentivos para la promoción de la inoculación *voluntaria* de las vacunas contra el virus del COVID-19.

En efecto, este sistema de incentivos se implementó una vez que el Estado adquirió las primeras dosis de vacunas para la población, y su concreción

⁷³ VALDIVIA, José (2018). *Óp. cit.*, pág. 222.

⁷⁴ LIN, C.; TU, P.; BEITSCH, L.M. Confidence and Receptivity for COVID-19 Vaccines: A Rapid Systematic Review. *Vaccines* 2021, 9, 16.

normativa se radicó en el llamado “pase de movilidad” (*green card* o pasaporte sanitario en otros países) que funcionó como certificado por el cual era posible ejercer determinados derechos de desplazamiento y reunión.

En palabras del Gobierno:

“Este plan [Paso a Paso] fue modificado en distintos momentos. En Julio de 2021, tuvo uno de sus mayores cambios, incorporando el “Pase de Movilidad” (documento que se entrega a todas las personas que completaron su proceso de vacunación contra el covid-19 con las correspondientes vacunas y dosis aprobadas por el Instituto de Salud Pública de Chile) y dando mayores libertades a las personas que contaban con este.”⁷⁵

En definitiva, el pase de movilidad operó como un premio para quienes cumplieran con el esquema de vacunación en un contexto de severas restricciones de movilidad y reunión. De esa manera se generó un fuerte incentivo para alcanzar una alta adhesión a la vacunación de forma voluntaria.

5.3 Técnica regulatoria contra la pandemia: el *nudge* y la arquitectura de la decisión

La utilización de incentivos para la inoculación voluntaria como técnica de regulación eficiente responde a la interdisciplinariedad que ha adoptado el Derecho Administrativo, gracias a la cual la autoridad, para llevar a cabo sus objetivos, se nutre de información proveniente de distintas áreas del conocimiento a fin analizar y dar solución a problemas cada vez más complejos.

En ese contexto, la psicología y la economía del comportamiento han contribuido notablemente a proporcionar evidencia empírica que “permite formular mejores explicaciones y predicciones de la realidad social, que a su vez pueden ser utilizadas para diseñar políticas que «empujen» a los individuos a tomar mejores decisiones tanto desde un punto de vista personal como colectivo.”⁷⁶

Este tipo intervenciones o “empujones” leves en las decisiones de los individuos se ha denominado *nudge*. El *nudge* es conceptualizado por sus principales autores como “cualquier aspecto de la arquitectura de las decisiones que

⁷⁵ GOBIERNO DE CHILE (2022b). COVID-19: Evolución, efectos y políticas adoptadas en Chile y el mundo, p. 18. Obtenido de: https://www.dipres.gob.cl/598/articles-266625_doc_pdf.pdf

⁷⁶ BARRAGUÉ, Borja, DOMÉNECH, Gabriel (2021). El análisis interdisciplinar del Derecho Público. En ARROYO, Luis, DOMÉNECH, Gabriel, RODRÍGUEZ, José (Coords.) *Tratado de Derecho Administrativo, Vol. I.*, pág. 520.

modifica la conducta de las personas de una manera predecible sin prohibir ninguna opción ni cambiar de forma significativa sus incentivos económicos”.⁷⁷ Las principales características de un *nudge* es que sea fácil de evitar y no puede consistir en un mandato⁷⁸.

Parte de la doctrina nacional ha afirmado que la implementación de medidas para el manejo de la pandemia contempló el uso de *nudges* que, aunque no explicitados, se encuentran insertos en el diseño normativo de la actividad administrativa de emergencia. Estos *nudges* o pequeños empujones conductuales comenzaron a emplearse de una manera más sutil en las medidas comunicacionales de la política pública sanitaria en una etapa temprana de la pandemia⁷⁹ y posteriormente -con la adquisición de altas dosis de vacunas y un importante conocimiento científico- se trasladó como sistema de incentivos al Plan Paso a Paso dando forma al pase de movilidad.

De esa manera, si analizamos la normativa sobre el pase de movilidad, veremos que dicha técnica regulatoria cumple con las características de la definición de *nudge*.

A modo ilustrativo, las normas del Plan Paso a Paso que daban forma a esta técnica regulatoria señalaban:

“47. De los efectos del Pase de Movilidad. El Pase de Movilidad habilitado no afectará la movilidad de su titular, y producirá los efectos que explícitamente se señalen en los actos administrativos dictados por la autoridad sanitaria. (...)

50. Exigencia en eventos masivos.

Para el ingreso al recinto se exigirá la exhibición del Pase de Movilidad habilitado o; en el caso de quienes no cuenten con un pase de movilidad y no están afectos a la medida de aislamiento prevista en la presente resolución o en la resolución exenta N° 495, de 12 abril de 2022, del Ministerio de Salud,

⁷⁷ THALER, Richard y SUNSTEIN, Cass (2008): *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press, pág. 293.

⁷⁸ BARRAGUÉ, Borja, DOMÉNECH, Gabriel (2021). *Óp. cit.*, pág. 525.

⁷⁹ PONCE DE LEÓN, Viviana (2021). El nudge ante la pandemia de COVID-19 y su aplicación en Chile: Promesas y peligros. En: FERRADA, J., MÉNDEZ, O. y ROJAS, C. (Coords.). *Derecho público y emergencia: respuestas ante el COVID-19*. Santiago: Legal Publishing.

un resultado negativo en test PCR para SARS-Cov-2 realizado en Chile y cuya muestra no exceda las 24 horas previas al ingreso.

51. Exigencia en espacios cerrados. Se deberá exhibir el Pase de Movilidad habilitado y del documento que acredite la identidad, para el ingreso a cualquier establecimiento o recinto cerrado que tenga una afluencia de público y que, en promedio, las personas se mantengan al menos 1 hora en el recinto. Dicha exigencia deberá ser debidamente informada por la administración del recinto a quienes concurren a este. Sin perjuicio de lo dispuesto precedentemente, quienes no cuenten con un pase de movilidad podrán ingresar a dichos recintos si cuentan con un resultado negativo en un test PCR para SARS-Cov-2 realizado en Chile; cuya muestra no debe exceder las 24 horas antes del ingreso. (...)”⁸⁰

En tal orden de cosas, la idea detrás del pase de movilidad fue lograr que la población se inocule voluntariamente contra el COVID-19. Este objetivo se consigue de forma más eficiente por medio de incentivos tales como el poder ingresar a eventos en espacios cerrados o realizar viajes intercomunales e interregionales; actividades que sin la vacunación (y su respectivo certificado) no podían realizarse a menos que la persona presentara un examen médico con resultado negativo realizado en las últimas 24 horas desde la fecha de dichos eventos o viajes. Esto último, como es evidente, resulta más tedioso, costoso y complejo que obtener el certificado o pase de movilidad.

La afirmación precedente se constata en un informe de análisis retrospectivo sobre el desarrollo de la pandemia en Chile y la respuesta del Estado:

“En octubre [de 2021] 1,2 millones de personas aún no se habían vacunado, pese a las numerosas estrategias y llamados realizados. Como una forma de incentivar a los rezagados a inocularse, a partir del 25 de octubre [de 2021] se comenzó a exigir a los mayores de 55 años tener dosis de refuerzo para mantener habilitado su Pase de Movilidad. La exigencia se extendería a los mayores de 45 años desde el 1 de diciembre y, finalmente, a los mayores de 18 años desde el 1 de enero de 2022.”⁸¹

⁸⁰ Resolución exenta N°494/2022 del MINSAL que establece Plan “Seguimos Cuidándonos, Paso a Paso”. Con algunas variaciones, la estructura normativa del pase de movilidad se mantiene en todas las resoluciones Plan Paso a Paso.

⁸¹ GOBIERNO DE CHILE (2022a). COVID-19 en Chile. Pandemia 2020-2022, pág. 227. Disponible en: https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2022/03/2022.03.03_LIBRO-COVID-19-EN-CHILE-1-1.pdf [Consultado el 19 de mayo de 2023].

En otros términos, el pase de movilidad implicó para sus portadores beneficios considerables en un contexto de severas restricciones, lo que a su vez significó un aporte al bienestar general bajo la premisa de que, a mayor cantidad de personas vacunadas, más rápido se acabaría la pandemia.

De ese modo, la obtención del pase de movilidad constituyó una actuación voluntaria hacia la inoculación de vacunas contra el COVID-19 (aunque fuertemente influenciada por el diseño de incentivos), que siempre pudo ser evitada acudiendo a una segunda alternativa disponible (realizarse examen PCR en las condiciones señaladas por la autoridad), de manera tal que esta forma de regulación cumple con las principales características del *nudge* previamente apuntadas.

En suma, el incentivo a “recuperar” los derechos de desplazamiento y de reunión en el contexto de la emergencia sanitaria influyó en la conducta de las personas para inocularse contra el COVID-19 sin que fuera necesario imponer una vacunación forzada, sino que condicionando el ejercicio de sus derechos de libertad a portar una certificación que, para mayor simpleza, se encontraba disponible en formato digital y era descargable de Internet.

Esto fue especialmente relevante en el marco de las cuarentenas dinámicas y de las severas restricciones que fueron provocando una fatiga del comportamiento, es decir “un patrón de conducta en virtud del cual, tras repetir varias veces un determinado comportamiento, este ya no puede ser provocado nuevamente por un tiempo o solo puede ser provocado mediante un estímulo mucho más fuerte”⁸².

Ahora bien, aunque lo anteriormente descrito ha reportado notables beneficios a nivel colectivo⁸³, la intervención estatal en la conducta de las personas no ha estado exenta de críticas, particularmente cuando lo que se encuentra condicionado es el ejercicio de derechos fundamentales.

En definitiva, lo característico del acto administrativo de emergencia en la pandemia del COVID-19 es que para el logro de sus cometidos se sirvió -como no podía ser de otra manera- del conocimiento técnico de disciplinas científicas,

⁸² PONCE DE LEÓN, Viviana (2021). *Óp. cit.*

⁸³ De acuerdo con cifras entregadas por el Gobierno: “El 5 de mayo [de 2021], cuando ya se habían administrado 15 millones de dosis, el Banco Mundial alabó la exitosa campaña de vacunación chilena, sumándose a otros organismos internacionales que también habían reconocido el proceso.” GOBIERNO DE CHILE (2022a). COVID-19 en Chile. Pandemia 2020-2022, pág. 224,

lo que resultó especialmente relevante para la eficiencia de la política pública de vacunación voluntaria. Veremos que este respaldo técnico fue fundamental para la motivación de los actos administrativos, cuestión que incidió fuertemente en la conducta deferente que adoptaron los tribunales del Poder Judicial al momento de controlar determinadas actuaciones de la Administración.

5.4 Críticas a esta modalidad de intervención

Frente a esta política pública configurada por actos administrativos diseñados sobre la base de intervenciones conductuales tempranamente surgieron críticas de toda índole.

Una categoría de críticas al Plan Paso a Paso -y más duramente a su pase de movilidad- es la que cuestiona la legitimidad del Estado para restringir las decisiones y libertades de las personas.

No es objeto de este trabajo indagar en las posiciones éticas que surgen producto de las modalidades de intervención del Estado en el control de una pandemia, sin embargo, bastará con referir que, incluso desde la comunidad médica, se puso temprano énfasis en que cualquier medida restrictiva para el manejo de la crisis debe armonizarse con los derechos individuales y dignidad las personas⁸⁴.

De otro lado, el cuestionamiento a las intervenciones estatales sobre la autonomía de las personas con fundamento en su propio beneficio o protección es etiquetado como paternalismo⁸⁵ y forma parte ineludible del debate sobre la actividad administrativa con efectos en la arquitectura de las decisiones de las personas⁸⁶.

Pese a que la discusión abarca otras disciplinas de estudio (la filosofía ética por lo pronto), no es posible soslayar el hecho que parte de las críticas morales a la intervención estatal se trasladaron pronto a los tribunales de justicia a través de las acciones constitucionales protectoras de derechos fundamentales.

⁸⁴ SALAS, Sofía (2020). Aspectos éticos de la epidemia del Coronavirus. En *Revista médica de Chile*, 148(1), pp. 123-124.

⁸⁵ Una analogía que ayuda a comprender esta posición versa: “El paternalismo supone que, tal como el padre de familia sabe lo que es mejor para los miembros de su familia, el Estado sabe lo que es mejor para nosotros. (...) Tal como el padre de familia es responsable de la paz doméstica, el Estado puede utilizar su poder coactivo para hacer actuar a los individuos según su propio beneficio.” En LOEWE, Daniel (2020). *Ética y coronavirus*. Santiago: Fondo de Cultura Económica, pág. 87.

⁸⁶ Por todos, SUNSTEIN, Cass (2017). *Paternalismo libertario: ¿Por qué un empujoncito?* Alemania: Herder Editorial.

Pues bien, dejando de lado la profundidad de la discusión ética sobre la materia, lo cierto es que las críticas no tardaron en ser trasladadas a la justicia cuando comenzaron a interponerse numerosas acciones judiciales en contra del Plan Paso a Paso y las demás resoluciones que le sucedieron.

En efecto, hubo personas que por razones religiosas, ideológicas (desconfianza a la autoridad; negacionismo sobre los efectos del virus o su misma existencia) o por contraindicaciones médicas no quisieron o no pudieron vacunarse⁸⁷, debiendo cargar con las restricciones impuestas en circunstancias de que muchos otros ciudadanos gozaban de sus libertades más básicas gracias al pase de movilidad, cuestión que derivó en la interposición de numerosos recursos de protección ante las Cortes de Apelaciones del país.

6. SÍNTESIS DEL CAPÍTULO

Este capítulo pretendió demostrar que el control de la pandemia por parte de la Administración se compuso de instrumentos jurídicos de distintas jerarquías (algunos de ellos de fuentes internacionales) que vinieron a formalizar el principio de legalidad de la actividad administrativa y que sirvieron para motivar los actos administrativos dictados en el contexto de la emergencia.

Asimismo, las explicaciones sobre la potestad discrecional de los órganos de la Administración sirvieron para conceptualizar los actos administrativos elaborados y ejecutados específicamente para el manejo de la pandemia del COVID-19, es decir, el Plan Paso a Paso y la regulación desarrollada bajo su implementación.

En relación a lo anterior, se señaló que la naturaleza de esta intervención estatal generó críticas y resistencia por parte de algunas personas. Esta disconformidad llevó en algunos casos a la judicialización de la actividad administrativa de excepción. La forma en que los tribunales de justicia reaccionaron a la impugnación judicial de esta actividad administrativa se verá en el capítulo final,

⁸⁷ En causa Rol N°81.777-2022 de la Corte de Apelaciones de Santiago se formuló esta situación: el recurrente señaló que por una enfermedad poco conocida (síndrome de Parsonage-Turner) no se le recomendaba vacunarse atendido a los efectos secundarios que por su condición le afectan físicamente, para lo cual acompañó antecedentes que hacían plausible comprobar su situación. Lamentablemente para esta tesis, el recurrente se desistió de su acción por cuanto la situación de hecho (las medidas administrativas que le afectaban) habían cesado durante la tramitación del recurso, con lo que éste había perdido oportunidad de modo que la Corte no tuvo ocasión de dictar sentencia sobre la colisión de derechos inicialmente alegada.

luego de revisar algunos tópicos sobre el control jurisdiccional de la Administración de emergencia.

CAPÍTULO II

CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE EMERGENCIA

La revisión de la actividad Administrativa por parte de los tribunales de justicia se ha consolidado como una garantía para los derechos fundamentales de los administrados, cuya finalidad sirve para evitar los desvíos de poder y las arbitrariedades en el ejercicio de la función pública.

Para García de Enterría este hecho reviste una importancia mayor pues circunscribe el desarrollo del Derecho Administrativo a la pugna constante entre derechos de los administrados y las inmunidades de la Administración en ejercicio de sus potestades públicas.⁸⁸

En relación a los enfoques conceptuales previos, surge la interrogante acerca de si el sistema de justicia está apropiadamente diseñado para ejercer un control jurisdiccional efectivo sobre todos los actos administrativos, especialmente en ausencia de tribunales contencioso-administrativos. Además, es relevante considerar si estos mecanismos de control abarcan los actos de discrecionalidad técnica como los que fueron dictados por la autoridad sanitaria para el control del COVID-19.

