



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Proporcionalidad en el control judicial de las políticas públicas

Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, con mención en derecho público

Profesor guía : Dr. Luis Cordero Vega
Alumna : Valeria Neira Leiva

Santiago, 2018

A mi padre, mi madre y mi hermana Loreto

Índice

Introducción	6
Capítulo I. Aplicación del principio de proporcionalidad en la decisión judicial que controla el acto administrativo	11
I. I. Importancia de la libre apreciación de la administración en relación a la potestad discrecional	12
I. II. Aplicación del principio de proporcionalidad en la interpretación judicial de la decisión administrativa	25
I. II. 1. Incidencia en la hermenéutica constitucional	33
I.II.1.1. Constitucionalización de ciertos valores	35
I. II. 2. Los problemas que suscita la consagración normativa de los principios	42
Capítulo II. Estándares de proporcionalidad en la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema y el latente riesgo del activismo judicial.	51
II. I. Instrumentalización del derecho administrativo para garantizar o promover derechos colectivos.....	58
II. II. Implicancias de la ejecución de las políticas públicas en la concreción de los derechos sociales	62
II. III. Perspectiva del activismo judicial en la Corte Suprema como paliativo a la inejecución de políticas públicas adecuadas	66
II. III. 1. Transiciones a la democracia.....	67
II. III. 2. Influencia en la formulación de políticas públicas.....	68
II. IV. Consideraciones conceptuales previas en torno al activismo judicial	71
II. IV. 1. Nociones acerca del activismo judicial.....	71
II. IV. 2. Sobreinterpretación normativa de la Constitución.....	74

II. IV. 3. Estado de la cuestión en Chile: Objeciones doctrinales en torno a la justiciabilidad de los derechos sociales.....	77
II. IV. 3. 1. Objeción de incapacidad	80
II. IV. 3. 2. Objeción de ilegitimidad	82
II. IV. 4. Las llamadas Reacciones Violentas ciudadanas	86
II. IV. 5. Breves referencias a las posibles soluciones propuestas por la doctrina en torno al activismo judicial en la tutela de los derechos colectivos	93
II. IV. 5.1. Minimalismo	95
II. IV. 5. 2. Constitucionalismo popular	95
Capítulo III. Análisis jurisprudencial de las implicancias de la tutela judicial de los derechos colectivos	98
III. I. El costo de los derechos	98
III. II. Clasificación de las sentencias según la erogación económica que implican	104
III. III. Revisión de las decisiones de la Corte Suprema de Chile desde la perspectiva de las políticas públicas	108
III. III. 1. Medio ambiente: Caso “Ciclovías de Rancagua”	109
III. III. 2. Educación: Caso “Toma del Instituto Nacional”	113
III. III. 3. Responsabilidad del Estado por falta de servicio ante catástrofes naturales: Caso “Tsunami 24 F. Actividad extractiva de algas en Isla Mocha”	122
III. III. 4. Salud: Caso “Otorgamiento de medicamento para tratamiento de enfermedad rara”	129
III. III. 5. Urbanismo. Caso “Orden de demolición de muros de contención frente a aluviones”	138
III.III. 6. Medio Ambiente. Caso “Plan de descontaminación como base de cálculo para el cobro de derechos municipales”	143
Conclusiones	148

Bibliografia..... 159

Introducción

Una vez que las políticas públicas han sido diseñadas por los órganos técnicos de la Administración del Estado que legal o reglamentariamente han sido destinados para ello, surge la consecuente necesidad de implementarlos o ponerlas en funcionamiento para la obtención de resultados asociados a la gobernabilidad y a la satisfacción de necesidades de interés colectivo. Parece de toda lógica que en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho quien debiese promover el cambio social- en orden a la consecución de los objetivos recientemente mencionados- son los poderes de representación democrática. Sin embargo, en los hechos nos encontramos con situaciones de administrados insatisfechos, cuyas demandas de corte social no son -o lo son parcialmente- atendidas por el Ejecutivo, por lo que judicializan la implementación de las políticas públicas propuestas o aquellas que se encuentran en ejecución.

Es decir, se le solicita al juez, quien ostenta una posición imparcial y se encuentra limitado constitucional y legalmente, a fallar respecto de un caso en concreto, que decida una cuestión de política pública que tiene incidencias a nivel macro. Esta incipiente posibilidad de controlar los actos de la Administración en aras a la protección de garantías fundamentales sociales, implica la potencial apertura hacia un activismo judicial, que por tutelar derechos es capaz de controlar más allá del principio de separación de poderes, generando una interferencia con el órgano técnico, con el cual históricamente la jurisprudencia había manifestado una notoria deferencia.

Ahora bien, esta intromisión no se ejerce por el tribunal sin más, puesto que desarrolla ciertos mecanismos que revisten de validez dicho control. Uno de ellos es el control de la decisión administrativa evaluando su proporcionalidad. Como se verá más adelante, se han ideado tests a nivel doctrinal, donde existe relativo consenso en la aplicación del principio de proporcionalidad en las decisiones de la Administración, los cuales han sido recogidos y adoptados por el juez a la hora de ejercer el mentado control.

Otra consecuencia importante a considerar, es que la modificación de una política pública que eventualmente puede disponerse mediante una decisión judicial, trae

aparejada una modificación en la planificación presupuestaria del órgano encargado de ejecutarla. Ello, porque al momento de diseñarla se tuvo a la vista la asignación de determinados recursos, en atención a criterios eminentemente técnicos y de oportunidad para el órgano. Por ende, el amparo de un derecho fundamental social evidentemente acarrea un costo financiero que no fue previsto por el órgano. El juez no tiene a la vista el mismo análisis económico, pues ponderará los beneficios y sacrificios para el caso concreto que conoce, aun cuando aquello pudiese tener una repercusión *erga omnes*. En ese sentido, los fallos favorables a los intereses de los administrados pueden desencadenar una interposición masiva de demandas, que persiguen la obtención del mismo resultado satisfactorio de derechos sociales. O bien, puede ocasionar también reacciones adversas si en el sentir colectivo- en cuanto a los valores constitucionales que están a la base de la Carta Fundamental e inspiran al ordenamiento jurídico en su conjunto- la sentencia es a todas luces contra mayoritaria.

Antes de iniciar el análisis de la problemática planteada, se hace necesario adoptar ciertos acuerdos conceptuales previos, a modo de prolegómeno. Vamos a convenir que las políticas públicas constituyen decisiones que adopta la autoridad gubernamental de turno¹ acerca de qué es, qué es lo que se debe hacer respecto de determinados problemas sociales, que en un acotado momento histórico, son percibidos tanto por el gobierno como por los ciudadanos como prioritarios², en un sector social o

¹ En el entendido que son el resultado de la actividad de una autoridad investida de un legítimo poder público, según MENY, Y. y THOENING, J. Las Políticas Públicas, 1° Edición, Barcelona, España, Editorial Ariel, 1992, pp. 89- 90, Citado en: HERNÁNDEZ, Gustavo. El análisis de las políticas públicas: Una disciplina incipiente en Colombia [en línea] Revista de Estudios Sociales, Facultad de Ciencias Sociales- Fundación Social, Universidad de Los Andes, N° 4, agosto de 1999, Bogotá, Colombia, <<http://www.redalyc.org/pdf/815/81511266007.pdf>> [Consulta: 8 de octubre de 2017]

² TAMAYO, Manuel. El Análisis de las Políticas Públicas, En: BAÑÓN y CARRILLO, (Compiladores), La Nueva Administración Pública, Madrid, España, Alianza Editorial, 1997, p. 281

espacio geográfico³ o sector, sobre quién obtiene qué, por qué, cuándo y cómo⁴. Para lo cual será necesario que realice una selección de objetivos y medios para alcanzarlos⁵. En consecuencia, se trata de cursos de acción o inacción del Gobierno en respuesta a problemas públicos, cuya priorización estará dada por decidir la importancia que tienen diferentes valores de la sociedad⁶. Cada opción de fondo entraña valores, paradigmas e ideas, los cuales responden a intereses, valores y/o preferencias que pueden encontrarse en conflicto en los distintos grupos que componen la sociedad⁷.

Como se mencionó, estos cursos de acción/ inacción y flujos de información en general, están relacionados con la consecución de un objetivo público que es definido por el Gobierno. No obstante, en el modelo actual del Estado de Derecho, se exige que tal objetivo haya sido definido previamente de manera democrática⁸. Luego, estas decisiones son puestas en práctica por el sector público- la Administración-, recibiendo

³ MENY, Y. y THOENING, J. Las Políticas Públicas... *Op. cit.* (1)

⁴ GRAU, Mireia. Introducción. El Estudio de las Políticas Públicas: Enfoques y Metodologías de Análisis, En: GRAU, M. y MATEOS, A. (Editores), Análisis de Políticas Públicas en España: enfoques y casos, Valencia, España, Editorial, Tirant lo Blanch, 2002, p. 34

⁵ JENKINS, William. Policy Analysis: A Political and organizational Perspective, Londres, Inglaterra, Martin Robertson, 1978, pp. 17 y 21. Citado en: HERNÁNDEZ, Gustavo. El análisis de las políticas públicas: Una disciplina incipiente en Colombia [en línea] Revista de Estudios Sociales, Facultad de Ciencias Sociales- Fundación Social, Universidad de Los Andes, N° 4, agosto de 1999, Bogotá, Colombia, <<http://www.redalyc.org/pdf/815/81511266007.pdf>> [Consulta: 8 de octubre de 2017]

⁶ KRAFT, Michael y FURLONG, Scott. Public Policy: Politics, Analysis and Alternatives", 2° Edición, CQ Press, Washington, DC, Estados Unidos, 2006, p. 5

⁷ GOMÁ, Ricard y SUBIRATS, Joan. Democratización, Dimensiones de Conflicto y Políticas Públicas en España. En: GOMÁ Ricard y SUBIRATS, Joan (Coords.) Políticas Públicas en España. Contenidos, Redes de Actores y Niveles de Gobierno, 1° Edición, Ariel Ciencia Política, España, 1998, p. 14

⁸ Es tal la importancia del factor democrático, que algunos autores afirman que las políticas públicas a fin de cuentas no son más que lenguaje. Por esto, tanto el debate como la argumentación en torno a su adopción son centrales. Esta idea está presente En: MAJONE, Giandomenico. Evidence, Argument and Persuasion in the Policy process, 1° Edición, Yale University Press, New Haven, Estados Unidos, 1989, p. 11

colaboración de la participación ciudadana y también del sector privado⁹- los particulares y grupos intermedios, en general-. Su ejecución trae, por cierto, la determinación de un mecanismo de asignación de fondos públicos¹⁰.

En segundo lugar, la referencia a la aplicación del principio de proporcionalidad por la jurisprudencia, dice relación con el control del acto administrativo en clave derechos fundamentales. Esto es, la opción de la Administración de favorecer o priorizar determinados derechos o intereses, por lo general colectivos, en desmedro o sacrificio de otros que estima menos relevantes en un momento y lugar determinado, lo cual es un argumento subyacente en la motivación de dicho acto.

En consecuencia, en el derecho administrativo chileno actual, se constata una dispersión normativa que dificulta su aplicación, en cuanto a la uniformidad del criterio decisonal, y en cuanto al razonamiento jurídico que subyace tras tales decisiones, tanto de parte de las agencias administrativas de las cuales emanan actos administrativos definitivos como de aquellas que resuelven un sancionatorio, y de los tribunales de justicia que fallan un contencioso. Esta dispersión del ordenamiento jurídico a la que se ha aludido obedece a un variopinto sistema de fuentes, el cual se complejiza- por tecnicidad y abundancia- mientras descende hacia la actuación diaria de los entes administrativos como productores de normas, que vienen muchas veces a suplir la falta de regulación, en un mercado o actividad económica, por dar un ejemplo.

Esta maraña dispersa de normas administrativas, hacen que al final del día cobre una enorme relevancia el razonamiento jurídico que se va a exteriorizar en la motivación del acto administrativo y en la fundamentación fáctica y jurídica de una sentencia judicial, de manera que resulte lo suficientemente claro y razonable, para comprender la aplicación de las categorías y figuras del derecho administrativo.

⁹ LAHERA, Eugenio. Introducción a las Políticas Públicas, Fondo de Cultura Económica, Santiago, Chile, 2002, p. 16

¹⁰ GOMÁ, Ricard y SUBIRATS, Joan. Democratización, Dimensiones de... *Op. cit.* (7), p. 14

Esto es, ya que ni desde la ley, ni la doctrina, ni la jurisprudencia, existe un orden o un consenso acerca de la teoría general del derecho administrativo, sino tan sólo un esfuerzo de sistematización del mismo, es que la interpretación jurídica ha asumido un papel preponderante. En tal orden de ideas, el principio de proporcionalidad se ha erigido como una herramienta metodológica de interpretación a la cual los jueces han podido echar mano para controlar judicialmente el acto administrativo, empleando para ello un razonamiento en base a derechos subjetivos públicos.