1. FORMAS QUE ADOPTA EL CONTROL PÚBLICO

El control sobre los actos de la Administración, esto es, sobre el ejercicio del poder público, puede adoptar múltiples formas; por lo pronto, el control social constituye la forma más inmediata que tienen las personas para fiscalizar y en su caso reprochar las actuaciones y omisiones de las autoridades y organismos públicos. Al respecto, se ha señalado que esta clase de control -probablemente

⁸⁸ En palabras de dicho autor: “La historia de la reducción de estas inmunidades, de esta constante resistencia que la Administración ha opuesto a la exigencia de un control judicial plenario de sus actos mediante la constitución de reductos exentos y no fiscalizables de su propia actuación, podemos decir que es, en general, la historia misma del Derecho Administrativo.” GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1974). *Óp. cit.*, pág. 166.

por su naturaleza informal- persigue no sólo el apego formal a la legalidad, sino que además el escrutinio a la finalidad que la ley ha otorgado al órgano o autoridad para el cumplimiento de sus objetivos, en concordancia con los principios de eficiencia, eficacia y bien común⁸⁹.

Otra de las manifestaciones del control sobre la Administración es el de carácter político, que se comprende dentro de las facultades que la Constitución y las leyes confieren a los parlamentarios en tanto agentes fiscalizadores⁹⁰, así como a las Cámaras del Congreso o a una parte de ellas en tanto corporaciones⁹¹.

Ahora bien, en lo que interesa especialmente a esta investigación, se encuentra el control jurisdiccional, que comprende el examen de la legalidad -en su sentido amplio- del actuar de la Administración.

Así, el control jurisdiccional es ejercido por los órganos investidos de facultades jurisdiccionales. En Chile, esta forma de control es ejercida típicamente por la Contraloría General de la República y por los tribunales de justicia. La primera ejerce un control preventivo a través del trámite de toma de razón, cuando corresponde, y un control represivo cuando su intervención contralora es requerida.

Respecto de los tribunales de justicia, el control sobre la Administración es estrictamente un control judicial, que opera de manera represiva puesto que, en virtud del principio de separación de poderes, sólo les corresponde a los tribunales revisar los actos administrativos cuando estos son impugnados por los particulares.

Con todo, esta clase de control, en palabras de Parejo:

“[E]s una función que aparece revestida de las siguientes notas características: i) es una actividad de confrontación o comprobación, con emisión de un juicio con arreglo a un criterio; ii) que un ente u órgano realiza respecto de la actividad de otro; iii) que conlleva, sobre la base del juicio

⁸⁹ BARRA, Nancy (2019). El control social en la prevención de las malas prácticas administrativas y la corrupción. Santiago: Editorial Universidad Finis Terrae, pág. 147.

⁹⁰ Por ejemplo, a través de la facultad del artículo 9 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional N°18.918 referente a la solicitud de informes y antecedentes específicos a los organismos de la Administración del Estado y a las empresas estatales.

⁹¹ Así ocurre con la revisión judicial de los decretos supremos por pare del Tribunal Constitucional, el que es competente según el artículo 93 N°16 de la Constitución cuando exista un requerimiento de alguna de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio. Análisis este tema en *infra*.

emitido, la adopción de una medida de contenido y alcance diverso; y iv) con producción de los consecuentes efectos, positivos o negativos, en aquella actividad; efectos también diversos, dependiendo del carácter de la medida adoptada.”⁹²

En ese sentido, el control público ejercido por los tribunales variará dependiendo de las características del sistema judicial. No existe una categorización uniforme a este respecto, sino más bien distintos modelos de justicia administrativa desarrollados de acuerdo a las competencias del propio órgano judicial que ejerce el control, su grado o nivel de especialización, la intensidad con que puede examinar los hechos, entre otras consideraciones.

1.1 Antecedentes históricos del control judicial de la actividad administrativa

En cada sistema de justicia, el modelo de control sobre la Administración contiene elementos configuradores que se arrastran de las distintas concepciones políticas que dan origen al Estado.

Uno de los más importantes factores que determinan uno u otro modelo de revisión judicial es la forma de asimilar el principio de separación de poderes, sus límites y sus consecuencias al momento de controlar las decisiones administrativas.

La concepción original de este principio se gestó con las ideas ilustradas que dieron origen a la Revolución Francesa, las que posteriormente influyeron en la construcción de nuestra República. Sin perjuicio de ello, la interpretación francesa del principio de separación de poderes no fue igualmente concebida en el desarrollo de la justicia administrativa en Chile⁹³. Esto se expresa con fuerza al entrar en vigor la Constitución de 1925 que admitió la posibilidad de revisión de las decisiones administrativas por parte de tribunales especializados dentro del propio Poder Judicial, sin que ello significara una vulneración al principio de separación de poderes⁹⁴.

Aunque sabemos que nunca se legisló para la creación de estos tribunales contencioso-administrativos, una u otra razón llevaron a los tribunales ordinarios

⁹² PAREJO, Luciano (2012). Lecciones de Derecho Administrativo. 5ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 599.

⁹³ FERRADA (2020). *Óp. cit.*, pág. 13.

⁹⁴ *Ibid.*, pág. 15.

a suplir dicha ausencia y a abordar progresivamente los conflictos entre los particulares y la Administración⁹⁵.

Esta divergencia con la tradición francesa que inspiró al Derecho Administrativo nacional se manifiesta en las heterogéneas expresiones de modelos de justicia administrativa que conviven en nuestro sistema judicial. Es decir, no es posible categorizar el sistema de justicia administrativa como un sistema uniforme, sino que es necesario formular algunas precisiones en torno a los distintos tribunales y órganos que conocen a su vez una cantidad numerosa de acciones y reclamaciones disponibles para el control de la actividad administrativa.

2. MODELOS DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Las siguientes clasificaciones de la justicia administrativa se formulan en función de la intensidad del control y de los remedios con que cuenta el juez, con lo que se puede distinguir un contencioso objetivo y uno subjetivo; y en función de si el órgano que ejerce el control cuenta con especialización en la materia bajo su revisión.

2.1 Contencioso objetivo y subjetivo

Una división fundamental cruza al régimen de acciones judiciales contra los actos de la Administración, y es que la doctrina reconoce aquellas que buscan un enjuiciamiento al acto administrativo otorgando competencias al tribunal para examinar de manera más o menos amplia su legalidad, en lo que, siguiendo la tradición francesa, se conoce como “recurso por exceso de poder” y que constituye un contencioso objetivo; y por otro lado, aquellas acciones que miran la lesión jurídica de la persona provocada por el actuar de la Administración, centrandó el objeto del control en la reparación del daño, lo que se ha denominado “recurso de plena jurisdicción” y que da lugar a un contencioso subjetivo. Cada una de estas nociones modulan las vías judiciales con que cuentan los justiciables.

De esa manera, en el contencioso objetivo, que es aquel que busca enjuiciar al acto administrativo por su presunta ilegalidad, el control judicial se centra en la observancia del derecho objetivo y la resolución del conflicto tiene como principal

⁹⁵ Este fenómeno ha sido ampliamente examinado por la doctrina nacional. Por todos, véase FAÚNDEZ, Julio (2011). Democratización, desarrollo y legalidad: Chile, 1831-1973. Santiago: Ediciones U. Diego Portales, pág. 163 y ss.

herramienta el remedio anulatorio⁹⁶. En nuestro medio, son propiamente acciones contencioso-administrativas objetivas o “por exceso de poder” los reclamos de ilegalidad que la ley establece para reclamar contra los actos de los alcaldes o sus funcionarios y de los gobiernos regionales⁹⁷, entre otras.

Por su parte, el contencioso subjetivo busca la reparación patrimonial de los derechos lesionados por parte de la Administración. En esta clase de acciones el control del juez suele ser más intenso; además de un análisis sobre el derecho aplicable, existe una controversia sobre hechos y por tanto se permite el ejercicio probatorio, mientras que el remedio en esta clase de contencioso es la indemnización de la persona lesionada en sus derechos. Así ocurre por ejemplo en las acciones de indemnización de perjuicios por falta de servicio dirigidas contra los órganos del Estado.

2.2 Competencia general y especializada

Otra de las vertientes que adopta el control judicial sobre los actos de la Administración es aquella que distingue entre justicia con competencia general y justicia especializada.

La primera, denominada también como jurisdicción generalista, se refiere a los tribunales de competencia común ubicados dentro de la estructura del Poder Judicial, y constituye la regla general; por su parte la segunda de estas vertientes toma por nombre jurisdicción especializada y se refiere a los tribunales con competencia específica en una materia determinada, cuyos jueces cuentan con formación legal y también técnica en un ámbito particular⁹⁸.

Ambas modalidades de justicia tienen aspectos positivos, pero también debilidades⁹⁹. Por lo pronto, la relevancia de estas modalidades de justicia administrativa se encuentra en que las decisiones administrativas de contenido

⁹⁶ VALDIVIA, José (2018). *Óp. cit.*, pág. 380.

⁹⁷ Reguladas respectivamente en la Ley N°18.695 y Ley N°19.175.

⁹⁸ CORDERO, Luis y TAPIA, Javier (2015). La revisión judicial de las decisiones regulatorias. En *Estudios Públicos N°139 (invierno 2015)*, pág. 11.

⁹⁹ La jurisdicción generalista se enfrenta al problema de la dificultad cognoscitiva de revisar decisiones técnicas y científicas, lo que deviene en una fuerte deferencia hacia la autoridad administrativa que tomó la decisión. Mientras que la jurisdicción especializada, cuando ha sido diseñada con un carácter eminentemente técnico, restringe el control judicial en perjuicio de la certeza jurídica que otorga la revisión o la segunda instancia (es el caso típico de la regulación eléctrica y del panel de expertos), lo que conlleva al cuestionamiento de la legitimidad de la decisión especialista.

técnico o especializado complejizan el control ejercido por la jurisdicción generalista.

Esto se constató en el caso de las medidas sanitarias para el manejo de la pandemia, cuando las Cortes del país actuaron con una marcada deferencia hacia la Administración y los actos administrativos motivados por evidencia científica, muy probablemente inhibidas de ejercer un control intenso por una autoimpuesta limitación política, como por la carencia de los conocimientos especializados que se necesitan para cuestionar una decisión técnica.

3. EL SISTEMA CHILENO DE CONTROL JUDICIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO

En la doctrina contemporánea hay un consenso prácticamente transversal sobre que no existen actos administrativos que escapen a la revisión de los tribunales de justicia, aún con la disgregación procedimental de las acciones impugnatorias que representa una de las dificultades procesales al momento de perseguir el control de los actos administrativos, especialmente de aquellos de mayor contenido discrecional.

Siguiendo a Ponce De León, el derecho a la impugnación, revisión o control de los actos administrativos es un principio general que se extrae de la interpretación de las normas relativas al denominado “derecho a la acción” que se reconoce a toda persona en virtud del artículo 19 número 3 de la Constitución, de la regla de inexcusabilidad que se impone a los tribunales de justicia conforme al artículo 76 de la Constitución y del derecho de los particulares a la acción contencioso-administrativa general que dispone el inciso segundo del artículo 38, también de la Carta Fundamental¹⁰⁰.

Puesto que la Administración se encuentra constantemente sometida a control y de una forma significativamente mayor a los demás poderes del Estado, - precisamente porque es quien mayor actividad y consecuencias diarias genera en los administrados¹⁰¹-, su control se ejerce por múltiples mecanismos dispuestos para la revisión o impugnación de la actividad administrativa, y permite clasificaciones, tantas como autores aborden la materia.

¹⁰⁰ PONCE DE LEÓN, Sandra (2018). Jurisdicción contencioso-administrativa. El control de la administración por los tribunales ordinarios y especiales. Procedimientos aplicables. Santiago: Ediciones DER, pág. 26 y ss.

¹⁰¹ CORDERO, Luis (2015). *Óp. cit.*, pág. 535.

Los modelos de justicia administrativa anteriormente esbozados son útiles para describir el sistema chileno de control judicial de la Administración: conviven en nuestro ordenamiento jurídico los modelos de lo contencioso subjetivo y objetivo, cuyo conocimiento ha sido entregado a los tribunales de competencia general y a tribunales especializados.

Sin embargo, hoy en día ambos modelos de la justicia administrativa algunas veces se confunden en el derecho nacional. Esto ocurre por ejemplo en la justicia ambiental cuyo desarrollo y alcances actualmente han atraído la atención de la doctrina administrativista.

En efecto, las competencias que las leyes ambientales otorgan a los tribunales con especialización en la materia han provocado que la distinción entre el modelo objeto y el subjetivo no resulte del todo clara, confluyendo elementos de control plenario con remedios de carácter subjetivo¹⁰².

Asimismo, la inexistencia de tribunales de competencia contencioso-administrativa de carácter general (similar al sistema de justicia penal o laboral) ha dado espacio para el surgimiento de jurisdicciones especializadas.

Así, aunque la jurisdicción especializada es la excepción en nuestro sistema jurisdiccional, actualmente va *in crescendo*. En efecto, la evolución de la legislación nacional ha tendido en el último par de décadas hacia la especialización de la justicia administrativa, creando tribunales e instancias de revisión en materias específicas, por contraposición a una especialización que abarque la generalidad de las contiendas administrativas¹⁰³.

Estos tribunales especializados resultan útiles para el control de actos administrativos discrecionales especialmente en las materias sectoriales en que la regulación es cada vez más técnica. De tal manera, la jurisdicción generalista convive con una jurisdicción especializada, complejizando la disponibilidad de mecanismos impugnatorios de la actividad administrativa.

Por último, no es posible dejar de mencionar que el sistema también contempla “órganos que ejercen jurisdicción” pero que no son tribunales propiamente tales. Según la doctrina, estos son todos los órganos de la Administración del Estado que resuelven una controversia o un conflicto jurídico entre aquella y un particular,

¹⁰² RUFATT, Cristófer (2022). Remedios judiciales en el contencioso administrativo ambiental. Santiago: Editorial Hammurabi, pág. 94.

¹⁰³ VERGARA, Alejandro (2018). Derecho Administrativo: identidad y transformaciones. Santiago: Ediciones UC, pág. 100.

dictando resoluciones que afectan derechos¹⁰⁴. La jurisdicción ejercida por estos órganos no es objeto de análisis en esta tesis.

4. DIFICULTADES QUE ENFRENTA EL CONTROL JUDICIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE EMERGENCIA

Sin que resulte taxativo, es posible identificar en el derecho nacional tres circunstancias o causas que dificultan el ejercicio del control judicial sobre los actos administrativos, especialmente de aquellos que emanan de la potestad discrecional fundada en razones esencialmente técnicas o en el marco de una política pública: estas dificultades son la falta de un contencioso-administrativo general, la inorgánica diversidad de acciones y procedimientos judiciales sobre materias de Derecho Público y la deferencia judicial para con los actos administrativo mayormente discrecionales.

Estas tres causas están interrelacionadas entre sí y es muy probable que una sea consecuencia de la otra.

4.1 Ausencia del contencioso-administrativo general

La falta de tribunales contencioso-administrativos en Chile ha sido un tema ampliamente estudiado por la doctrina¹⁰⁵.

Por lo pronto, es interesante la explicación que ha formulado De la Cruz, descartando en primer lugar que esta ausencia de justicia contenciosa-administrativa se deba a la aversión al control o que se trate de un problema de financiamiento en la implementación de una justicia administrativa general¹⁰⁶. Más bien apunta como principales causas a los desencuentros doctrinales y a la actuación de la Contraloría (desde su génesis con un rol fiscalizador cada vez más preponderante) que “se transformó, entonces, en el guardián de la constitucionalidad y en el sustituto del contencioso, lo que se apreció claramente a partir de la década del 50.”¹⁰⁷

¹⁰⁴ FERRADA, Juan Carlos (2020). *Óp. cit.*, 62.

¹⁰⁵ Por todos, PANTOJA, Rolando (2005). La inexplicable ausencia de una justicia administrativa en el Estado de Chile. En *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* N°13.

¹⁰⁶ DE LA CRUZ, Alicia (2019). Contraloría General de la República: ¿Jurisdicción contenciosa administrativa? Santiago: Ediciones DER, pp. 215-216.

¹⁰⁷ *Ibid.*, pág. 220.

La ausencia de un sistema de justicia administrativa radicado en tribunales contencioso-administrativos de competencia general dificulta ostensiblemente el ejercicio del control judicial sobre la Administración. Esto se expresa, por ejemplo, en que la justicia administrativa requiere una especialización que no puede ser satisfactoriamente suplida por la justicia civil de carácter generalista, lo cual deviene en decisiones judiciales de menor calidad y más susceptibles a ser corregidas en instancias superiores¹⁰⁸.