Así, podemos encontrar sentencias de la Corte Suprema de Chile- sobre todo de los últimos años- cuyo razonamiento legal usa a la proporcionalidad como instrumento de decisión sobre derechos, que tangencialmente inciden en competencias públicas. Pero se trata de un efecto colateral que por cierto, es de enorme incidencia práctica en el funcionamiento del Estado y en lo que se ha denominado “la buena gobernanza”, como más adelante se verá; y teórica, pues viene a reestructurar el rol de los poderes del Estado, sus competencias y principios, y a replantear las características y categorías del derecho administrativo. Y aún más, deja al descubierto la necesidad de contar con una teoría general administrativista, y las consecuencias jurídicas de su falta de sistematización.

Por ello, debemos tener presente que, si bien en este trabajo se analizará críticamente el rol de las sentencias judiciales que emplean la proporcionalidad para amparar derechos, en su mayoría sociales, con incidencia en otros poderes del Estado, no se trata de una tesis de derecho constitucional que se haga cargo de las implicancias neoconstitucionales en la interpretación de sentencias; ni del alcance de la tutela judicial de derechos fundamentales; ni del activismo judicial como fenómeno jurídico contemporáneo. Sino que cómo estas cuestiones a las que se ha hecho referencia, van a repercutir en la dinámica cíclica de causa- efecto, en el razonamiento judicial para decidir sobre categorías administrativistas.

Dicho esto, los contenidos a tratar abordarán principalmente, en el Capítulo I: la aplicación del principio de proporcionalidad en la decisión judicial; en el Capítulo II: los estándares de ponderación en la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema y el latente riesgo del activismo judicial; y, finalmente en el Capítulo III: se desarrollará un análisis

jurisprudencial de las implicancias de la tutela judicial de los derechos colectivos. Para por último, dar lugar a las conclusiones.

Capítulo I. Aplicación del principio de proporcionalidad en la decisión judicial que controla el acto administrativo

I. I. Importancia de la libre apreciación de la administración en relación a la potestad discrecional

El Estado actualmente debe asumir nuevas tareas prestacionales, distintas a las clásicamente encomendadas, donde requiere contar con mayores márgenes de apreciación. Consecuentemente, el pleno sometimiento de la Administración al derecho debe ser concordante con el mandato constitucional de los principios democrático y social,¹¹ y con el desarrollo de la actividad prestacional y regulatoria del mercado que llevará a cabo. Por ende, el ejercicio de la potestad discrecional en la actuación administrativa se encuentra estrechamente vinculado con la ejecución de las políticas públicas, debido a que se refiere a aspectos de carácter técnico y de su competencia propia, conforme al principio de separación de poderes.

No es viable entonces reducir el actuar de la Administración a una aplicación automática de normas, no siendo posible encontrar una única respuesta correcta, pues en muchos casos dependerá de la oportunidad en que el acto se dicte y qué se estime más acorde con el interés público. Por otro lado, refuerza la idea de la trascendencia de la libre apreciación, el que la Administración en un sistema democrático de gobierno, no sólo va a contar con mayor especialización o conocimiento técnico, sino que también gozará de legitimidad democrática.¹²

La discrecionalidad de la Administración va a implicar una libertad de elección entre opciones que jurídicamente no son del todo indiferentes. Para adoptar una decisión, deberá ponderar los principios jurídicos que rigen la actuación administrativa y

¹¹ BERMÚDEZ Soto, Jorge. El control de la discrecionalidad administrativa. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, (17), 1996, p. 277.

¹² MONTT Oyarzún, Santiago. Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación jurificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales. En: DE LA CUÉTARA Martínez, Juan Miguel, MARTÍNEZ López- Muñiz y VILLAR Rojas, Francisco José (Coordinadores), Derecho administrativo y regulación económica, Liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz. Madrid, España, Editorial La Ley, 2011, p. 61.

dirigirse hacia aquellos planes o programas ideados técnica y normativamente conforme a una determinada política pública.¹³

El control judicial ha pretendido limitar el ejercicio de la potestad discrecional, para lo cual se ha añadido al ya conocido repertorio clásico de control - a saber: los elementos reglados, los hechos determinantes, el fin de la potestad y los principios generales del derecho- nuevas causales que hacen procedente la revisión judicial y se ajustan a las nuevas tareas o roles del derecho administrativo. De manera que la doctrina ha planteado verificar: la concurrencia de un error manifiesto de apreciación, practicar un test de razonabilidad de la decisión pública, la motivación de los actos administrativos discrecionales y la aplicación del principio de proporcionalidad.¹⁴

En cuanto a este último, respecto de qué tipos de decisiones administrativas son susceptibles de ser controladas por el juez mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, se ha dicho que procede sobre el derecho administrativo de policía y el sancionador, debido a que en ellos la actuación del órgano se ejerce afectando las libertades y derechos individuales de los administrados reconocidos constitucionalmente. Que la Administración posea más libertad en estas áreas, se debe a que ellas requieren un grado mayor de experticia o técnica, y una adecuación a las necesidades de la casuística, que escapan a la regulación general de la ley, pues se trata de circunstancias cambiantes conforme avanza la ciencia y tecnología, y por lo demás requieren ser tratadas con un mayor grado de especificidad.

Sin embargo, se ha de tener muy presente que la intervención del poder público ha ido evolucionando con el tiempo, pues ya no se tiene al derecho de policía como único

¹³ Una idea similar En: ARROYO Jiménez, Luis. Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo. En: ORTEGA, Luis y DE LA SIERRA, S. (coordinadores), Ponderación y Derecho Administrativo, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 48.