En el mismo sentido, la ausencia de procedimientos que contemplen el ejercicio probatorio tanto para aplicación de los modelos objetivo y subjetivo de justicia administrativa dificulta -si es que imposibilidad en algunos casos- desacreditar la presunción de legalidad de los actos administrativos viciados. Como se verá *infra*, esto es paradigmático en el caso del recurso de protección, que se ha constituido como el “sucedáneo” predilecto del contencioso-administrativo en Chile.

4.2 Dispersión de procedimientos judiciales

Un efecto propio de la ausencia de tribunales contencioso-administrativos es que el sistema jurisdiccional de control judicial del poder público se encuentra disperso. En efecto, se ha señalado que existen actualmente cerca de 150 contenciosos-administrativos especiales en nuestro ordenamiento jurídico¹⁰⁹.

Dejando de lado el hecho que a mayor cantidad de procedimientos disponibles, mayor es la dificultad de los administrados para descubrir “la vía idónea” de su impugnación¹¹⁰, la falta de integridad de estas acciones y procedimientos de reclamación genera una importante dificultad para aunar criterios procesales claros, lo que se expresa en la discusiones sobre la forma de computar los plazos para interponer recursos judiciales en contra de actos administrativos¹¹¹, o sobre

¹⁰⁸ Esto, por consiguiente, genera un mayor costo social debido a los errores a los que se encuentra expuesto el sistema judicial.

¹⁰⁹ FERRADA, Juan Carlos (2020). Justicia Administrativa. Santiago: Ediciones DER, pág. 87.

¹¹⁰ A propósito de la política judicial sobre la inadmisibilidad de recursos de protección conforme al criterio de que la acción intentada no es la vía idónea al efecto. En ese sentido, resulta interesante para la eficiencia del sistema judicial la proposición específica de la propuesta constitucional rechazada en 2022 sobre las acciones constitucionales: “Artículo 119. 3. Al acoger o rechazar la acción, se deberá señalar el procedimiento judicial que en derecho corresponda y que permita la resolución del asunto.”

¹¹¹ Afortunadamente hoy esta discusión se encuentra zanjada por la jurisprudencia, aunque no siempre fue así. VERGARA, Alejandro (2022). El derecho administrativo ante

la aplicación del principio de confianza legítima y el término de empleos a contrata¹¹², o si determinada acción o reclamación debe entenderse regida por los principios del modelo subjetivo u objetivo de justicia administrativa, lo que incide en la intensidad del control, etc.; cuestiones todas que a falta de criterios uniformes han sido dejadas para la interpretación de los tribunales superiores de justicia.

4.3 Deferencia judicial

En el Capítulo I esboqué una clasificación de los actos administrativos según su grado o profundidad de discrecionalidad, aclarando de antemano que todo acto, por lo general, tiene componentes reglados y una dimensión discrecional. En esos términos el acto administrativo dispuesto para la emergencia (*v. gr.* el Plan Paso a Paso) es mayormente discrecional, y esa discrecionalidad se halla motivada por elementos técnico-científicos y políticos.

Tales condiciones provocan que el control judicial de los actos administrativos se encuentre ante una respuesta deferente hacia la Administración por parte de quien ejerce el control judicial, particularmente por las limitaciones en el conocimiento técnico y por ciertas derivaciones del principio de separación de poderes¹¹³.

Lo anterior es especialmente relevante puesto que, como se ha venido diciendo, en el diseño judicial de nuestra justicia administrativa -salvo algunas excepciones sectoriales de legislación más moderna (por ejemplo, en la justicia medioambiental)- no existen tribunales contencioso-administrativos que puedan controlar, con suficiente aptitud y competencia, la discrecionalidad técnica de la Administración.

Esta distinción es relevante ya que cuando los tribunales encargados de la revisión judicial son de naturaleza generalista es más probable que propendan a mostrar deferencia con las decisiones adoptadas por la Administración en casos que involucren discrecionalidad técnica. En contraste, cuando los tribunales son especializados en una materia específica, es más probable que el grado de

la jurisprudencia de la Corte Suprema, IV: Líneas y vacilaciones durante 2021. En *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N°35, pág. 327.

¹¹² *Ibid.*, pp. 329-330.

¹¹³ VALDIVIA, José (2018). *Óp. cit.*, pág. 230.

deferencia disminuya en atención al conocimiento técnico y a las propias competencias revisoras de esos tribunales¹¹⁴.

En ese sentido, con razón se ha sostenido que existe una relación entre discrecionalidad técnica y deferencia hacia la Administración, de modo que “[a] menor contenido técnico de la decisión será menor deferencia hacia la discrecionalidad y mayor el ámbito de control por parte de los jueces”, mientras que “a mayor contenido técnico, mayor deberá ser la deferencia, por lo que los jueces estarán más limitados para analizar la discrecionalidad.”¹¹⁵

No obstante que la deferencia hacia la Administración es un elemento siempre presente en el control judicial de las decisiones técnicas, se ha dicho que el juez debe propender a la neutralización de esta, especialmente cuando se encuentran en juego los derechos fundamentales, puesto que,

“si bien la deferencia en el control jurídico viene determinada por la intervención de una circunstancia amparada por el ordenamiento jurídico, que exige de los tribunales una moderación en el ejercicio de sus funciones, en aquellos casos en que existe un derecho fundamental en juego la deferencia sólo puede interpretarse a favor de éste, y no en defensa de la participación ciudadana en la toma de decisiones, o en la experiencia técnica de la Administración en la materia.”¹¹⁶

En suma, las dificultades propias del control judicial de la potestad discrecional resaltan, como he dicho, no sólo por la siempre presente deferencia hacia la Administración, sino que también por la ausencia de tribunales contencioso-administrativos, lo que repercute en la forma en que las personas que ven afectados sus derechos por decisiones de contenido técnico-científico acceden a la justicia mediante las acciones disponibles, utilizando como mecanismo predilecto el recurso de protección de garantías constitucionales como vía de control de la potestad discrecional de la Administración.

¹¹⁴ CORDERO, Luis y TAPIA, Javier (2015). *Óp. cit.*, pág. 12.

¹¹⁵ ISENSSE, C. (2016). Sobre la revisión judicial de la discrecionalidad administrativa. *Revista Actualidad Jurídica N°35, Universidad del Desarrollo*, pp. 220-221.

¹¹⁶ CORDERO, Luis (2009). *Óp. cit.*, pág. 164.

5. EL RECURSO DE PROTECCIÓN COMO SUSTITUTO DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Es ampliamente aceptado el hecho que el recurso de protección es utilizado con frecuencia como una vía impugnatoria de actos administrativos, particularmente de aquellos que involucran un alto grado de discrecionalidad técnica o política.

Una de las explicaciones de esto se atribuye a la ausencia de tribunales especializados en contiendas administrativas, lo que redundaría en que las demás vías judiciales no ofrezcan los suficientes incentivos para accionar, o simplemente no sean aplicables en casos específicos que por la vía proteccional sí es posible abordar.

Aquello explica que parte de la doctrina considere al recurso de protección como un “paliativo a la inexistencia de un contencioso-administrativo general, de modo que ha sido necesario vincular la ilegalidad de un acto administrativo con la privación, perturbación o amenaza de un derecho amparado por la acción de protección”¹¹⁷.

En el contexto de este estudio, esta circunstancia adquiere gran relevancia. En ausencia de mejores alternativas de impugnación en un *forum shopping* complejo y disgregado, la gran mayoría de acciones de control judicial de las medidas sanitarias impuestas por las resoluciones del Ministerio de Salud con motivo de la Alerta Sanitaria durante el periodo 2020-2021 han sido recursos de protección¹¹⁸.

Sobre este fenómeno, Cordero ha señalado:

“[L]a ausencia de un sistema contencioso administrativo regular ha llevado a que los jueces terminen utilizando el recurso de protección como medio de impugnación regular de los actos administrativos, especialmente como medio de cuestionar la validez de los actos administrativos, llevando al juez de protección no sólo a pronunciarse sobre las vías de hecho en vía administrativa, sino que también a declarar la nulidad del acto administrativo. De este modo, este procedimiento de protección es concebido como una instancia de revisión de legalidad de la actuación administrativa, generada a

¹¹⁷ BERMÚDEZ, Jorge (2011). *Óp. cit.*, pág. 458.

¹¹⁸ En una cantidad mucho menor también se intentaron acciones de amparo constitucional.

instancia de parte, ya sea en protección de sus derechos e intereses o de los intereses públicos en general.”¹¹⁹

Puesto que el recurso de protección tiene como finalidad la tutela de ciertos derechos fundamentales contenidos en el catálogo del artículo 19 de la Constitución Política, su propósito no es la revisión de la actividad administrativa *per se* sino más bien la cautela del Estado de Derecho cuando se han perturbado, privado o amenazado derechos subjetivos e indubitados. Esto no obsta a que en el ejercicio de esta acción constitucional se “alcance” a controlar determinado acto administrativo que pudiera haber conculcado un derecho subjetivo en los términos exigidos por la Constitución y su Auto Acordado. Sin embargo, esta revisión de juridicidad del acto administrativo es solo una consecuencia de la tutela del derecho fundamental.¹²⁰

La utilización del recurso de protección como vía de impugnación de actos administrativos de contenido técnico ha sido criticada por la doctrina. En ese sentido Zúñiga afirma que

“el recurso de protección no es una vía idónea para impugnar actos administrativos que sean fruto de potestades regladas o discrecionales, que posean una dimensión técnica, ya que estas de suyo exigen un examen con prueba idónea en juicio de lato conocimiento. De algún modo el recurso de protección es un camino corto o “atajo” procesal que se enfrenta a un muro prácticamente insalvable, limitándose el ámbito de la justiciabilidad de actos de órganos de la Administración del Estado acerca de “cuestiones técnicas” expedidos en base a una competencia y procedimiento tasados, en sede de protección a los actos que adolecen de antijuricidad desnuda o patente como las vías de hecho.”¹²¹

De lo anterior se colige que la utilización del recurso de protección para impugnar decisiones de discrecionalidad técnica no puede ser siempre una herramienta efectiva. Aquello ocurre por cuanto el control judicial ejercido en sede de protección de derechos constitucionales tiene como presupuesto procesal la existencia de un acto u omisión ilegal o arbitrario. De esa forma, la práctica judicial demuestra que, generalmente, en los casos de revisión de contenido

¹¹⁹ CORDERO, Luis (2015). *Óp. cit.*, pág. 624.

¹²⁰ FERRADA, Juan (2020). *Óp. cit.*, pág. 119.

¹²¹ ZÚÑIGA, Francisco (2007). El recurso de protección y sus límites. A propósito de las “cuestiones técnicas”. *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Vol. 14, N°2 (2007)*, pág. 154.

técnico, la Cortes de Apelaciones ejercen un control de mera legalidad sin conocer necesariamente el fondo del conflicto de derechos fundamentales.

Como lo explica Becerra:

“El control judicial sobre la actividad estatal ha decantado en un control sobre los presupuestos del acto administrativo como expresión de voluntad de la administración estatal, en cuanto a la forma del acto, la competencia de la entidad que lo dictó, su fin, objeto y motivación, siendo el control de la motivación uno de los aspectos centrales del control jurisdiccional. Pero de ese modo, el control de la judicatura, ejercido en forma importante mediante acciones constitucionales de tutela de derechos fundamentales, deviene en control de legalidad de un acto administrativo, perdiéndose el énfasis que la doctrina y contenido en torno a los derechos fundamentales debiera tener en ese contexto. Y en cuanto deviene en control de mera legalidad, aquellos ámbitos donde la actividad administrativa es más escasamente regulada, el control jurisdiccional de las decisiones estatales es más laxamente ejercido (...)”¹²².

Establecido que el recurso de protección no resulta ser el mecanismo de impugnación más idóneo para suplir la ausencia de tribunales administrativos de competencia general, es un hecho que en la época de crisis sanitaria sirvió para emprender una discusión sobre el fondo de las políticas públicas sanitarias adoptadas por la autoridad para el control de la pandemia del COVID-19.

En efecto, la gran cantidad de recursos de protección que se interpusieron en todo Chile a efectos de cuestionar la juridicidad de los actos de la Administración en contexto de emergencia sanitaria dan cuenta que se encuentra inserto en nuestro sistema de justicia una institución que ha sido asimilada como la mejor alternativa disponible (o como “segundo mejor” en relación a una inexistente jurisdicción contencioso-administrativa) para la protección de los derechos constitucionales garantizados.

Esta situación sigue a una práctica judicial fuertemente instalada en Chile, por la cual el recurso de protección se ha extendido más allá de los bordes con que fue planeado. Esto se ve no sólo en la judicialización de actos administrativos de contenido discrecional, sino que además en la protección de derechos no incluidos en el artículo 20 de la Constitución por medio de la “propietarización de

¹²² BECERRA, Pablo (2017). El Rol de la Corte Suprema. Santiago: Ediciones DER, pág. 278.

derechos”, entre otras innovaciones a que ha dado lugar esta acción constitucional de emergencia¹²³.

5.1 El recurso de protección frente al decreto supremo

Un comentario especial merece la situación de los decretos supremos en relación con su control judicial en tanto actos administrativos.

En efecto, según lo establece la LBPA, los actos administrativos toman la forma de decretos supremos y resoluciones. A continuación de ello señala que el “decreto supremo es la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro "Por orden del Presidente de la República", sobre asuntos propios de su competencia.”¹²⁴

Recordemos aquí que la Alerta Sanitaria para el manejo de la pandemia se invocó mediante un decreto supremo, lo mismo que la declaración de estado de excepción constitucional de catástrofe.

Ahora bien, ambas instituciones jurídicas de emergencia plasmadas en un acto administrativo de igual naturaleza se diferencian desde la perspectiva del control judicial: la Constitución señala expresamente que “los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para decretar los estados de excepción”¹²⁵.

De esa manera la Carta Fundamental restringe considerablemente la revisión judicial del decreto supremo que declara un estado de excepción constitucional, sin perjuicio de que deja a salvo la garantía de reclamar judicialmente contra las medidas particulares que se apliquen en el marco de la declaración, mientras que respecto del decreto supremo de Alerta Sanitaria no existe disposición especial que limite su control en tanto acto administrativo.

A este respecto, la propia Constitución ha establecido un muy residual mecanismo de impugnabilidad de los decretos supremos, el cual ha quedado radicado en las esferas de la justicia constitucional especializada. De tal manera, se otorga al Tribunal Constitucional la atribución de resolver la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del

¹²³ Por todos, véase NAVARRO, Enrique (2012). 35 años del recurso de protección. Notas sobre su alcance y regulación normativa. En *Estudios Constitucionales*, Año 10, N°2, pp. 617-642.

¹²⁴ Artículo 3 de la LBPA.

¹²⁵ Artículo 45 de la Constitución Política.

Presidente de la República, lo que podrá ser conocido sólo a requerimiento del Congreso Nacional o una parte de sus miembros en ejercicio¹²⁶.

Aunque el diseño constitucional de revisión judicial de los decretos supremos pretende que sea la autoridad política la que vele por la juridicidad de aquellos, es también la Constitución la que establece la procedencia del recurso de protección en casos de constricciones al ejercicio legítimo de los derechos constitucionalmente garantizados. De ese modo, aunque la juridicidad del decreto supremo no pueda ser controlada directamente por medio de acciones públicas, sí puede -teóricamente al menos- ser objeto de control cuando prive, perturbe o amenace el ejercicio de algún derecho garantizado.

No obstante que aquella me parece la interpretación armónica de los preceptos constitucionales que rigen la diversidad de controles judiciales del poder público, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido vacilante al respecto.

Conociendo de la apelación de una sentencia que rechazó un recurso de protección contra un decreto supremo, en 2016 el Máximo Tribunal la confirmó, con declaración de lo siguiente:

“Que, tratándose de un vicio de constitucionalidad de un Decreto Supremo, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República, la Reforma Constitucional del año 2005 estableció en el N° 16 del Art. 93 una especial acción para que sea el Tribunal Constitucional quien se pronuncie sobre su constitucionalidad, “*cualquiera sea el vicio invocado*”, no correspondiendo a este Magistratura ordinaria tal pronunciamiento con carácter general (...)”¹²⁷⁻

¹²⁸

¹²⁶ Artículo 93 de la Constitución Política.

¹²⁷ SCS Rol 23.725-2016, c. 3°.

¹²⁸ Puede resultar sorprendente que, apenas unos días antes del fallo citado, la Corte Suprema haya formulado una declaración en sentido opuesto: “Que siendo esencial para el normal funcionamiento de un estado de derecho, el control de la legalidad de la actividad de la Administración por los tribunales de justicia, control que necesariamente debe abarcar el de los actos de naturaleza reglamentaria, que la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos considera como actos administrativos (artículo 48 letra a); y frente a la inexistencia de un procedimiento contencioso administrativo general que la contemple, ésta necesariamente puede y debe hacerse a través del recurso de protección.” SCS Rol 19.309-2016, c. 3°.

Esta interpretación restrictiva de la disponibilidad de mecanismos de control judicial de los decretos supremos generó preocupación en la doctrina.

En efecto, para Bocksang “la teoría de la especialidad de acciones está arrastrando, acaso sin realmente advertirlo la Alta Jurisdicción, hacia la sustitución de un control policéntrico y flexible por un control monolítico de un solo interesado calificado, el Congreso Nacional”¹²⁹.

Toda esta explicación es útil a efectos de este trabajo: aclarado que, en concepto de la Corte Suprema, contra los decretos supremos existe una vía especial de impugnación (que no es propiamente una acción sino más bien un requerimiento parlamentario), vamos delimitando el ámbito de eficacia del recurso de protección como herramienta procesal para el control judicial de aquellos actos administrativos de contenido político y discrecional, como son los decretos supremos.

6. SÍNTESIS DEL CAPÍTULO

El objetivo de este capítulo fue desarrollar las principales nociones sobre las que se construye el sistema jurisdiccional de control de la actividad administrativa. En ese contexto, adquiere relevancia la explicación de los diversos modelos que justicia administrativa que conviven en nuestro ordenamiento jurídico, en un modesto intento de sistematizar el control judicial de la Administración.

Tal explicación es de utilidad para el desarrollo del siguiente capítulo: comprender que, en ausencia de tribunales contencioso-administrativos especializados en la revisión de las decisiones técnicas de la autoridad las Cortes ejercen un control generalista y por tanto deferente, ayuda a esclarecer los razonamientos - condicionados por las circunstancias propias del sistema judicial- detrás de las sentencias dictadas en recursos de protección contra actos administrativos en el contexto del COVID-19, así como los errores y aciertos de nuestros tribunales superiores.

Por último, las reflexiones en torno a las dificultades que enfrenta la revisión judicial de los actos administrativos, y del recurso de protección y su utilización

¹²⁹ Entre otras críticas a esta jurisprudencia, BOCKSANG, Gabriel (2016). El deterioro del control jurisdiccional sobre los decretos supremos. En *Sentencias Destacadas 2016*, pág. 133.

como sucedáneo del contencioso-administrativo contribuyen a la explicación de dicho fenómeno.

CAPÍTULO III

JURISPRUDENCIA: CONTROL JUDICIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA EMERGENCIA DEL COVID-19

Este capítulo tiene por objeto analizar el estado de la jurisprudencia del control judicial ejercido sobre acciones de protección interpuestas en contra de los actos administrativos dictados en el contexto de la emergencia sanitaria entre los años 2020 y 2021. Veremos que, no obstante que la gran mayoría de los recursos de protección fueron rechazados, existen casos de gran trascendencia en que la justicia falló favorablemente a los justiciables, en cada caso por razones que hacen particularmente relevante detenerse en su estudio.

Así, el propósito de esta sección es resaltar aquellas sentencias pronunciadas por las distintas Cortes de Apelaciones del país, como aquellas que tuvieron oportunidad de ser revisadas por la Tercera Sala de la Corte Suprema, en el espacio temporal objeto de la investigación. En ese sentido, destacan algunos fallos que resuelven la primacía de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política tales como el derecho a la libertad de culto y de opinión en contraposición a determinadas medidas administrativas adoptadas en aplicación del denominado Plan Paso a Paso; así como sentencias que resolvieron la colisión de derechos fundamentales mediante el juicio o test de proporcionalidad para establecer la preponderancia de un derecho colectivo a la salud por sobre determinadas libertades individuales de quienes decidieron no inocularse con la vacuna contra el virus del COVID-19.

En cuanto a la metodología de investigación de este capítulo, los fallos que se expondrán se encuentran seleccionados de entre un universo de sentencias pronunciadas sobre acciones de protección, principalmente, y en una cantidad menor respecto de acciones de amparo intentadas (de forma individual, así como por colectivos de personas) en contra de las resoluciones exentas que dieron origen al primigenio Plan Paso a Paso, sus subsecuentes modificaciones, y las resoluciones dictadas para materializar dicha política pública.

En segundo lugar, debo señalar que las sentencias estudiadas fueron seleccionadas de acuerdo con tres criterios: *i)* aquellas que resolvieron una

colisión de derechos contenidos en el artículo 19 de la Constitución Política; *ii*) por medio de razonamientos judiciales relevantes para determinar la eficacia del control judicial sobre los actos administrativos dictados por la autoridad competente en el marco del estado de Alerta Sanitaria; *iii*) en el periodo más álgido de la pandemia en Chile, caracterizado por la alta cantidad de contagios y de fallecidos y en pleno proceso de vacunación masiva, que fue entre los años 2020 y 2021.

En tal orden de ideas, este capítulo se relaciona estrechamente con la delimitación conceptual del acto administrativo de emergencia realizada en el Capítulo I y con el esfuerzo de sistematización del control jurisdiccional y sus dificultades, explicado en el Capítulo II.

En efecto, veremos que los razonamientos judiciales de las sentencias en estudio discurren entre una deferencia hacia los elementos técnico-científicos y de políticas públicas de la Administración y las dificultades que enfrentan los tribunales superiores para resolver situaciones jurídicas en que conflictúan derechos fundamentales, en el marco del complejo escenario en que la acción de protección ha sido utilizada como mecanismo predilecto para intentar dejar sin efecto actos administrativos de contenido altamente discrecional y técnico.

1. LIBERTAD DE CULTO: CASOS “MISA DOMINICAL”

La jurisprudencia sobre el derecho a la libertad de culto marcó un hito en el desarrollo del control judicial sobre los actos administrativos de emergencia. Esta jurisprudencia, denominada como “misa dominical” por su clara referencia hacia dicha práctica religiosa, transita desde la declaración de inadmisibilidad hasta el pronunciamiento de fondo de los recursos de protección que alegaban contra la suspensión del derecho constitucionalmente garantizado, concluyendo con un reconocimiento por parte de la Corte Suprema del núcleo o esencia del derecho a la libertad de culto.

1.1 “Jara Sepúlveda con Muñoz Uribe”¹³⁰

1.1.1 Síntesis del caso

En el contexto de la primera Alerta Sanitaria decretada por el Decreto N°4 del Ministerio de Salud, se le otorgó a las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud (SEREMI) facultades extraordinarias, entre ellas, la de “[d]isponer de la

¹³⁰ SCA de Concepción Rol N°7.800-2020.

prohibición de funcionamiento de los establecimientos y lugares de trabajo que pongan en peligro a las personas que trabajan o asisten a ellos”¹³¹ y “[d]isponer de las medidas necesarias para evitar aglomeraciones de gente en espacios cerrados o abiertos que puedan fomentar la propagación del virus”¹³².

Investida de tales facultades, la SEREMI de la Región del Biobío procedió a dictar la Resolución exenta N°1094 de fecha 23 de marzo de 2020 por la cual dispuso “la prohibición de celebrar actividades deportivas, culturales, religiosas, sean estas que se desarrollen en espacios abiertos, como cerrados y que constituyan aglomeración de personas”¹³³.

Con base en dichos actos administrativos, un proceso de fiscalización sobre diversos establecimientos religiosos en la comuna de Los Ángeles culminó con la clausura de varios de éstos por el hecho de continuar abiertos y seguir celebrando misas. Ante esta decisión un grupo de personas presentó el recurso de protección en análisis.

Los argumentos de los recurrentes se centraron en la ilegalidad de la Resolución N°1094 por contravenir expresamente normas de tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por el Estado de Chile y actualmente vigentes, así como por contravenir el artículo 5° inciso segundo y el artículo 7° de la Constitución Política; en el mismo sentido, se alegó vulnerado el derecho a la libertad religiosa, consagrado en el artículo 19 N°6 de la Constitución.

La ilegalidad reprochada es que el derecho a la libertad de culto no puede ser suspendido en caso alguno, aun mediando circunstancias excepcionales. De ese modo, el acta de clausura de la SEREMI procedió a decretar la medida de “prohibición de funcionamiento de acuerdo a la Resolución Exenta N°1094 del 23/3/2020 que prohíbe celebrar actividades deportivas, culturales y religiosas en la Región del Bío Bío”¹³⁴. De tal manera la prohibición estaría materializando la ilegalidad de la Resolución N°1094.

Adicionalmente, las recurrentes alegaron que existió discriminación arbitraria en la Resolución N°1094 impugnada toda vez que esta disponía, por una parte, la prohibición de celebrar actividades deportivas, culturales y religiosas cuando

¹³¹ Artículo 3 numeral 8° del Decreto N°4 del MINSAL que decreta la primera Alerta Sanitaria por pandemia del COVID-19.

¹³² Artículo 3 numeral 12° del Decreto N°4 del MINSAL.

¹³³ Disposición N°1 de la Resolución exenta N°1094 de la SEREMI de Salud de la Región del Biobío, de 23 de marzo de 2020.

¹³⁴ Acta de clausura citada en el recurso de protección.

constituyan una aglomeración de personas, mientras que, al mismo tiempo, dispone una restricción al ingreso de locales comerciales cuando estos excedan el aforo superior a 50 personas.

En tales términos, señalaron los recurrentes, las medidas sanitarias exigidas a las instalaciones comerciales también podrían haber sido puestas en práctica sin mayor problema por los establecimientos religiosos, es decir, permitir un aforo máximo de 50 personas.

En consecuencia, lo razonable era aplicar la misma igualdad de trato a los establecimientos religiosos y a los locales comerciales, en cuanto al aforo para el funcionamiento, cuestión que en la especie no ocurrió.

1.1.2 Fundamentos de la sentencia

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción declaró inadmisibile el recurso en los siguientes términos:

“Atendido el mérito de los antecedentes, estimando esta Corte que lo solicitado en el recurso de protección no dice relación con cautelar el respeto y ejercicio de garantías constitucionalmente protegidas, sino que se vincula con la adopción de estrategias propias de la determinación de políticas públicas para hacer frente a la afectación sanitaria que aqueja al país, gestión que es privativa del Ejecutivo y que no corresponde a los Tribunales de Justicia establecer, excediendo la petición en análisis los fines y propósitos de este arbitrio excepcional y de urgencia y visto lo dispuesto en el numeral 2 del Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema, se declara INADMISIBLE el recurso de protección interpuesto.”¹³⁵

Apelado el fallo de primer grado, la Corte Suprema lo confirmó, añadiendo lo siguiente:

“Vistos, y teniendo además presente, que el inciso 2° del artículo 19 N° 6 de la Constitución Política señala: “Las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas”, se confirma la resolución apelada de fecha siete de abril de dos mil veinte, dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción.”¹³⁶

¹³⁵ SCA de Concepción Rol N°7800-2020.

¹³⁶ SCS Rol N°42.853-2020. Cabe señalar que dicha resolución se dictó con el voto en contra del ministro Sr. Muñoz, quien fue del parecer de declarar admisible el recurso de protección.

Este fallo se perfila en la línea jurisprudencial que caracterizó al Poder Judicial durante el año 2020 y que consistió en declarar inadmisibles los recursos de protección dirigidos a impugnar los actos administrativos en el contexto de la emergencia sanitaria. Sin embargo, esta tendencia de marcada deferencia hacia la Administración cambiará al poco tiempo en casos análogos.

1.2 “Vargas con Paris”¹³⁷

1.2.1 Síntesis del caso

Este segundo fallo marca un hito en la jurisprudencia estudiada puesto que concluyó con el examen de fondo del derecho vulnerado con el ejercicio de las facultades discrecionales de la autoridad sanitaria.

Los antecedentes del caso son los siguientes: bajo la vigencia de la Alerta Sanitaria se dictó la Resolución N°43/2021 del Ministerio de Salud que dispuso medidas sanitarias que indica por brote de COVID-19 y estableció un Nuevo Plan Paso a Paso¹³⁸. Por medio de esta resolución se extendió la prohibición de realizar y asistir a eventos con público en comunas que se encontrasen en fases de “Cuarentena” y “Transición”, y la celebración de la santa misa de los días domingos celebrada en el seno de la religión católica.

Atendiendo a tales razones se interpuso un recurso de protección en contra de la Resolución N°43/2021 por el cual se argumentó que muchos católicos (como lo es el propio accionante) y creyentes de distintas religiones habían pasado casi un año sin poder asistir a los cultos religiosos para poder realizar la oración individual o recibir algún tipo de asistencia espiritual, aun cuando todo ello podía realizarse sin problemas cumpliendo con todas las medidas sanitarias pertinentes que en ese entonces ya eran aplicadas a otras prácticas y actividades no religiosas como condición para el ejercicio de determinadas libertades, tales como el uso obligatorio de mascarilla, el lavado de manos, el distanciamiento social, la ventilación de espacios cerrados, etc.

En ese sentido, se señaló que, según el artículo 43 de la Constitución, por el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública sólo está permitido a la autoridad competente restringir el derecho de reunión y de

¹³⁷ SCA de Arica Rol N°26-2021; SCS Rol N°19.062-2021.

¹³⁸ En la cronología de las resoluciones “Plan Paso a Paso”, ésta vino a reemplazar la Resolución exenta N°591/2020 del MINSAL que estableció el Plan Paso a Paso original en julio del año 2020.

locomoción, mas no la asistencia a la santa misa, cuestión que en los hechos devino en ilegal.

Lo anterior se relacionó con instrumentos internacionales como lo son la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 27) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4), lo que en el ámbito de la legislación nacional se ve materializado por la Ley N°19.638 que establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas.

Finalmente, el recurso de protección señaló que la opción de realizar la misa dominical por medios telemáticos no es viable dado que se trata de un acto que requiere la participación presencial para que los católicos puedan recibir la Eucaristía, cuestión de fundamental importancia en la práctica de su religión.

En dicho sentido, las medidas adoptadas por la Resolución N°43/2021 del Ministerio de Salud habrían afectado el núcleo esencial del derecho a la libertad de culto.

1.2.2 Fundamentos de la sentencia

La acción fue rechazada por la Corte de Apelaciones de Arica sobre la base de las siguientes consideraciones:

- i. Las facultades excepcionales de la autoridad sanitaria se derivan del Código Sanitario y otros cuerpos legales, en relación con el mandato constitucional que establece el principio de servicialidad del Estado y que, además, “las medidas se han adoptado y respaldado no sólo en las atribuciones legales del Ministerio recurrido, sino que en el contexto de un estado de excepción constitucional”¹³⁹, con lo que la Corte no repara sobre la legalidad del acto recurrido.
- ii. En cuanto al examen de arbitrariedad en la adopción de las medidas sanitarias reprochadas, la Corte de Apelaciones indicó que

“(…) resultando razonables las medidas adoptadas por la autoridad para controlarla [la pandemia], máxime considerando el gran número de fallecidos que la misma ha reportado en la población, por lo que no evidenciándose discriminación alguna en su aplicación, la normativa que regula el Plan Paso a Paso, con la que obviamente cualquier puede disentir, no constituye una actuación que merezca ser corregida por la vía de este acción constitucional.

¹³⁹ SCA de Arica Rol N°26-2021, c. 8°.

Es más, tampoco existe constancia en estos antecedentes que las autoridades religiosas de la fe que profesa el recurrente, hayan cuestionado las medidas del gobierno en este sentido, por lo que no se aprecia por esta Corte, qué medida cautelar pudiera resultar satisfactoria para aquél, que no involucrara asimismo a la Iglesia y a sus feligreses en su totalidad.”¹⁴⁰

Conociendo del recurso de apelación, la Corte Suprema razonó de la siguiente manera:

En primer lugar, dejó en claro el hecho que es la autoridad administrativa del Ministerio de Salud la que ha dispuesto de diferentes medidas de carácter sanitario, motivadas por la pandemia del COVID-19, las que, complementariamente, se han adoptado al amparo de la habilitación del estado de excepción constitucional de catástrofe que faculta para restringir y no suspender el ejercicio de garantías constitucionales:

“a) la regulación que se dicte no podrá, en ningún caso, afectar la esencia de las garantías, como tampoco imponer condiciones o requisitos que impidan su ejercicio, por cuanto incluso el legislador no está habilitado normalmente para ello (artículo 19 N°26 de la Constitución); b) solamente se permite a la autoridad, en el estado de excepción de catástrofe, restringir ciertas garantías constitucionales, fijando los límites a su ejercicio, precisando la forma en que éstas se ejercerán; c) nunca se podrá suspender absolutamente el ejercicio de tales derechos, por cuanto ello está expresamente descartado por el ordenamiento constitucional, y d) cualquier reglamentación que se dicte debe tener en consideración el principio de igualdad entre las distintas actividades a que se refiere, entre las cuales no es posible establecer discriminaciones arbitrarias, por cuanto ello afecta la dignidad de las personas.”¹⁴¹

La Corte profundizó en el punto señalando que, aunque la libertad de religión y de culto pueden ser objeto de constricciones en su ejercicio (la moral, las buenas costumbres y el orden público), no es válido entender que “en estados de excepción, tal libertad pueda suspenderse o imponer condiciones que impidan, en los hechos, su ejercicio, pues dichas situaciones excepcionales sólo admiten tales restricciones cuando constan expresamente en las normas constitucionales y legales que las regulan” y que respecto las atribuciones extraordinarias derivadas de la ley orgánica sobre estados de excepción “[n]inguna de estas facultades admite ser interpretada como habilitación para suspender o restringir

¹⁴⁰ SCA de Arica Rol N°26-2021, c. 11°.