¹⁴Lo afirma de este modo BERMÚDEZ Soto, Jorge. El control... *Op. cit.* (11)

sector de referencia para la elaboración de una teoría general sistemática del derecho administrativo.¹⁵

Como se manifestó más arriba, la actuación de la Administración con libertad de apreciación corresponde al ejercicio de su potestad discrecional, por lo tanto, es allí donde el control judicial ha tenido injerencias competenciales sobre otro poder del Estado. Se ha sostenido que los elementos básicos del control de la discrecionalidad son los aspectos reglados del acto administrativo, debiendo para ello considerarse, por ejemplo, que el órgano del cual emana el acto tenga dicha potestad tenga competencia; que los supuestos de hecho queden subsumidos en la norma que la confiere, así como las medidas que se adopten y el fin para el cual esta se utilice sean los que la norma le ha atribuido. Y finalmente, también es posible controlar la razonabilidad de la decisión. Ello se logra atendiendo a la motivación del acto administrativo. Es decir, la autoridad de la cual el acto emana debe fundamentar circunstanciadamente su razonamiento en la adopción de la decisión, expresando coherentemente la relación entre los hechos que le sirven de base, las normas decisorias que invoca y la adecuación al fin que éstas persiguen.¹⁶ De esta manera, la discrecionalidad de la actuación administrativa puede ser controlada por carencia o irracionalidad de motivación o por alguna irregularidad de trascendencia durante el curso del procedimiento administrativo.

En la tarea de control por el órgano judicial, necesario se hace distinguir si en la forma de resolver un conflicto aplicará reglas- en cuyo caso utilizará un medio de solución de subsunción a la norma-, o si bien, aplicará principios- como mandatos de optimización, aplicando un método ponderativo-. Esta distinción constituye el marco de la teoría normativa- material de los derechos fundamentales, contribuyendo a delinear los límites y la posibilidad de una racionalidad en este ámbito.¹⁷

¹⁵ ARROYO JIMÉNEZ, Luis. Ponderación... *Op. cit.* (13), pp. 34- 37.

¹⁶ CORDERO VEGA, Luis. Lecciones de Derecho Administrativo, Segunda Edición, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2015, pp. 86- 88.

¹⁷ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 81- 114.

Usualmente a la distinción entre reglas y principios se le ha adicionado la de norma. Sin embargo, ella no corresponde a otra categoría, sino que las reúne a ambas, pues tanto el principio como la regla son normas, al tener un contenido deóntico. Se trata entonces de la distinción entre dos tipos de normas¹⁸.

Para ALEXY, la tesis correcta para explicar su diferencia, es aquella que se funda en la gradualidad y lo cualitativo de uno y otro. Los principios son mandatos de optimización, pues ordenan la realización de algo en la medida de las posibilidades tanto reales como jurídicas. Esto es, sólo en la medida de lo posible. Por lo tanto, admiten un cumplimiento gradual. Mientras que las reglas, al contrario, contienen determinaciones de conducta. No dan lugar a cumplimiento en términos medios, pues siendo válidas deben ser acatadas.¹⁹

Los principios, por ende, no son mandatos definitivos, de lo cual se infiere que si su aplicación vale como resultado o solución para un determinado caso, ello no implica que deba aplicarse de ese modo en lo sucesivo. Esto quiere decir que los principios operan *prima facie*, ya que pueden ser desplazados por otros principios que le son contrapuestos, o por cambio en las posibilidades fácticas. Lo contrario ocurre con las reglas, las cuales si determinan el comportamiento de manera definitiva. Distinto es que ellas se vuelvan inválidas por imposibilidades fácticas o jurídicas.²⁰

Esta teoría de principios se encuentra en estrecha conexión con las llamadas máximas de proporcionalidad, pues éstas son deducibles de ellos. En consecuencia, en caso de colisión de principios, para llegar a una decisión es necesario a final de cuentas

¹⁸ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales... *Op. cit.* (17), pp. 82- 83.

¹⁹ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales... *Op. cit.* (17), pp.86- 87. El autor afirma que la diferencia entre estas normas es cualitativa y no de grado, refiriéndose a la jerarquía entre ellas y no al margen de cumplimiento que admiten.

²⁰ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales... *Op. cit.* (17), pp. 98- 99. No obstante lo expuesto, según Alexy, plantear la distinción bajo este prisma resultado simple y no logra explicar cómo operan unos y otros, por lo que el entenderlas bajo un modelo diferenciado se hace necesario. Así, cuando en las reglas se contiene una cláusula de excepción, éstas perderán su carácter definitivo.

ponderar, o sea, proporcionalidad en sentido estricto, para arribar a la posibilidad jurídica realizable. Por su parte, las máximas de adecuación y necesidad seguirán el carácter de principio, pero en atención a las posibilidades fácticas.²¹

El principio de proporcionalidad se configura como un mandato de optimización, de manera que el órgano encargado de implementar cierta medida o resolver un conflicto, debe propender a la búsqueda de la que resulte más óptima y lícita²², atendiendo un análisis de costo- beneficio entre los derechos o intereses que serán afectados, y las ventajas que ello reportará para el interés colectivo. A partir del concepto de la Real Academia Española acerca de la proporcionalidad²³, es que se desprenden las ideas de correlación, correspondencia y comparación entre dos o más variables que aluden a nociones de justicia material²⁴.

Este principio es de adjudicación, por lo que es útil en casos de colisión de derechos fundamentales, o de éstos con el interés público. A consecuencia de su aplicación en la resolución de conflictos jurídicos, es que ha dado lugar a un fenómeno *in crescendo* de empoderamiento de los jueces, incluso al grado de afectar el equilibrio entre los poderes del Estado²⁵. Eso sí, el problema de emplear este estándar de control

²¹ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales... *Op. cit.* (17), pp. 111- 115.

²² Sostiene esta postura Robert ALEXY, citado En: GARCÍA GARCÍA, José Francisco. El principio de proporcionalidad como parámetro de control de la legislación de interés especial. Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales, 2010, [en línea] <http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2010/22_Garcia.pdf> [consultado el 16 de julio de 2016], p. 440.

²³ Reza “*Conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí.*” [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=UOVZutf>> [Consulta: 1° de marzo de 2018]

²⁴ GARCÍA GARCÍA, José Francisco. El Tribunal Constitucional y el uso de “tests”: Una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica. En: Revista Chilena de Derecho, vol. 38, N° 1, 2014, [en línea] <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-34372011000100006&lng=es&nrm=iso> [Consulta: 1° de marzo de 2018], p. 104

²⁵ GARCÍA GARCÍA, José Francisco. El Tribunal Constitucional... *Op. cit.* (24), p. 105

regulatorio, radica en el riesgo que el tribunal²⁶ se transforme en un decisor de políticas públicas al punto de sustituir la ponderación que ha realizado el propio legislador en torno a ciertos bienes jurídicos en favor o desmedro de otros, pues como interpreta y aplica la Constitución Política, eventualmente puede superponer la supremacía constitucional como argumento de autoridad. Lo cual es cuestionable desde la perspectiva de la técnica y la legitimidad democrática²⁷.