¹⁴¹ SCS Rol N°19.062-2021, c. 6°.

la libertad de religión y de culto garantizada en el artículo 19 N° 6 de la Constitución”¹⁴².

En torno a la cuestión sobre si los medios tecnológicos posibilitan la asistencia telemática de los creyentes a su culto religioso más importante pueden importar una solución al conflicto constitucional en cuestión, la Corte Suprema arriba a la conclusión que

“la posibilidad de participar presencialmente en la misa dominical no puede estar suspendida, la restricción se puede generar a la luz de la cantidad máxima de personas que concurran al momento de su servicio, esto es el aforo. Sin embargo, respetándose este aforo máximo, regulado por razones sanitarias de emergencia, el derecho se puede ejercer sin otra restricción.”¹⁴³

Lo anterior es así toda vez que, en concepto del Máximo Tribunal, para la doctrina religiosa que profesa el recurrente la misa dominical en modalidad presencial está en el centro de sus creencias y forma parte de sus convicciones religiosas más profundas. En consecuencia, la misa dominical sería el núcleo de su religión, y no sólo porque el recurrente así lo expresa, sino porque existen definiciones normativas propias que establecen las autoridades de quienes conforman la religión y culto católico.

En un segundo orden de cosas, la Corte Suprema hace extensivo el conflicto constitucional sometido a su conocimiento a la vulneración del derecho a la libertad de opinión y de expresión que se encuentran ligados a la libertad de culto, en el entendido que

“[l]a creencia en una verdad, es entonces parte de la libertad de opinión protegida por la Constitución. Es así como es posible incluso leer en las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, que esta libertad consiste en “la facultad de toda persona para exteriorizar por cualquier medio, sin coacción, lo que piensa o cree” (Informe de la CENC, RCHD 1-6, 1981, p. 201)”.¹⁴⁴

De esa forma, concluye que la Resolución N°43/2021 vulneró también el derecho garantizado por el artículo 19 N°12 de la Carta Fundamental.

¹⁴² SCS Rol N°19.062-2021, c. 8°.

¹⁴³ SCS Rol N°19.062-2021, c. 8°.

¹⁴⁴ SCS Rol N°19.062-2021, c. 9°.

Finalmente, la Corte Suprema se hace cargo de la circunstancia de que, en el mismo contexto y evolución de la crisis sanitaria, la resolución objeto de la acción constitucional permitía, entre otras excepciones, el desplazamiento a lugares con el objeto de practicar deporte u otras actividades al aire libre (utilizando los permisos pertinentes). Esta circunstancia deviene en un trato diferenciado injustificado y por ende discriminatorio, concluyendo que “[e]s por esto que la medida aplicada invocada por el recurrente, lesiona también el artículo 19 N° 2 de la Constitución, pues afecta la igualdad ante la ley del requirente.”¹⁴⁵

Por tales consideraciones el recurso de protección fue acogido por la Corte Suprema ordenando a la autoridad disponer de un permiso para que los practicantes de la religión pudieran ejercer su culto de manera presencial, pero cumpliendo con aforos.

1.3 “Andaur Vignolo y otros con Ministro de Salud”¹⁴⁶

1.3.1 Síntesis del caso

Se interpuso recurso de protección en contra de la Resolución N°43 del Ministerio de Salud que establece el Plan Paso a Paso y que en su numeral 51 letra c) contendría una prohibición que afectaría al derecho a la libertad de culto de los recurrentes.

En efecto, señalaba dicha disposición:

51. De los eventos y actividades sociales. Prohíbese la realización o participación en eventos con público o particulares y en actividades sociales y recreativas.

Sin perjuicio de lo anterior, se permite la realización y asistencia a funerales, utilizando el permiso de desplazamiento correspondiente de acuerdo al Instructivo para permisos de desplazamiento del que trata el Oficio Ordinario N° 599, de 11 de enero de 2021, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, o aquel que lo reemplace. Los funerales no pueden reunir más de 20 personas en un espacio abierto, o más de 10 personas en un espacio cerrado.¹⁴⁷

¹⁴⁵ SCS Rol N°19.062-2021, c. 10°.

¹⁴⁶ SCA de Concepción Rol N°372-2021. SCS Rol N°21.963-2021.

¹⁴⁷ Esta disposición será modificada posteriormente, estableciendo una excepción expresa para, entre otros, la asistencia a cultos religiosos con un aforo: “51. De los eventos y actividades sociales. Prohíbese la realización o participación en eventos con público o particulares y en actividades sociales y recreativas, salvo lo

Indicaron los recurrentes que dicha disposición, en complemento con el documento denominado “Estrategia Gradual Paso a Paso” elaborado por el Gobierno, supondría una prohibición para la celebración de misas en las comunas que se encuentren en las fases “Transición” y “Cuarentena” de acuerdo con el Plan Paso a Paso entonces vigente.

En ese orden de cosas, la resolución impugnada deviene en ilegal al extender a la misa dominical una prohibición total, afectando así de manera esencial su derecho a la libertad de culto. Señalaron que, en la especie, la prohibición impuesta por el Plan Paso a Paso implicaba una suspensión del derecho constitucionalmente garantizado, el que no puede suspenderse ni aún en circunstancias excepcionales.

Finalmente, señalaron expresamente que lo que se buscaba no es impugnar la motivación ni las facultades de la autoridad en materia sanitaria, sino únicamente que se levante la prohibición de asistir a la misa dominical para quienes residan en comunas en etapa de “Transición” o “Cuarentena”.

1.3.2 Fundamentos de la sentencia

Resolviendo sobre el fondo del asunto, la Corte de Apelaciones de Concepción estimó que:

“(…) no se divisa como las medidas adoptadas en el nuevo [sic] Plan “Pas a Paso”, que se contiene en la citada Resolución Exenta N° 43, priven o suspendan de facto y de manera esencial su derecho a la libertad de culto como sostienen los recurrentes, ya que lo que se establece, es una restricción a una de las manifestaciones del culto, más no una prohibición, puesto que existen otras formas de ejercer este derecho, por ejemplo escuchar la Santa

dispuesto en el Instructivo para permisos de desplazamiento del que trata el oficio ordinario N° 9.285, de 26 de abril de 2021, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, o aquel que lo reemplace.

Sin perjuicio de lo anterior, se permite la realización y asistencia a funerales, matrimonios, acuerdos de unión civil y cultos religiosos organizados por una Iglesia, Culto u Organización Religiosa debidamente reconocida por el Estado de Chile, utilizando el permiso de desplazamiento correspondiente de acuerdo al señalado Instructivo.

El aforo en funerales, matrimonios, acuerdos de unión civil o cultos religiosos no podrá exceder de 20 personas en un espacio abierto, o mayor a 10 personas en un espacio cerrado. Con todo, el aforo máximo no podrá ser mayor a 1 persona por cada 8 metros cuadrados de superficie útil.”

Misa por vía remota, sistema que tienen implementadas muchas iglesias; o pedir que se les lleve la Comunión a la casa.

No escapa al criterio de esta Corte que las medidas sanitarias dictadas por la autoridad administrativa no han sido adoptadas contra el ejercicio del culto religioso, sino que lo han sido para proteger la vida y salud de todos los habitantes de nuestro país y en el ejercicio de sus potestades privativas.”¹⁴⁸

De ese modo, para la Corte de Concepción no había afectación a la esencia del derecho si la misa dominical podía ser realizada por medios tecnológicos remotos -mismo razonamiento que la Corte de Arica en el fallo “Vargas con Paris”-, como se habían estado haciendo otras actividades de diversa índole, por lo que rechazó el recurso de protección.

Conociendo del recurso de apelación, la Corte Suprema razonó, primero, en torno al marco normativo que facultó a la autoridad para restringir los derechos de los recurrentes:

“Que, atendido lo consignado en las motivaciones precedentes, es del caso subrayar que ha sido la autoridad administrativa del Ministro de Salud, la cual ha dispuesto diferentes determinaciones de carácter sanitario, en las que ha tenido en consideración las motivaciones derivadas de la pandemia provocada por el Covid-19, las cuales se ha señalado, además, que están adoptadas al amparo de la habilitación del estado de excepción constitucional de catástrofe (...)”¹⁴⁹

Seguido de aquello, la Corte argumentó que, si bien la autoridad administrativa ha dispuesto diferentes determinaciones de carácter sanitario, las que estarían adoptadas al amparo de la habilitación del estado de excepción constitucional de catástrofe, el cual faculta para restringir pero no suspender el ejercicio de las garantías constitucionales, surgen las siguientes cuestiones conexas:

“a) la regulación que se dicte no podrá, en ningún caso, afectar la esencia de las garantías, como tampoco imponer condiciones o requisitos que impidan su ejercicio, por cuanto incluso el legislador no está habilitado normalmente para ello (art. 19, N° 26 de la Constitución); b) solamente se permite a la autoridad, en el estado de excepción de catástrofe, restringir ciertas garantías constitucionales, fijando los límites a su ejercicio, precisando la forma en que éstas se ejercerán; c) nunca se podrá suspender absolutamente el ejercicio

¹⁴⁸ SCA de Concepción Rol N°372-2021, c. 8°.

¹⁴⁹ SCS Rol N°21.963-2021, c. 6°.

de tales derechos, por cuanto ello está expresamente descartado por el ordenamiento constitucional, y d) cualquier reglamentación que se dicte debe tener en consideración el principio de igualdad entre las distintas actividades a que se refiere, entre las cuales no es posible establecer discriminaciones arbitrarias, por cuanto ello afecta la dignidad de las personas.”¹⁵⁰

Luego, la Corte Suprema ejerce un análisis según el cual los derechos conculcados por el acto administrativo impugnado serían aquellos que emanan de la libertad en sus diferentes manifestaciones: de conciencia y religión; de locomoción; de opinión y de reunión; así como el derecho a la igualdad, también en sus distintas acepciones: ante la ley, ante las cargas públicas, entre otras.

En lo referente al derecho a la libertad religiosa, el Máximo Tribunal estableció que aquella, en su sentido subjetivo cuya faz externa constituye la libertad de culto, es una actividad esencial y central en las creencias vitales de la religión que practican los recurrentes¹⁵¹.

Por tal razón no se justifica un tratamiento diferenciado en la autorización de actividades sometidas al régimen de permisos del Plan Paso a Paso, en el que no se considere al ejercicio de la libertad de culto, por lo que se acogió el recurso de protección y se ordenó a la autoridad a establecer un sistema de permisos para la asistencia a ritos religiosos debiendo respetarse reglas de aforo máximos y otras medidas sanitarias.

1.4 Consideraciones sobre “Misa dominical” y derecho a la libertad de culto

La jurisprudencia de “Misa dominical” es relevante por cuanto los tribunales transitaron desde una posición de marcada deferencia por la actividad administrativa dictada en contexto de emergencia que implicó que en un comienzo estas acciones fueran declaradas inadmisibles por la Corte Suprema¹⁵², hacia la resolución de fondo de los recursos de protección que, en los casos estudiados, fueron acogidos, cuestión que constituye un ejercicio de control judicial adecuado en épocas de emergencia.

Es innegable lo inédito que resultó para nuestro sistema institucional el desarrollo de la emergencia sanitaria del COVID-19 y, por lo tanto, resulta atendible que en una etapa temprana del desarrollo de la pandemia en Chile los tribunales de

¹⁵⁰ SCS Rol N°21.963-2021, c. 6°.

¹⁵¹ SCA de Concepción Rol N°372-2021, c. 9°.

¹⁵² Como ocurrió, por ejemplo, en SCA de Concepción Rol N°7.800-2020.

justicia optaran por una fuerte deferencia hacia la Administración y los elementos técnicos del acto administrativo; sin embargo, me parece adecuada la crítica sobre que el criterio por el cual se declaró la inadmisibilidad de una serie de recursos de protección impidió el acceso a la justicia para que aquellas personas afectadas en sus derechos pudieran controlar decisiones públicas que restringieron -y en ocasiones suspendieron- sus derechos fundamentales¹⁵³⁻¹⁵⁴.

Ahora bien, en ambos casos en que se acogieron los recursos de protección en contra del Plan Paso a Paso por vulnerar el derecho a la libertad religiosa en su vertiente de libertad de culto, la Corte de Apelaciones de Arica (Rol N°26-2021) y la de Concepción (Rol N°372-2021) razonaron sobre argumentos diferentes.

En efecto, la Corte de Arica resolvió sobre la base que los tratados internacionales sobre derechos fundamentales sí permitían la suspensión del derecho a la libertad religiosa cuando ello pudiera hacerse cumplimiento con ciertos requisitos (Pacto de San José de Costa Rica; artículos 30 y 32.2.)¹⁵⁵.

Por su parte, para la Corte de Concepción existió cierta aceptación de las razones informadas por la autoridad recurrida, en el sentido de que no se estaría privando o suspendiendo de facto el derecho a la libertad de culto toda vez que existen otras formas de ejercer ese derecho, a saber, participar de la santa misa por vía remota o llevando la comunión al hogar¹⁵⁶.

Esta forma de razonar es consecuencia de una comprensión deficiente del núcleo del derecho a la libertad religiosa, el que necesariamente se manifiesta por una exteriorización de la fe de la persona y, como conceptualiza Vivanco,

“se refiere a la facultad de la persona para participar en ceremonias y ritos que pertenezcan a un culto religioso determinado (...) por ello no solo es manifestar lo que se cree, sino que intervenir en una serie de actos que

¹⁵³ POYANCO, Rodrigo (2021). COVID-19 y libertad de culto en Chile: la jurisprudencia de la Corte Suprema. En *THEMIS-Revista de Derecho N°80, julio-diciembre 2021*, pág. 100.

¹⁵⁴ COMUNIDAD Y JUSTICIA (2021). Informe sobre libertad religiosa y estado de excepción constitucional en Chile, pág. 11. Disponible en: <https://comunidadyjusticia.cl/wp-content/uploads/2020/07/INFORME-SOBRE-LIBERTAD-RELIGIOSA-Y-ESTADO-DE-EXCEPCI%C3%93N-CONSTITUCIONAL-EN-CHILE.pdf> [Consultado el 22 de mayo de 2023].

¹⁵⁵ SCA de Arica Rol N°26-2021, c. 7°.

¹⁵⁶ POYANCO, Rodrigo (2021), *Óp. cit.*, pág. 102.

significan profesión de fe que es parte de los deberes de un creyente con su propia religión”¹⁵⁷.

En aquel sentido, no es plausible que el derecho a la libertad de culto se manifieste por los medios tecnológicos que se han dispuesto para la pandemia toda vez que éste responde a una necesidad psicológica que solo puede ser exteriorizada por medio de una ceremonia ritual y en un espacio predeterminado por las propias tradiciones de la religión católica.

Por otra parte, conociendo la apelación de ambos casos, es necesario destacar la importancia de que la Corte Suprema haya manifestado explícitamente que la declaración de estado de excepción constitucional no habilita a la suspensión de los derechos fundamentales.

Aquello responde a una errónea comprensión de las Cortes de Apelaciones que, al menos hasta la fecha de estos fallos, interpretaron que los dispositivos de emergencia sanitaria para la gestión de la pandemia provenían de los instrumentos constitucionales del estado de excepción de catástrofe y que estos no son susceptibles de impugnación judicial alguna. Al respecto señala Almarza:

“Si bien las medidas que adopta la autoridad sanitaria, amparada por la declaración de Alerta Sanitaria (art. 36 DFL 725) y el Estado Constitucional de Catástrofe son afectaciones y limitaciones de alta intensidad a DDFF, los tribunales superiores de justicia han adoptado una actitud excesivamente deferente con el Ejecutivo en el contexto de la pandemia por COVID-19, declarando inadmisibles innumerables recursos de protección que se han incoado en respuesta a acciones u omisiones inconstitucionales derivadas del manejo que ha tenido el Ejecutivo y la autoridad sanitaria de la pandemia. Esta deferencia excesiva es sustentada a partir de una interpretación errada del artículo precitado, enfocándose netamente en la primera oración del artículo y no en su segunda parte, que faculta a las personas a recurrir de protección ante medidas particulares que afecten sus DDFF.”¹⁵⁸

Sin perjuicio de lo antes señalado, la Corte Suprema también incurre en un error conceptual, esta vez al afirmar que las facultades de la autoridad sanitaria para implementar medidas de excepción para la gestión de la pandemia surgen de la

¹⁵⁷ VIVANCO, Ángela (2021). Curso de Derecho Constitucional. Tomo II. Santiago: Ediciones UC, pág. 661.

¹⁵⁸ ALMARZA, Diego (2020). Pandemia y estados de excepción. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago: Universidad de Chile, pp. 114-115.

habilitación del estado de excepción constitucional de catástrofe, cuando lo cierto es que los dispositivos jurídicos que habilitan tales medidas son el Código Sanitario y la Alerta Sanitaria¹⁵⁹.

Este hecho no es menor, puesto que por tratarse de instrumentos normativos sobre los que no existe excepción alguna que impida su control, se encuentran sometidos al régimen general de control de legalidad de los actos administrativos¹⁶⁰.

En otro orden de consideraciones, la Corte Suprema razona estableciendo que los derechos conculcados serían la libertad de conciencia, de religión, de locomoción, de opinión, de reunión, y de igualdad ante la ley. Sin perjuicio de que la Corte decide extender los derechos invocados por los recurrentes a otros derechos fundamentales, se ha cuestionado que este razonamiento podría terminar “desdibujando lo específico de la libertad religiosa, cuestión que podría incluso debilitar la defensa de la libertad de culto”.¹⁶¹

Esto ocurriría toda vez que la libertad de culto exige la protección por las convicciones íntimas de la persona y de la práctica de ritos específicos, de modo que, si se tratara de una vulneración al derecho de libertad de opinión, cobraría sentido lo señalado por el Ministerio de Salud en cuanto a que aquel derecho sí podría practicarse por medios tecnológicos alternativos al rito presencial, cuestión que como señalé no es aplicable a la celebración de ciertos rituales religiosos como la misa dominical.

Con todo, las sentencias de la Corte Suprema dejaron en claro que existe un núcleo en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa que, en el caso de los recurrentes, consiste en recibir la misa dominical de manera presencial, debiendo soportar únicamente restricciones de índole sanitario (por ejemplo, aforos) que no suspendan de facto dicho derecho.

¹⁵⁹ Un comentario sobre el particular en CORDERO, Luis (2021). Revisitando el control judicial en la emergencia. *El Mercurio Legal*, 31 de marzo de 2021.

¹⁶⁰ GÓMEZ, Rosa (2023). Potestad de policía: revisión histórica del concepto y su relación con el principio de subsidiariedad. En *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 258.

¹⁶¹ POYANCO, Rodrigo (2021). *Óp. cit.*, pág. 105.

2. DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY: CASO “LIBRERÍA”¹⁶²

Interpuso recurso de protección la Librería Giorgio San Pedro Limitada de la comuna de San Pedro de La Paz en contra de la SEREMI de la Región del Biobío ante la Corte de Apelaciones de Concepción, por la dictación del acto que prohibió la venta de artículos de librería por ser considerados no esenciales luego de una fiscalización realizada el 16 de septiembre de 2020 sobre el establecimiento comercial.

El recurrente sostuvo que la prohibición de venta de artículos de librería resulta discriminatoria, puesto que además de vender y comercializar productos declarados esenciales por la autoridad competente, comercializa otros productos del rubro librería que, de todas maneras, resultan esenciales en el contexto de cuarentenas por COVID-19, del mismo modo que lo hacen otros establecimientos de la comuna tales como supermercados, los cuales expenden al público en general y sin ninguna limitación los mismos productos que la autoridad recurrida prohibió a la recurrente.

Solicitó acoger la acción constitucional para que se ordene a la recurrida autorizar el funcionamiento de su establecimiento comercial aun cuando se encuentre vigente la declaración de cuarentena sobre la comuna, y ordenarle abstenerse de todo actuar que involucre impedir o dificulte el normal funcionamiento y la venta de todos sus productos, arbitrando las medidas pertinentes para restablecer el imperio del Derecho.

Informando sobre el recurso, la autoridad sanitaria regional sostuvo, primero, que el recurso de protección no es la vía idónea para la dictación de políticas públicas sanitarias, pues lo solicitado por el recurrente implicaría traspasar a los tribunales una decisión privativa que corresponde a quienes ejercen la Administración, cuyas decisiones son de su propia discrecionalidad. Señaló además que los medios impugnatorios de las decisiones de la autoridad administrativa en la materia se encuentran en la LBPA, y que esa sería la sede para cuestionar los actos administrativos impugnados en el recurso de protección.

Argumentó que sus facultades para fiscalizar y prohibir el expendio de ciertos artículos no considerados esenciales se encuentran respaldadas por diversos actos administrativos, como son la Alerta Sanitaria dispuesta en virtud de lo establecido en el Código Sanitario, y la resolución N°591 del Ministerio de Salud de 23 de julio de 2020 que estableció el primer Plan Paso a Paso, determinando

¹⁶² SCA de Concepción Rol N°16.743-2020. SCS Rol N°150.549-2020.

las fases o etapas en que podría estar cada comuna de acuerdo con la situación epidemiológica.

En suma, alegó la inexistencia de una acción u omisión ilegal o arbitraria por parte de la autoridad recurrida y que las restricciones al comercio de determinados productos se hicieron con el fin de resguardar la salud de la población frente al brote mundial del virus del COVID-19.

Resolviendo la acción constitucional, la Corte de Concepción consideró y resolvió:

- i. Que el recurso de protección “es compatible con todas las vías judiciales que el ordenamiento haya previsto para el resguardo de los derechos que pueda hacer valer el afectado, o sea, con otras acciones o derechos que pudieren hacerse valer, y se puede deducir con plena autonomía e independencia y desvinculado de otros institutos procesales”.¹⁶³
- ii. En cuanto al fondo, la Corte de Apelaciones analizó la legalidad detrás del acto impugnado y determinó que no existió ilegalidad ni arbitrariedad en su dictación por cuanto aquel dice relación con las atribuciones y facultades que corresponde a la Seremi de Salud regional, contenidas en el decreto que declara Alerta Sanitaria y la resolución que determina los productos esenciales para ser comercializados en etapa de cuarentena según el Plan Paso a Paso entonces vigente.

Por tales consideraciones se rechazó el recurso de protección.

Es importante hacer presente que el fallo de la Corte de Apelaciones tuvo un voto en contra que estuvo por acoger el recurso puesto que la prohibición impuesta al recurrente:

“se torna en arbitrario al carecer de razonabilidad suficiente por no tener aptitud para cumplir el objetivo de la medida sanitaria limitativa, afectando el derecho de la recurrente a desarrollar una actividad económica que no se encuentra prohibida por la ley, según se ha concluido, estableciendo, además, diferencias arbitrarias, en tanto es un hecho público y notorio que los supermercados sí comercializan libremente y sin ninguna restricción los

¹⁶³ SCA de Concepción Rol N°16.743-2020, c. 4°.

mismos artículos de librería que la autoridad sanitaria le ha prohibido vender a la recurrente.”¹⁶⁴

Conociendo del recurso de apelación, la Corte Suprema revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción y en su lugar acogió el recurso, bajo las siguientes consideraciones:

En primer término, hizo radicar el objeto de la discusión en los motivos detrás del acto administrativo impugnado con relación al principio de igualdad y de no discriminación arbitraria. En ese sentido, señaló que para analizar el asunto sometido a discusión es necesario discurrir en dos tópicos esenciales; por un lado, en la obligación que tiene la autoridad de motivar los actos administrativos que dicte, especialmente cuando estos tienen por objeto restringir las libertades de las personas puesto que sólo aquello legitima las decisiones que adopte y; por otro lado, correlativo a lo anterior, es precisar la garantía contemplada en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, que asegura a todas las personas la igualdad ante la ley y establece la prohibición a toda autoridad de hacer diferencias arbitrarias al adoptar una decisión.

En relación con lo anterior, resalta lo expuesto por la Corte en cuanto a que

“la Administración se encuentra sometida a la Constitución y las leyes de la República, requisito *sine quanon* de todo Estado de Derecho. En razón de aquello, es que se reconocen a la Administración los derechos subjetivos públicos que mantiene para perseguir y ejecutar el bien común de la ciudadanía y al mismo tiempo, en paralelo, como contrapartida de ese poder, es que se entrega a los particulares herramientas eficaces para controlarla y proteger sus derechos ante la misma.

Dentro de esas herramientas, se encuentra el control de la legalidad, el cual discurre sobre la base de los motivos que sustenten las decisiones de la Administración, puesto que, existe un deber legal de la Autoridad de explicitar las razones de hecho y derecho que les sirven de justificación para adoptar una medida, de manera tal que a falta de ella el acto administrativo carece de validez.”¹⁶⁵

La Corte reitera un criterio sostenido desde el comienzo de la pandemia al señalar que “es efectivo que no procede que los órganos jurisdiccionales sustituyan la decisión de la administración realizando una nueva ponderación de los

¹⁶⁴ SCA de Concepción Rol N° 16.743-2020, c. 8° de la disidencia.

¹⁶⁵ SCS Rol N° 150.549-2020, c. 6°.

antecedentes que determinan la decisión”, no obstante que enseguida relativiza dicha limitación indicando que

“sin embargo, se debe ser enfático en señalar que aquello no excluye el control jurisdiccional respecto de los actos administrativos que tienen su origen en el ejercicio de una facultad de carácter discrecional por parte de la administración, toda vez que aquellos, como todo acto administrativo, deben cumplir con las exigencias previstas en la ley, razón que determina la necesidad de verificar la existencia de los elementos intrínsecos de todos los actos de tal naturaleza, toda vez que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad”.¹⁶⁶

Finalmente, “en ese orden de ideas, es que el referido estudio, importa la revisión de los motivos, esto es, de los hechos objetivos, exteriores y anteriores que han impulsado al autor del acto a dictarlo, constituyendo dicha operación, en definitiva, el control de la legalidad del acto administrativo y que está sometido al órgano jurisdiccional.”¹⁶⁷

Luego de examinar la legalidad detrás de la actuación impugnada, la Corte Suprema constata que la autoridad sanitaria permite la venta de los mismos artículos en los supermercados, fundando su decisión en que no puede igualarse un local como el del recurrente con otro que vende productos de primera necesidad además de artículos de librería (supermercado), estableciendo que dicha argumentación

“carece de toda razonabilidad lógica, porque no sólo desconoce el sentido del derecho a la igualdad y, en su mérito, de la obligación de la autoridad a no realizar diferencias arbitrarias en la aplicación de la ley sino que, también, olvida -profundizando la divergencia- los supuestos fácticos que describe el acta de fiscalización en virtud de la cual se prohibió a la recurrente la venta exclusivamente de los artículos de librería, cuestión que en los supermercados no ocurre a pesar que ambos comercializan ambos tipos de productos.”¹⁶⁸

En definitiva, la Corte Suprema acogió el recurso por considerar que la actuación de la autoridad sanitaria, si bien se apegó a la legalidad vigente, resultaba arbitraria por establecer un criterio disímil ante una situación idéntica entre dos establecimientos comerciales (una librería y supermercados) que se encontraban

¹⁶⁶ SCS Rol N°150.549-2020, c. 9°.

¹⁶⁷ SCS Rol N°150.549-2020, c. 10°.

¹⁶⁸ SCS Rol N°150.549-2020, c. 12°.

en la misma situación (fase de cuarentena), sin atender a motivos razonables para dicha diferencia, con lo que se infringió el derecho a la igualdad ante la ley del recurrente.

2.1 Consideraciones sobre el caso “Librería” y la igualdad ante la ley

Esta sentencia constituye otro de los hitos que marcaron el avance del control judicial sobre la actividad de emergencia, matizando la posición de deferencia excesiva hacia la Administración que, hasta los primeros meses del año 2021, caracterizó al comportamiento judicial de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema.

Importa además porque la Corte Suprema reconoce que los tribunales de justicia no pueden sustituir las decisiones de la Administración en las políticas públicas sanitarias (criterio antes utilizado para rechazar o declarar inadmisibles las acciones de protección), sin embargo, enfatizó en que aquello no excluye el control judicial respecto de los actos administrativos que tienen su origen en el ejercicio de una potestad discrecional por parte de la Administración, toda vez que aquellos deben cumplir con las exigencias previstas en la ley, lo que determina la necesidad de examinar los elementos intrínsecos de los actos de tal naturaleza. Con esa forma de razonar la Corte se permite analizar los motivos del acto administrativo y, en consecuencia, examinar la razonabilidad de este.

En el examen de razonabilidad de la medida impugnada que efectúa la Corte comprende la aplicación de la esencia del derecho, que no es otro que la aplicación de un trato igualitario a quienes se encuentren en la misma situación. En palabras de la Vivanco:

“cuando hablamos de igualdad, nos referimos a que las personas beneficiadas por tal reconocimiento resulten iguales en cuanto al estatuto que se les asigna, de modo que gocen de una igualdad normativa o tratamiento cuando presentan situaciones iguales o similares. Se trata de contar con una misma ley para las mismas situaciones. (...). Es una consecuencia del principio supremo de justicia, o, dicho de otro modo, la prohibición o exclusión de las distinciones arbitrarias, irrazonables e injustas en el mundo jurídico.”¹⁶⁹

De esa forma, no podía ser razonable la medida sanitaria que implicaba un trato desigual a establecimientos comerciales que se encontraban bajo un mismo contexto de restricciones sanitarias.

¹⁶⁹ VIVANCO, Ángela (2021). *Óp. cit.*, pág. 547.

Por último, el razonamiento de este fallo fue aplicado posteriormente en la sentencia Rol N°39.954-2021, cuyos hechos fundantes son análogos al caso comentado.¹⁷⁰

3. DERECHO A LA SALUD Y BIEN COMÚN: “CASTRO OÑATE Y OTROS CON MINISTERIO DE SALUD”¹⁷¹

Hasta esta parte se han expuesto los dos casos que marcaron la excepción a la regla general de la jurisprudencia sobre el control judicial de la actividad administrativa para el manejo de la emergencia sanitaria.

En efecto, en los casos “Misa dominical” y “Librería” se vio que la Corte Suprema decidió superar su autoimpuesta limitación para entrar a conocer del ejercicio arbitrario de algunas resoluciones específicas dictadas al alero de la Alerta Sanitaria, y ordenar la cesación de los efectos antijurídicos de dichos actos administrativos de excepción.

Como se ha venido esbozando, la regla general -expresada en sentencias de inadmisibilidad o de rechazo- vino marcada por una actitud deferente hacia la Administración, fundada en el reconocimiento de que las políticas públicas sanitarias son de competencia exclusiva de la autoridad administrativa, y que

¹⁷⁰ En la especie, se aplicó el mismo razonamiento que en el caso “Librería Giorgio Ltda. con SEREMI de Salud del Biobío”. La Corte Suprema revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia que rechazó el recurso de protección interpuesto por el dueño de un gimnasio que se vio obligado a cerrar por medidas sanitarias, en circunstancias que otros establecimientos tales como centros comerciales o supermercados operaban bajo el mismo contexto sanitario. De esa forma, la Corte Suprema señaló:

“Sexto: Que lo planteado por el recurrente, respecto a permitirse por la autoridad la posibilidad de apertura de un mismo recinto para una actividad educacional, mas no para el desarrollo propio de su giro, y, a su vez, el permitir el desarrollo de actividades, incluso en el interior, en otros establecimientos -como es el caso de los centros comerciales-, es susceptible de ser enmarcado dentro del ejercicio de la igualdad: ante la ley; ante las cargas públicas; en la aplicación de la ley; en el trato que debe entregarnos el Estado y sus autoridades; en la regulación que se haga de los derechos, especialmente al considerarse que la propia autoridad sanitaria ha establecido, como regla general, con el fin de resguardar la salud pública, limitaciones en el aforo. (...)