Con todo, la aplicación del principio de proporcionalidad no necesariamente va a implicar que el tribunal asuma un rol de evaluador de políticas públicas. Ése es sólo un riesgo. Debido a que el tribunal tiene un carácter desinteresado e imparcial, la resolución del conflicto jurídico que plantea lo podrá realizar por medio de la aplicación neutral del principio, tutelando las garantías constitucionales que están en juego en un determinado asunto público²⁸. Por lo demás, el objetivo último de la revisión judicial es maximizar el mandato constitucional. En ese sentido, usar el principio de proporcionalidad como metodología de resolución de la controversia jurídica, ayuda a arribar al mejor resultado posible²⁹.

Ahora bien, no existe una formulación única del test de proporcionalidad como mecanismo de adjudicación. Aquí se hará una referencia a la fórmula empleada en los países de tradición europea continental, pues tanto la doctrina chilena como la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional han adherido a ella, la cual se adopta principalmente de Alemania³⁰.

²⁶ Entiéndase en el control difuso de constitucionalidad, o bien, las Cortes con competencia constitucional. En Chile el Tribunal Constitucional y las Cortes conociendo de acciones constitucionales de tutela de derechos fundamentales.

²⁷ GARCÍA GARCÍA, José Francisco. El Tribunal Constitucional... *Op. cit.* (24), p. 115

²⁸ GARCÍA GARCÍA, José Francisco. El Tribunal Constitucional... *Op. cit.* (24), p. 116

²⁹ GARCÍA GARCÍA, José Francisco. El Tribunal Constitucional... *Op. cit.* (24), p. 133

³⁰ Otras versiones de la modalidad del principio de proporcionalidad son empleadas por el derecho británico, el cual aboga por una noción aún más garantista; o por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que rechaza la concepción de este principio como una regla optimizadora. Estas distinciones son abordadas en COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio. ¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad? (128 sentencias del Tribunal Constitucional en la

Respecto a la técnica de control basada en el principio de proporcionalidad o prohibición de exceso³¹, se requiere la verificación de tres test o supuestos de aplicación, hay relativo consenso en que éstos se refieren a: la utilidad o idoneidad, como adecuación de la medida al fin perseguido por la Administración; a la necesidad de la medida, por inexistencia de otra o por ser la más eficiente, y; la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación³², como juicio de igualdad ante las cargas públicas.³³ Como este test consta de partes, se ha dicho que no sería posible aplicarlo sin que previamente se cumplan cada uno de sus pasos, como requisito *sine qua non* del siguiente. Es por eso que algunos hablan de una “aplicación escalonada” del test de proporcionalidad³⁴.

perspectiva de la jurisprudencia constitucional alemana, de la Cámara de los Lores y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) En: Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 12, N° 1, 2014, [en línea] <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v12n1/art05.pdf>> [Consulta: 1° de marzo de 2018], pp. 167-169 y 177 y siguientes.

³¹ Denominado así por BARNES, el cual es citado por el profesor Francisco García, En: GARCÍA García, José Francisco. El principio... *Op. cit.* (22), p. 439

³² Al respecto el profesor de derecho administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid, Francisco VELASCO Caballero, ha sostenido que “No ha de extrañar la confusión o solapamiento parcial entre <<proporcionalidad>> y <<ponderación>>. De hecho, en la formulación ya estandarizada del principio de proporcionalidad se considera que la <<ponderación>> es uno de sus tres <<test>> imprescindibles (junto a los <<test>> de idoneidad y de necesidad). Proporcionalidad y ponderación son dos categorías jurídicas de estructura similar; ambas parten de la existencia de un <<poder decisor>> sometido a límites; estos límites están formulados como normas principales y actúan con diversa intensidad en cada caso concreto, en función de los <<intereses>> en presencia en cada caso o materia, y por medio de un juicio coste-beneficio (un sacrificio o límite cualificado a un principio jurídico sólo se puede justificar por un alto grado de satisfacción de otro principio concurrente). En: VELASCO Caballero, Francisco. Método de la ponderación y sistema constitucional.” En: ORTEGA, Luis y DE LA SIERRA, Susana (Coord.), Ponderación y Derecho administrativo. Madrid, España. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2009. pp. 155- 156.

³³ TRON PETIT, Jean Claude. El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional, En: En STEINER, Christian (Editor). Procedimiento y justicia administrativa en América Latina, México D.F., Konrad Adenauer, 2009, pp. 413- 452, [en línea], <<http://fdm.edu.mx/libreintercambio/documentos/seminario/6/Control%20discrecionalidad%20a%20sede%20jurisdiccional%20Tron.pdf>> [consulta: 10 de julio de 2016]

³⁴ GARCÍA GARCÍA, José Francisco. El Tribunal Constitucional... *Op. cit.* (24), p. 106

Para algunos autores³⁵, respecto a las bondades o beneficios sociales que trae aparejado la aplicación de tests, parámetros o estándares de control, como metodología en la revisión judicial de la regulación, especialmente la económica, está: objetivizar el control- en cuanto a los criterios que se evaluarán-; elevar la fundamentación de las sentencias – la cual es necesaria como mecanismo de rendición de cuentas, al no contar los jueces con legitimidad democrática, al menos no directa-; y, aumentar la certeza jurídica al conocer *ex ante* qué debe realizar el ente regulador y también el razonamiento del tribunal, como una suerte de precedente.

a) Utilidad o idoneidad: Para limitar los derechos subjetivos públicos, es necesario poder acreditar la adecuación de la medida. Es, decir, que se logre dar satisfacción a un fin que se considera valioso.³⁶ Dicho de otro modo, resulta útil o adecuado para satisfacer un fin legítimo.³⁷ Así, la limitación de una garantía sólo será constitucionalmente admisible, si efectivamente en los hechos es adecuada para favorecer a otra garantía. La decisión respecto de qué garantías se contrapesan es una decisión valorativa del intérprete.³⁸

b) Necesidad: Se trata de acreditar que no existe otro medio de protección o tutela menos lesivo.³⁹ Se debe constatar que se eligió la alternativa menos lesiva, de entre todas las que eran útiles para conseguir tal cometido.⁴⁰ Esto significa que queda a la

³⁵ Principalmente las ideas de GARCÍA GARCÍA, José Francisco. El Tribunal Constitucional... *Op. cit.* (24), pp. 101- 102

³⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo. *En*: Ortega, Luis y de la Sierra, S. (coordinadores), *Ponderación y Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 70

³⁷ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. Principios jurídicos y análisis económico. *En*: Ortega, Luis y de la Sierra, S. (coordinadores), *Ponderación y Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 160.