Séptimo: Que, en conclusión, existe, mediante la aplicación de la norma impugnada en autos, un tratamiento diferenciado injustificado y por ende discriminatorio a situaciones que deben estar sometidas al mismo régimen de permisos. Es por esto que la medida aplicada invocada por el recurrente, lesiona también el artículo 19 N° 2 de la Constitución, pues afecta la igualdad ante la ley del requirente.” SCS Rol N°39.954-2021.

¹⁷¹ SCA de Concepción Rol N°9.500-2021. SCS Rol N°78.835-2021.

éstas se encuentran respaldadas por elementos técnicos de las ciencias de la salud.

Sin embargo, no fue sino hasta el caso “Castro Oñate y otros con Ministerio de Salud” que los tribunales se pronunciaron sobre el fondo de un recurso de protección que pretendía dejar sin efecto el Plan Paso a Paso, resolviendo un conflicto de derechos constitucionales por medio del denominado test de proporcionalidad.

3.1 Síntesis del caso

Se interpuso un recurso de protección a nombre de 179 personas en contra del Ministro de Salud por haber incurrido en el acto arbitrario e ilegal de la dictación de la Resolución N°644/2021, Plan Paso a Paso , por la cual se habría provocado la privación del legítimo ejercicio de las garantías constitucionales de los recurrentes consagradas en el artículo 19 números 1, 2, 4 y 6 de la Constitución Política, solicitando que se declare la ilegalidad y arbitrariedad de dicho acto administrativo y, en consecuencia, se deje sin efecto la resolución en lo que dice relación al pase de movilidad, el cual sería la razón de la afectación de los derechos fundamentales de los recurrentes.

Los recurrentes fundaron su acción aclarando que su intención no es atacar las políticas públicas sanitarias, pero sí que aquellas sean controladas por la judicatura conforme al Derecho Administrativo. En ese sentido, se cuestionó que la Administración no hubiera observado los principios generales del Derecho, y del Derecho Administrativo en particular, con lo que el acto administrativo contra el que se recurre habría establecido discriminaciones arbitrarias entre quienes se han inoculado con la vacuna contra el COVID-19 y quienes -por variadas razones- decidieron no hacerlo, como es el caso de los propios recurrentes.

En esa secuencia, afirmaron que el Plan Paso a Paso adolece de una serie de vicios:

- a. Vicio de competencia: toda vez que ninguno de los actos administrativos dictados al alero de la normativa sanitaria -que faculta decretar la medida del pase de movilidad- ninguno en que el Presidente de la República, en virtud de su potestad reglamentaria autónoma, haya facultado al Ministro de Salud para dictar tales actos administrativo (sin toma de razón).

- b. Vicio de proporcionalidad: desde que la regulación sanitaria sería desproporcionada, lo que la hace revisable por vía del recurso de protección.
- c. Vicio de arbitrariedad: toda vez que se estarían otorgando privilegios a la población inoculada mientras que, a quienes libre y soberanamente, decidieron no hacerlo, se les impide la libertad y se les limita el ejercicio de derechos que otro sector de la población sí goza.
- d. Desviación de poder: puesto que la dictación de la resolución impugnada tendría como finalidad un criterio de “vacunación” y no de disminución de contagios o de tratamiento contra el COVID-19.

Informando el recurso, el Ministerio de Salud -en la misma línea a como fue la estrategia de la defensa estatal para todos estos casos- señaló que la acción de protección no sería la vía idónea para adoptar políticas públicas sanitarias, cuestión que corresponde privativamente a la Administración del Estado, tal como lo han resuelto varias Cortes de Apelaciones del país.

En cuanto al fondo, indicó que no existe ilegalidad en la dictación de la resolución impugnada toda vez que tales medidas (pase de movilidad) se originaron bajo el marco normativo de la Alerta Sanitaria¹⁷², al amparo de los artículos 36 y 57 del Código Sanitario, y por la declaración de estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública¹⁷³, en virtud del artículo 41 de la Constitución, ambos actos administrativos que fueron prorrogados respectivamente.

En tal orden de cosas, no existiría ilegalidad en la forma en que se han dictados las medidas sanitarias que los recurrentes cuestionan.

En relación a la arbitrariedad, arguyó que la vacuna es efectiva para prevenir casos graves y la muerte por la enfermedad del COVID-19, todo lo cual se respalda con estudios y evidencia científica.

3.2 Fundamentos de la sentencia

Resolviendo sobre el asunto, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción decidió que no se observa ilegalidad alguna en la dictación de la resolución. Aquello acontece toda vez que la resolución ha sido dictada en el marco de la Alerta Sanitaria, y ampliada por sucesivos actos administrativos.

¹⁷² Por medio del D.S. N°4/2020 del Ministerio de Salud.

¹⁷³ Decreto Supremo N°104 de 2020 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

Enfatizó en que la Alerta Sanitaria fue declarada en virtud de los artículos 36 y 57 del Código Sanitario.

En adición al examen de legalidad, el fallo señaló que la medida impugnada fue dictada en plena vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, mediante el Decreto Supremo N°104 del año 2020 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y sus posteriores prórrogas, por medio del cual se permitió restringir las libertades de locomoción y reunión en todo el país¹⁷⁴.

Seguido de ello, y haciéndose cargo del fundamento del recurso de protección respecto del supuesto vicio de competencia de la resolución en cuestión por no haber sido dictada por el Presidente de la República, los sentenciadores resuelven que sí fue dictada por la autoridad competente, que no es otra que el Ministro de Salud, en virtud de las leyes N°18.933 y N°18.469.

En relación al fondo del asunto, es decir, al cuestionamiento sobre la legitimidad de la medida adoptada en relación a los derechos supuestamente vulnerados, la Corte de Apelaciones acude al test de proporcionalidad para ponderar los elementos en conflicto:

“QUINTO. Que, sin perjuicio de lo anterior, con tales antecedentes debe examinarse si la concreta aplicación de la Resolución Exenta N°644, en lo que dice relación al pase de movilidad, realmente importa una medida desproporcionada en perjuicio de quienes por sus convicciones personales han decidido no vacunarse, desde que por tal motivo se les ha restringido el libre acceso a cines, teatros, restaurantes y patios de comida, entre otros. (...)

OCTAVO. Que, de esta manera, las restricciones que deben soportar los recurrentes por no vacunarse no resultan desproporcionadas ni poco razonables, ya que el bienestar de la colectividad debe privilegiarse por sobre el interés individual de los actores, máxime si las medidas adoptadas por la autoridad para frenar la alta contagiosidad y mortalidad del COVID-19 mediante la política pública de vacunación voluntaria, ha generado resultados positivos, tal como aparece del Informe Epidemiológico acompañado por la recorrida a la carpeta virtual (de 11 de agosto de 2021, del Departamento de Epidemiología del Ministerio de Salud).

NOVENO: Que, entonces, para los efectos de sopesar los derechos que aquí se hallan en juego –por un lado el mencionado derecho de la

¹⁷⁴ SCA de Concepción Rol N°9.500-2021, c. 3°.

comunidad en resguardo del bien común y, por otro, el referido derecho individual de las personas a cuyo favor se recurre-, necesariamente se arriba a la necesidad de efectuarse un juicio de ponderación (también llamado test de proporcionalidad) –operación aceptada por la gran mayoría de la doctrina para la solución de esta problemática-, y precisamente es en este ámbito, donde aplicando los factores más aceptados a dicho objeto (fin legítimo, idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), podemos concluir, en términos generales, que la actividad que en la especie se reprocha a la autoridad administrativa es la que mejor resguarda el bien común de la población toda, y, desde esta precisa perspectiva, el ejercicio de este derecho viene a predominar por sobre las libertades individuales que se invocan en favor de los individuos particulares por quienes se acciona.

DÉCIMO: Que todas estas razones, entonces, y en ausencia de un acto que pueda ser tildado de ilegal y/o arbitrario, conducen al rechazo de la presente acción y hace innecesario pronunciarse sobre las garantías constitucionales denunciadas como infringidas.” (Énfasis agregado).

Con la enunciación del test de proporcionalidad y la afirmación de que las restricciones que deben soportar los recurrentes por no vacunarse no resultan desproporcionadas ni poco razonables, ya que el bienestar de la colectividad debe privilegiarse por sobre el interés individual de los actores el recurso fue rechazado y la Corte Suprema confirmó la sentencia de primera instancia.

3.3 Aplicación del test de proporcionalidad

Para comprender el test o juicio de proporcionalidad -a veces conocido como principio de razonabilidad¹⁷⁵- y su aplicación al caso en comento, es menester señalar que se trata de una construcción dogmática proveniente de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (caso *Lüth* de 1958)¹⁷⁶ que adquirió gran relevancia en el derecho continental europeo y posteriormente en nuestro sistema jurisdiccional.

Para dicha corriente jurisprudencial, cuyo desarrollo doctrinario se encuentra en el estudio de las normas ius fundamentales y de la hermenéutica constitucional,

¹⁷⁵ DIDIER, María, PETRONE, Santiago (2021). Principio de razonabilidad, derechos fundamentales y emergencia sanitaria. Santa Fe: UCSF, pág. 15.

¹⁷⁶ ALEXY, Robert (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* N°11, enero-junio 2009, pp. 4-6.

es necesario distinguir las normas jurídicas entre reglas y principios en base a un criterio cualitativo que distingue a ambas categorías normativas¹⁷⁷.

Según Alexy, las reglas “son normas que sólo pueden ser cumplidas o no” de modo que las reglas “contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”, de modo que cualquier conflicto de reglas sólo puede ser solucionado introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimine el conflicto, o declarando inválida una de aquellas reglas en conflicto¹⁷⁸. Es decir, la solución de antinomia entre reglas se encuentra en la expulsión de alguna de ellas en preferencia de la otra.

Por otra parte, los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”, por lo que “son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado”¹⁷⁹. La forma de solucionar una colisión de principios es por medio del test o juicio de proporcionalidad, el que consiste en un triple razonamiento: un juicio de idoneidad, un juicio de necesidad y un juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Ahora bien, el juicio de proporcionalidad no siempre tuvo cabida en nuestra jurisprudencia constitucional. Como explica Contesse, existen fallos que adoptaron la tesis según la cual los conflictos entre derechos fundamentales - entendidos como principios según Alexy- se deben resolver buscando la jerarquía de estos derechos, lo que se verifica de acuerdo a un orden de prelación que se aplica cuando el intérprete no ha podido conjugar tales derechos en aparente conflicto¹⁸⁰.

De esa forma, de acuerdo con Cea, el orden de prelación de los derechos fundamentales, en la actual Constitución de 1980, comenzaría por

“el derecho a la vida y a la integridad personal; continuando con la intimidad, el honor y la inviolabilidad del hogar; siguiendo a la información y reunión; para concluir con el Orden Público Económico, dentro del cual se halla la libre

¹⁷⁷ ALEXY, Robert (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pág. 85.

¹⁷⁸ *Ibid.*, pp. 87-88.

¹⁷⁹ *Ibid.*, pág. 86.

¹⁸⁰ CONTESSE, Jorge (2002). Reglas y principios en Chile: ¿jerarquía entre los derechos constitucionales? En: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social N°20, Año 2002*, pp. 77-78.

iniciativa empresarial, la libre apropiabilidad de bienes y el dominio ya adquirido o propiedad, en sus diversas especies”.¹⁸¹

Haciendo a un lado las críticas a esta herramienta de resolución de conflictos normativos, es posible encontrar en la jurisprudencia comparada casos en que tribunales superiores de justicia han aplicado el test de proporcionalidad en la revisión de decisiones administrativas para el COVID-19¹⁸².

En el caso que se suscitó en España sobre la exigencia del “pasaporte COVID” para acreditar el cumplimiento con la vacunación voluntaria, el Tribunal Superior de Galicia denegó la autorización de tal medida administrativa. Para ello discurrió sobre cuestiones específicas en la aplicación del “pasaporte COVID”:

"En relación con los Derechos Fundamentales que pudieran resultar afectados por la implantación del denominado vulgarmente «pasaporte covid», hemos de distinguir, por una parte, el derecho a la intimidad personal recogido en el artículo 18 CE, desde el momento en que la medida implica la necesidad de exhibir datos relacionados con la salud, los cuales tienen la consideración, desde la óptica de la normativa de la Unión Europea, de carácter sensible, gozando una mayor protección y confidencialidad.

Y, por otra parte, también podría verse afectado el principio de no discriminación recogido en el artículo 14 CE, por cuanto la implantación de la medida supondría un trato diferenciado respecto de los ciudadanos en función de la posesión o no del certificado de vacunación o de las pruebas médicas que se relacionan, toda vez que en nuestro país la vacunación no es obligatoria y existen determinados colectivos que no pueden ser inmunizados por razones médicas, así como otros que, aun habiendo mostrado su voluntad de serlo, no tienen acceso a las vacunas, ya que, en el orden cronológico de la vacunación, se han establecido criterios de prioridad en función de las edades o el riesgo de contagio; a lo que habría que añadir el lapso temporal

¹⁸¹ CEA, José (1999). El sistema constitucional de Chile: síntesis crítica. Santiago: Universidad Austral, pág. 172.

¹⁸² A modo referencial, el Tribunal Supremo español debió resolver conflictos de similares características a propósito de la aplicación del Certificado COVID digital de la Unión Europea, cuya aplicación en distintas comunidades autónomas de España fue impugnada ante los tribunales contencioso-administrativos de dicha legislación. Sobre el particular, véase DOMÍNGUEZ, José (2022). El Certificado COVID Digital de la Unión Europea: breves apuntes a propósito de la cambiante jurisprudencia del Tribunal Supremo. *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, 10(1), pp. 11–25.

entre la aplicación de la primera y la segunda dosis que, en algunas vacunas -como la de *Astrazeneca*- se extiende hasta las 12 semanas.”¹⁸³

Las consideraciones apuntadas dicen relación con el derecho a la intimidad y el derecho a la igualdad ante la ley, este último uno de los más invocados en nuestro país para impugnar las medidas de excepción.

Sin embargo, en ese caso el control judicial se tornó mucho más intenso cuando el tribunal razonó sobre la idoneidad de la medida, entrando incluso a conocer sus aspectos técnicos:

“A mayor abundamiento, la prueba COVID negativa sólo es una foto fija del momento en el que se ha practicado, con lo que nada impide desgraciadamente que en un momento posterior a la misma y anterior a la entrada en el local se haya producido el contagio y, por lo tanto, el sujeto afectado sea un propagador del virus, que es el objetivo declarado de la medida. En definitiva, si las personas que han sido vacunadas o han padecido la enfermedad, a pesar de haber desarrollado inmunidad frente al virus (en un mayor o menor grado, dependiendo del tipo de vacuna y del hecho de haber padecido la enfermedad) pueden ser potenciales transmisores del mismo, no se ha explicado cómo se evitará el posible contagio de quienes hayan accedido al local amparados en la presentación de un justificante por la realización de una PCR o un test de antígeno, que sólo acredita que en momento de su realización no eran portadores del virus activo, pero no que gocen de inmunización alguna frente a éste.”¹⁸⁴

Pese a que el Tribunal Superior de Galicia denegó la implementación de la medida, la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo español anuló la sentencia y en su lugar la ratificó¹⁸⁵. Al efecto, solo cabe señalar que la sentencia del Tribunal Supremo de España también razonó sobre la base del juicio de proporcionalidad.

No obstante que esta no es una investigación de derecho comparado, este ejemplo es útil a efectos de contrastar el razonamiento de la Corte de Apelaciones de Concepción, la que resolvió el conflicto planteado enunciando la aplicación del

¹⁸³ Sentencia Tribunal Superior de Galicia, España, Resolución N°97/2021 de 20 de agosto de 2021, considerando 1° de los fundamentos de Derecho.

¹⁸⁴ Sentencia Tribunal Superior de Galicia, España, Resolución N°97/2021 de 20 de agosto de 2021, considerando 5° de los fundamentos de Derecho.

¹⁸⁵ Sentencia N°1.112/2021 del Tribunal Supremo de España.

test de proporcionalidad, lo que constituye una novedad en la jurisprudencia que es objeto de investigación.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que la Corte solo alude al juicio de proporcionalidad, pero no despliega el razonamiento que sigue a dicha técnica de resolución de antinomias. No se observa en el fallo un análisis pormenorizado de los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente tal¹⁸⁶.

En esos términos, llama la atención la exigua argumentación que desarrolla la Corte de Apelaciones sobre la proporcionalidad de las medidas sanitarias de emergencia, habiendo tenido la posibilidad de explayarse sobre lo necesario, idóneo y proporcional que resulta el pase de movilidad para la finalidad perseguida por la autoridad sanitaria. Sin embargo, nada de eso ocurrió, lo que ciertamente es una oportunidad perdida para innovar en la forma de resolver un conflicto de relevancia constitucional que es parte inherente en la gestión de una crisis sanitaria.