³⁸ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica. *En*: GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (Editor). *Robert Alexy: derechos sociales y ponderación*, 2º Ed., Madrid, España, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 253 y 256.

³⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis. Diez argumentos... *Op. cit.* (36), p. 70.

⁴⁰ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. Principios jurídicos... *Op. cit.* (37), p. 160.

voluntad o capacidad del juzgador el introducir alternativas de intervención, del análisis comparativo entre los derechos afectados por una parte, y entre los actos administrativos, por otra.⁴¹

c) Proporcionalidad en *strictu sensu*: Hay quienes sostienen que el control de la proporcionalidad finaliza con este test, ya que en él se efectuaría un juicio de ponderación.⁴² Al momento de llevar a cabo esta etapa en el control, el tribunal idealmente debiese ponerse en el lugar del órgano de la Administración que ha adoptado la medida dictando un acto administrativo, para desde esa perspectiva analizar la necesidad de la decisión y la entidad del sacrificio, en orden a estimar si procedía otra medida menos lesiva.

En el sentido recién expuesto, es posible concluir que mientras el juicio de proporcionalidad opera como un mecanismo de control para el juez, el juicio de ponderación operó como un mecanismo de decisión para la Administración. De ahí la trascendencia de la representación en abstracto que realiza el tribunal, considerando las circunstancias y el momento en que la decisión fue adoptada por la Administración, y la necesaria interrelación entre ambos métodos que siendo heterogéneos, se condicionan⁴³.

En consecuencia, se debe medir o pesar el grado de afectación del derecho en relación con la efectiva satisfacción del bien jurídico tutelado. De manera tal, de determinar si el sacrificio en el ejercicio de un derecho tuvo su correlato en torno a la finalidad perseguida. No se consigue una regla matemática, sino una apreciación subjetiva tanto de los valores en pugna como del cálculo costo- beneficio. De allí la importancia de la motivación del acto administrativo, que permite transparentar el razonamiento de la autoridad en un asunto decisional de política pública. Lo cual facilita notablemente su control judicial, pues le otorga legitimidad a la interpretación y a la

⁴¹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, El juicio... *Op. cit.* (38), pp. 271 y 274.

⁴² ARROYO JIMÉNEZ, Luis. Ponderación, proporcionalidad... *Op. cit.* (13), p. 33.

⁴³ En este orden de ideas ARROYO JIMÉNEZ, Luis. Ponderación... *Op. cit.* (13), p. 34.

aplicación del derecho en el razonamiento que *a posteriori* contendrá la sentencia que se pronuncie sobre una afectación en el caso en concreto.⁴⁴

Si de la realización de estos tests⁴⁵ se concluye que se han menoscabado bienes jurídicos sin reportar beneficio alguno, o siendo los costos superiores a los beneficios que reporta, la limitación se deberá tener por inútil o injustificada, porque al estar en juego derechos o situaciones jurídicamente protegidas de los administrados, sólo es admisible un resultado óptimo y lícito. En consecuencia, si en el caso examinado no concurría otra solución más ventajosa, se concluye que el órgano debió abstenerse de dictar la medida lesiva. Lo mismo ocurre si la restricción es innecesaria o excesiva. Siempre resulta menos perjudicial la abstención del órgano, pues no puede legitimar su

⁴⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis. Diez argumentos... *Op. cit.* (36), pp. 70- 71.

⁴⁵ Respecto a la aplicación de cada uno de estos testes, como elementos del principio de proporcionalidad, la autora Josefa FERNÁNDEZ, sostiene: “Desde el principio de utilidad (idoneidad), lo que importa es que el medio elegido no sea desde todo punto de vista y *a priori* absolutamente incapaz o inidóneo. Por pequeña que sea la restricción de la libertad, si ésta resulta manifiestamente inútil, deviene absurda y carente de sentido en un Estado de Derecho. Desde el punto de vista de la necesidad de la intervención no sólo se acepta el fin en un sentido neutro (v.g.: la protección de la flora y la fauna), sino también el concreto grado de efectividad (intensidad, extensión, etc.) con el que el poder público aspira a satisfacerlo (una protección máxima o preferente de la flora y la fauna, por ejemplo frente a otros eventuales usos, con la consiguiente minoración de los potenciales beneficios empresariales o dominicales de los titulares de los predios afectados). El juez de los derechos y libertades ha de aceptar, como término fijo de la comparación el fin en toda su integridad y dimensión, sin que le corresponda, al menos desde este principio cuestionar el grado o ambición con la que un determinado objetivo sea pretendido por el poder público. El test de proporcionalidad en sentido estricto, en cambio, introduce el resultado perseguido en su análisis y cuando da positivo –porque el balance sea abiertamente deficitario– impide o bloquea la persecución del fin a través de ese medio. El juicio de proporcionalidad actúa, una vez que ha sido descartada la ilicitud de las dos magnitudes que integran el término de comparación. Sólo entonces, procederá a examinar, acto seguido, si ello, no obstante, la medida es inútil, innecesaria o desproporcionada en sentido propio, esto es, si dada su repercusión sobre otros derechos, surte efectos exorbitantes a los que la consecución de tal objetivo requeriría y, en consecuencia, lo justificaría”. En: FERNÁNDEZ, Josefa. Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo, Universidad Rey Juan Carlos, España, 2008, p. 375. Citado a pie de página En: GARCÍA García, José Francisco. El principio... *Op. cit.* (22), p. 440.

actuación la circunstancia de no existir alternativas de costo menor que permitan alcanzar el mismo objetivo.⁴⁶

Por consiguiente, para el juez no resulta posible satisfacer todos los principios que se enuncian en un ordenamiento jurídico a la hora de resolver un conflicto jurídico. Al utilizar el método de la ponderación de los principios, en el evento de colisión de los mismos, necesario se hace elegir el principio que se pretende optimizar. Ello implica actualizarlo hacia su mejor realización⁴⁷. Dicha elección es de índole política, y ha sido delimitada jurídicamente por el constituyente, por lo que no cabría para el juez el efectuar un juicio de valor comparativo si la priorización del principio ya viene dada en la Constitución Política.