Con todo, es importante mencionar que este fallo sienta un criterio que fue utilizado posteriormente por la propia Corte Suprema en un caso distinto, el que es categórico al concluir que “las restricciones que deben soportar los recurrentes por no vacunarse no resultan desproporcionadas ni poco razonables, ya que el bienestar de la colectividad debe privilegiarse por sobre el interés individual de los actores.”¹⁸⁷

¹⁸⁶ Esta opinión dista de aquella que ha expresado la propia Corte Suprema en el discurso inaugural del año judicial 2022 sobre su propio desempeño: “También destaca la jurisprudencia que constata la proporcionalidad y razonabilidad de las restricciones impuestas para personas no vacunadas para combatir el Covid-19.” Obtenido de <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/docs/download/35160> [consultado el 24 de marzo de 2024].

¹⁸⁷ SCA de Concepción Rol N°9500-2021, c. 9°. Este criterio fue replicado en SCS Rol N°78.839-2021.

CONCLUSIONES

La hipótesis de este trabajo era que sí existe un mecanismo de control judicial de la actividad administrativa pero que, sin embargo, dicho control no alcanza con total efectividad a los actos de carácter discrecional y de contenido técnico dictados en el marco de la pandemia.

La hipótesis logró ser comprobada con la exposición de la jurisprudencia seleccionada. En efecto, es posible afirmar que los tribunales no abandonaron su labor de garantes del Estado de Derecho, aun cuando fue notoria su deferencia hacia las decisiones administrativas discrecionales y cuando algunas de sus decisiones erraron en la comprensión de los principales instrumentos jurídicos implementados durante la pandemia.

Ahora bien, la investigación permitió arribar a las siguientes conclusiones específicas:

- a) **El Estado desplegó todos los dispositivos de emergencia dispuestos por el ordenamiento jurídico.** El Capítulo I expuso la rápida respuesta del Ejecutivo en dictar los actos administrativos que configuraron el régimen jurídico de excepción por medio de la Alerta Sanitaria y de los estados de excepción constitucional, que sirvieron de marco normativo para el ejercicio de una actividad administrativa formal y material restrictiva de ciertos derechos fundamentales, pero ejecutora de una importante política pública sanitaria.

Por su parte, el Poder Legislativo hizo lo propio, dictando las leyes de emergencia para disponer de ayudas económicas dirigidas a través del Ingreso Familiar de Emergencia y otras medidas de índole tributario.

En cuanto al Poder Judicial, por la naturaleza de sus funciones adoptó una actitud más bien pasiva frente a la crisis, controlando tímidamente la actividad de emergencia de la Administración, pero sin abandonar del todo su deber de garante de la Constitución.

- b) **El acto administrativo diseñado para la superación de esta emergencia sanitaria fue el Plan Paso a Paso.** Este plan, contenido es una resolución exenta del Ministerio de Salud que fue modificada sucesivamente durante el

curso de la pandemia, estableció una verdadera regulación administrativa de la emergencia.

Esta regulación consistió en aprovechar el régimen de excepción implementado por el estado de excepción constitucional de catástrofe y la Alerta Sanitaria para imponer condiciones al normal ejercicio de determinados derechos constitucionales vinculados con la libertad ambulatoria y de reunión.

El condicionamiento de tales derechos se extendió desde el uso de mascarillas y aforos, hasta el cumplimiento de un esquema de vacunación contra el virus del COVID-19. Para esta última finalidad, el Plan incluyó el pase de movilidad, un certificado que acreditaba que la persona se encontraba vacunada, con lo que, en los hechos, recuperaba los derechos que los dispositivos jurídicos de emergencia le habían restringido.

Sostengo que el diseño detrás del Plan Paso a Paso, y muy particularmente del pase de movilidad, persigue una intervención en la conducta de los individuos cuyo objetivo es que sean ellos mismas quienes -persiguiendo un incentivo positivo en un contexto de severa y continua restricción de sus derechos- cumplan voluntariamente con las medidas preventivas para la protección de su salud y con la inoculación de la vacuna contra el virus.

Sin perjuicio de la eficacia de dicha regulación administrativa, hubo quienes cuestionaron la intervención del Estado en el normal ejercicio de sus derechos más elementales.

- c) **La judicialización de la actividad administrativa de emergencia se condujo a través del recurso de protección.** En ese sentido, no existe novedad en cuanto a que esta es la vía judicial utilizada para el control de la discrecionalidad administrativa en el marco de una crisis. En efecto, durante el régimen de excepción que imperó por la emergencia sanitaria, el recurso de protección fue la principal vía impugnatoria de la actividad Administrativa, siguiendo la tendencia de crisis anteriores (por ejemplo, la que surgió en el marco del estallido social en 2019).

La explicación de este fenómeno es que, en ausencia de una justicia contencioso-administrativa de aplicación general, la práctica judicial ha venido supliendo ese vacío por medio del recurso de protección.

Lo antes dicho es sin perjuicio de los controles *ex post* realizados por la Contraloría General de la República en los casos en que algunas municipalidades excedieron sus competencias.

- d) **El control judicial de la emergencia por la vía del recurso de protección es defectuoso e insuficiente.** El Capítulo II sirvió para comprender dogmáticamente la complejidad del control jurisdiccional en general, y la aún más compleja estructura sobre la que se ha diseñado nuestro sistema de control judicial de la actividad administrativa, en particular.

Para ello expuse las diversas modalidades que dan forma a la justicia administrativa, cómo éstas han configurado el control judicial y los desafíos que actualmente enfrenta el control de los actos administrativos en Chile.

El problema de tener un diseño de control judicial disgregado y complejo es que induce al error en la gestión de la justicia. Esto es particularmente preocupante cuando se trata de situaciones en que se ven amenazados los derechos fundamentales de las personas.

En la práctica estos errores se manifestaron en no comprender que el estado de excepción constitucional invocado para la pandemia no autorizaba la suspensión de ningún derecho constitucional (sólo la restricción temporal), y en que toda medida implementada podía ser controlada judicialmente, puesto que no existe acto administrativo exento de revisión judicial, ni aún aquellos producidos bajo el régimen de Alerta Sanitaria. En definitiva, un error de la jurisprudencia fue no entender que la Constitución Política dispone que lo único que le está vedado a los tribunales es controlar el mérito detrás de la declaración de estado de excepción, mas no las medidas específicas que dicha declaración pueda tener en el ejercicio de los derechos constitucionales.

Concluyo que la principal causa de estos errores es la ausencia una justicia contencioso-administrativa propiamente tal, es decir, una que otorgue un grado mayor de autonomía a los tribunales, así como un conocimiento más específico de las cuestiones técnicas, como la que existe en el derecho comparado y que en otros países jugó un importante rol durante la pandemia.

- e) **Los tribunales de justicia cumplieron su deber, aunque tímidamente.** El Capítulo III consistió en una exposición de los casos en que las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema ejercieron un control más intenso que en el resto de los recursos de protección, que eran declarados inadmisibles o

rechazados, principalmente por razones de deferencia al Ejecutivo o por limitaciones auto impuestas surgidas de una confusión conceptual sobre los alcances del estado de excepción constitucional de emergencia y de la Alerta Sanitaria.

De ese modo, los casos “Misa dominical” y “Librería” demostraron que los tribunales sí son competentes para analizar, en sede de protección, la potestad discrecional ejercida por la autoridad competente en un contexto de emergencia sanitaria.

Otro importante caso analizado fue aquel en que los tribunales resolvieron que el bien común debe prevalecer sobre el individual, ejerciendo un tímido pero interesante test de proporcionalidad. Las reflexiones sobre aquello indican que la Corte Suprema pudo haber ejercido un razonamiento más profundo sobre el test de proporcionalidad, cuestión que hubiera marcado un precedente valioso para afrontar futuras situaciones similares.

Por último, no es posible dejar de mencionar la importancia de la temática investigada en una época en que se avizora el surgimiento de nuevas crisis provocadas no sólo por nuevos virus fácilmente trasladables de una parte del mundo a otra, sino que también por las migraciones masivas provocadas por el cambio climático, los conflictos bélicos u otras causas humanas o naturales.

En suma, la pandemia del COVID-19 demostró que el Derecho Administrativo tiene la capacidad -así como el deber- de buscar respuestas inmediatas ante eventos excepcionales, mientras que los tribunales de justicia tienen el imperativo -y la inexcusable responsabilidad- de controlar adecuadamente las intervenciones estatales que, aún en contextos de emergencia, puedan afectar los derechos fundamentales de las personas.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert (1993). Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ALEXY, Robert (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional N°11*, enero-junio 2009.

ALMARZA, Diego (2020). Pandemia y estados de excepción. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales. Santiago: Universidad de Chile.

ÁLVAREZ, Gabriel (2009). Curso de Investigación Jurídica. Santiago: Legal Publishing Chile.

BARRA, Nancy (2019). El control social en la prevención de las malas prácticas administrativas y la corrupción. Santiago: Editorial Universidad Finis Terrae

BECERRA, Pablo (2017). El Rol de la Corte Suprema. Santiago: Ediciones DER.

BERMÚDEZ, Jorge (2011). Derecho Administrativo General. Santiago: Thomson Reuters.

BOCKSANG, Gabriel (2016). El deterioro del control jurisdiccional sobre los decretos supremos. En *Sentencias Destacadas 2016*, pp. 121-147.

CASSAGNE, Juan (2020). La regulación en el estado de emergencia. Disponible en: <http://cdi.mecon.gov.ar/bases/jurid/19456.pdf>

CASTELLÀ ANDREU, J.M. (2020). La Comisión de Venecia y los estados de emergencia: la necesaria preservación del Estado de Derecho y la democracia constitucional durante la crisis de la covid-19. En BIGLINO CAMPOS, P.; DURÁN ALBA, F. (2020). *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

CEA, José (1999). El sistema constitucional de Chile: síntesis crítica. Santiago: Universidad Austral.

CÉSPEDES, Carlos (2021). Derecho y situaciones de excepcionalidad. Valencia: Tirant Lo Blanch.

CLAPHAM, Andrew (2020). Derechos Humanos. Una breve introducción. Santiago: Ediciones UC.

COMUNIDAD Y JUSTICIA (2021). Informe sobre libertad religiosa y estado de excepción constitucional en Chile. Disponible en: <https://comunidadyjusticia.cl/wp-content/uploads/2020/07/informe-sobre-libertad-religiosa-y-estado-de-excepci%C3%93n-constitucional-en-chile.pdf>

CONTESSE, Jorge. (2021). Exceptional regulations for an exceptional moment: the law and politics of Covid-19 in Chile. En *Administrative Law Review*, 73(1).

CONTESSE, Jorge (2002). Reglas y principios en Chile: ¿jerarquía entre los derechos constitucionales? En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social N°20, Año 2002*, pp. 53-93.

CONTRERAS, Pablo (Editor) (2020). La ley de la emergencia. Santiago: Ediciones DER.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2022). Discurso inaugural del año judicial 2022. Disponible en: <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/docs/download/35160>

CORDERO, Luis (2009). El Control de la Administración del Estado. Santiago: Legal Publishing.

CORDERO, Luis (2015). Lecciones de Derecho Administrativo. Santiago: Thomson Reuters.

CORDERO, Luis, TAPIA, Javier (2015). La revisión judicial de las decisiones regulatorias. En *Estudios Públicos N°139 (invierno 2015)*, pp. 7-65.

DE LA CRUZ, Alicia (2019). Contraloría General de la República: ¿Jurisdicción contenciosa administrativa? Santiago: Ediciones DER.

DIDIER, María, PETRONE Santiago (2021). Principio de razonabilidad, derechos fundamentales y emergencia sanitaria. Argentina: Universidad Católica de Santa Fe.

DOMÍNGUEZ, José Luis. (2022). El Certificado COVID Digital de la Unión Europea: breves apuntes a propósito de la cambiante jurisprudencia del Tribunal Supremo. *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, 10(1).

ETCHEVERRY, Juan (2020). Confinamiento y pandemia. El problema moral, político y jurídico. En *Thomson Reuters (scientific) Ltd; La Ley*; 139; 2-2020.

FARRÉS, Oriol. Salus populi suprema lex. En *Revista de Bioética y Derecho* 2020; 50., pp. 50-17.

FAÚNDEZ, Julio (2011). Democratización, desarrollo y legalidad: Chile, 1831-1973. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

FERRADA, Juan (2020). Justicia Administrativa. Santiago: DER Ediciones.

FERRADA, Juan (2011). Los procesos administrativos en el Derecho chileno. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXVI.

FERRADA, J., MÉNDEZ, O. y ROJAS, C. (Coord.) (2021). Derecho público y emergencia: respuestas ante el COVID-19. Santiago: Legal Publishing.

FERRAJOLI, Luigi (2009). Los fundamentos de los Derechos Fundamentales.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1979). La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). Madrid: Civitas.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1994). La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Real Academia Española.

GOBIERNO DE CHILE (2022a). COVID-19 en Chile. Pandemia 2020-2022.

GOBIERNO DE CHILE (2022b). COVID-19: Evolución, efectos y políticas adoptadas en Chile y el mundo.

GÓMEZ, Rosa (2023). Potestad de policía: revisión histórica del concepto y su relación con el principio de subsidiariedad. En *El principio de subsidiariedad y su impacto en el Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

HUEPE, Fabián (2018). Discrecionalidad administrativa y razonabilidad. Santiago: Thomson Reuters.

ISENSSE, C. (2016). Sobre la revisión judicial de la discrecionalidad administrativa. *Revista Actualidad Jurídica* N°35, Universidad del Desarrollo.

IRIBARREN, J. (1936). Lecciones de Derecho Administrativo. Santiago: Editorial Nascimento.

LARROUCAU, Jorge (2021). La tutela judicial de los Derechos Fundamentales. Santiago: Ediciones DER.

NAVARRO, Enrique (2012). 35 años del recurso de protección. Notas sobre su alcance y regulación normativa. En *Estudios Constitucionales*, Año 10, N°2, pp. 617-642.

PANTOJA, Rolando (2005). La inexplicable ausencia de una justicia administrativa en el Estado de Chile. En *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* N°13.

PAREJO, Luciano (2020). Lecciones de Derecho Administrativo. 10° Edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

PRADO, Santiago. (1859). Principios elementales de derecho administrativo chileno: adaptados a la enseñanza del ramo en el Instituto Nacional. Santiago: Imprenta Nacional.

PIERRY, Pedro. 1984. El control de la discrecionalidad administrativa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°8 (1984)

PONCE DE LEÓN, Sandra (2018). Jurisdicción contencioso-administrativa. El control de la administración por los tribunales ordinarios y especiales. Procedimientos aplicables. Santiago: Ediciones DER.

POYANCO, Rodrigo (2021). COVID-19 y libertad de culto en Chile: la jurisprudencia de la Corte Suprema. En *Themis-Revista de Derecho* N°80, julio-diciembre 2021, pp. 93-109.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José, DOMÉNECH, Gabriel, ARROYO Luis (2021). Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Introducción. Fundamentos. Editorial Marcial Pons.

RUFATT, Cristófer (2022). Remedios judiciales en el contencioso administrativo ambiental. Santiago: Editorial Hammurabi.

SALAS, Sofía (2020). Aspectos éticos de la epidemia del Coronavirus. En *Revista médica de Chile*, 148(1), pp. 123-124.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel (1997). El objeto de la legalidad en la expresión *salus populi suprema lex esto*. En *Cuadernos de Filología Clásica latinos N°12*, 1997, pp. 39-78.

SILVA, Enrique (2014). Derecho Administrativo chileno y comparado. Introducción y Fuentes. Quinta Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

THALER, Richard, SUNSTEIN, Cass (2008). *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press.

VALDIVIA, José (2018). Manual de Derecho Administrativo. Valencia: Tirant lo Blanch.

VERGARA, Alejandro (2018). Derecho Administrativo: identidad y transformaciones. Santiago: Ediciones UC.

VERGARA, Alejandro (2022). El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema, IV: Líneas y vacilaciones durante 2021. En *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N°35, pp. 321-355.

VIVANCO, Ángela (2021). Curso de Derecho Constitucional. Tomo II. Santiago: Ediciones UC.

ZÚÑIGA, Francisco (2005). Libertad y Autoridad en el Derecho Constitucional: El Derecho de Excepción. En *Revista de Derecho Pública, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Vol. 67, Año 2005*, pp. 175-185.

ZÚÑIGA, Francisco (2007). El recurso de protección y sus límites. A propósito de las “cuestiones técnicas”. En *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*.