De lo expuesto surge la interrogante de si en el caso concreto- producto de una evolución valorativa de las relaciones sociales, y el auge de movimientos sociales que propugnan la priorización de la satisfacción de necesidades colectivas no previstas por el constituyente, o más aún, si sostienen una nueva moralidad social o transformación de las consideraciones valorativas- cabe o no un análisis teleológico o consecuencialista de los principios constitucionales⁴⁸. Si acaso sería lícito para el juez, durante el ejercicio

⁴⁶ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. Principios jurídicos... *Op. cit.* (37), pp. 160- 161.

⁴⁷ En contrario, Luis ORTEGA manifiesta que la ponderación pretende alcanzar la satisfacción máxima de un principio. A nuestro juicio ello sería intentar conseguir el óptimo de PARETO. Eso significa aplicar la regla del todo o nada: Se mejorará un principio y/o se conseguirá su máxima satisfacción, sin perjudicar a otro. Ello significa sostener que un principio se satisface enteramente, si se deja sin aplicación al otro principio con el cual entra en conflicto. Sin embargo, pareciese ser que teóricamente se aviene mejor con el Estado de Derecho Constitucional y Democrático la tesis que postula que el mayor grado de cumplimiento de un principio debe ser proporcional en el grado de afectación del otro, pues ello se vincula de mejor manera con postulado éticos y de justicia. O sea, el criterio de eficiencia es económico, de costo- beneficio entre los principios satisfechos y los sacrificados. En: ORTEGA, Luis. La ponderación en el marco del pluralismo. En: ORTEGA, Luis y DE LA SIERRA, Susana, (Coordinadores), Ponderación y Derecho Administrativo, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, España, 2009, pp. 14- 15

⁴⁸ En este orden de ideas, atinentes resultan los cuestionamientos de Luis ORTEGA, quien se pregunta “¿Debería el constitucionalismo democrático empezar por aceptar la ponderación de principios ofertada por los partidos políticos en los programas y las campañas electorales, y ratificada por el cuerpo electoral en elecciones democráticamente celebradas? ¿Hay una

de la ponderación, optimizar principios que en el ordenamiento jurídico interno el legislador no ha priorizado, y de esta manera cuestionar la efectividad de tal priorización. O bien, la ponderación sólo debiese tener lugar entre dos principios ya priorizados por el legislador, pero que su aplicación simultánea es incompatible para el supuesto de hecho sometido a su conocimiento, por lo que al resolver, debiese sacrificar en cierta medida a uno en beneficio del otro. Más problemático, aunque en apariencia, resultará para el juez si el legislador ha dejado en blanco la disposición en lo relativo a la priorización del principio, y ha remitido esta consideración a la propia Administración del Estado encargada de aplicar el precepto. O sea, en un margen decisional que ya era discrecional, la ley le ha encargado efectuar la ponderación de principios en el caso concreto, dotando a la Administración de todavía una mayor libertad de apreciación.

No obstante, ha de considerarse que en derecho administrativo la regla es la impugnabilidad de los actos de la Administración, por lo que la decisión del ente público siempre será revisable para el tribunal. Por ejemplo, si los hechos en los que recae la decisión administrativa son inexistentes, o los que eran existentes no fueron considerados por la Administración como conformantes de la realidad fáctica; o por la suficiencia en la motivación del acto administrativo; o que el principio actualizado en sacrificio de otro no se ha realizado, por lo que la afectación fue hecha en vano, como lo sería el supuesto de la retrocesión en materia de expropiación⁴⁹.

De lo dicho, hay que tener presente que la ponderación no es exclusiva de un operador jurídico en particular, por lo que bien puede ser ésta empleada por la Administración en su actividad normativa y de dictación de actos jurídicos. Es decir, la ponderación no se utiliza únicamente para el control que ejercen los tribunales, sino que en términos más generales, es un método que viene a resolver los conflictos entre principios, por lo que su uso cabe respecto de cualquier operador que interprete y aplique

primacía del mandato en las urnas en la ponderación de valores que, dentro del marco de la Constitución, debe ser respetada por el resto de los poderes públicos, especialmente por el poder judicial?" En: ORTEGA, Luis. La ponderación... *Op. cit.* (47), p. 15

⁴⁹ Más ejemplos propuestos En: ORTEGA, Luis. La ponderación... *Op. cit.* (47), pp. 16- 17

el derecho⁵⁰. No obstante lo dicho, resulta más complejo abordar a la ponderación como instrumento de aplicación jurídica tratándose de los entes administrativos, pues éstos tienen un fuerte contenido político en sus decisiones, que son más susceptibles a los vaivenes de la contingencia socio política y de los gobiernos de turno, más que ningún otro poder del Estado. Además, las propias leyes administrativas manifiestan este componente, pues a su vez fueron fruto de la ponderación de principios constitucionales, expresos e implícitos, que realizó el legislador, para concretar y desarrollar los derechos fundamentales.

Por ende, en el Estado de Derecho Social y Democrático, el derecho administrativo es por esencia un derecho de conflictos⁵¹, por las tensiones que se generan con las competencias y funciones de los demás poderes del Estado; por su carácter estatutario; por su relación con los particulares administrados, en tanto debe congeniar el respeto a la libertad y demás garantías constitucionales de éstos, con sus especiales atribuciones, como el principio de eficacia en su actuación y la autotutela administrativa; y a su vez, el control de la legalidad de sus actos por los tribunales⁵².

Por otra parte, debe tomarse en consideración el actuar no normativo de la Administración, pues allí se hace patente la crisis del derecho administrativo en su concepción tradicional decimonónica. Si antes se le concibió como un derecho de reglas, donde regía estrictamente el principio de la legalidad- derecho de la luz roja- y cuyo mecanismo de aplicación de la ley en general era el de la subsunción. Se enfrenta hoy a una reformulación de sus tareas y, por lo tanto, también de su rol- derecho de la luz verde- para lo cual debe dar cumplimiento a programas legislativos redactados en términos condicionales y finalistas, que le han dado un gran margen de apreciación y de actuar discrecional, como ya se ha manifestado. El encauzamiento de su actuación, se dirige por mandatos de optimización dados por el legislador. Esto es, la regulación

⁵⁰ ARROYO Jiménez, Luis. Ponderación... *Op. cit.* (13), p. 43

⁵¹ Ídem (50)

⁵² En este sentido, y aportando además ejemplos de ponderación en la legislación administrativa española. En: ARROYO Jiménez, Luis. Ponderación... *Op. cit.* (13), pp. 44 y 45

normativa de su actuar, viene condicionada por principios que amplían su competencia discrecional⁵³, requiriendo emplear el mecanismo de la ponderación para su operatividad⁵⁴.

I. II. Aplicación del principio de proporcionalidad en la interpretación judicial de la decisión administrativa

La aplicación del principio de proporcionalidad supone un proceso integrador y valorativo a partir de una norma jurídica habilitante, que tiene por elementos constitutivos el presupuesto de hecho, los motivos y el fin. De manera tal, que si bien la medida administrativa puede afectar un derecho fundamental, lo hace de manera idónea para conseguir un fin legítimo, sin que haya otras medidas menos lesivas o que importen un sacrificio menor, siendo esta necesaria, y es proporcional en sentido estricto, por cuanto los beneficios que reporta hacia el fin constitucionalmente justificado, compensan los sacrificios en los derechos o principios constitucionalmente protegidos, y sólo así puede ser estimada como válida.⁵⁵

La labor ponderativa supone conflictos entre principios jurídicos. Requiere de una ardua tarea argumentativa, tanto para el ente administrativo como para el juez, cuando por la decisión a adoptar se afectan derechos fundamentales en favor de otros derechos

⁵³ Al respecto, Luis ARROYO sostiene “*La discrecionalidad no es, por tanto, libertad de elección entre opciones jurídicamente indiferentes- aunque esa elección pueda, en su caso, no ser revisable por el juez-, sino ponderación administrativa de principios jurídicos dirigida normativamente a través de programas finales*”. En: ARROYO Jiménez, Luis. Ponderación... *Op. cit.* (13), p. 48

⁵⁴ ARROYO Jiménez, Luis. Ponderación... *Op. cit.* (13), pp. 47- 49

⁵⁵ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Reglas para la imposición de las sanciones administrativas en materia ambiental, En: ARANCIBIA Mattar, Jaime y ALARCÓN Jaña, Pablo, Coordinadores. Sanciones Administrativas, X Jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo (ADA), Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 627

de igual categoría, es decir, se produce una colisión entre ellos. Por lo tanto, en la motivación del acto administrativo terminal, o bien, en la fundamentación de la sentencia por el tribunal, se requerirá explicar la aplicación de un principio o su protección jurídica preferente por sobre otro, de manera de exteriorizar la lógica del razonamiento que llevó a arribar a un resultado y no otro. Se justifica de este modo la ausencia de arbitrariedad.

Como se trata de derechos de igual valor y entidad, es difícil determinar en cada situación en particular cuál de ellos ha de primar, sobre todo considerando la ausencia de reglas jurídicas positivas que diriman tal conflicto. Es decir, para la resolución del caso no se produce una antinomia, pues no hay normas que establezcan la solución, por lo que mal podrían colisionar entre ellas. Si no que, por lo general, se trata de derechos consagrados en la esfera constitucional, de manera expresa, implícita, o por su incorporación al ordenamiento jurídico por medio de la aprobación y ratificación de tratados internacionales que versen sobre derechos humanos o, que en lenguaje del constituyente, se trate de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana⁵⁶. Por lo tanto, el razonamiento que lleva a cabo la autoridad administrativa o el juez, se efectúa en bases a principios y no a reglas.

Dicho razonamiento presenta grandes complicaciones, pues no está claro cuáles principios aplicar, ni mucho menos cuál valor tiene uno respecto del otro en atención a las vulneraciones que pudiere ocasionar en un determinado derecho, pero beneficiando a otro. Siguiendo la propuesta de ALEXY, a la que se aludió en el ítem anterior, resulta útil aplicar el test de proporcionalidad para decidirse por la aplicación de un principio por sobre otro, a saber: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Pues al ser los principios concebidos como mandatos de optimización, permiten determinar en qué grado un derecho fundamental será afectado y otro beneficiado. Es decir, la

⁵⁶ Artículo 5° inciso 2°, de la Constitución Política de la República. El cual versa: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”* [Consultado el 11 de junio 2018], [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>

aplicación de este test permite conocer las ventajas y desventajas de aplicar una y otra hipótesis decisional.

Lo anterior, traducido a un criterio económico, implica un análisis bajo el prisma del criterio del costo- beneficio. Sin embargo, llevar a claves económicas utilitaristas las decisiones de justicia, puede tener impactos desde el punto de vista ético en favor de la eficiencia, lo que resulta cuestionable, como se analizará más adelante en el Capítulo III.

Ahora bien, la aplicación del principio de proporcionalidad como método decisorio, no está exenta de problemas. En primer lugar, cuando los operadores jurídicos, en general, se enfrentan a la disyuntiva de cuál principio del derecho aplicar, no tienen herramientas legales ni siquiera jurisprudenciales para establecer el orden de preferencia entre uno y otro. La preeminencia que se les otorgue variará según las circunstancias del caso concreto. A diferencia de lo que ocurre con las reglas expresas, donde bastaría, en principio, subsumir el acaecimiento del hecho a un supuesto o hipótesis de derecho, de la cual se derivará una consecuencia jurídica. Y, en el evento de enfrentarse dos reglas, es el mismo ordenamiento jurídico el que establecerá cómo ha de dirimirse tal conflicto, con el objeto de que sólo una de ellas sea aplicable. Así ocurre por ejemplo con la función que desempeñan las reglas de jerarquía, especialidad, temporalidad, territorialidad, entre otras.

También es posible mencionar como problema a la hora de decidir en base a principios, el hecho de que ellos se encuentran formulados de manera general, pues expresan una directiva de conducta de la manera más abierta posible. En otras palabras, al no tener una redacción formal de los mismos, no quedan claros sus contornos conceptuales, y por consiguiente, sus límites. Sucede que la doctrina y la jurisprudencia los han ido desarrollado con el transcurso del tiempo, por lo que incluso pueden encontrarse matices respecto de su significación, según cual sea el autor, el tribunal, o un determinado momento histórico. En consecuencia, resulta dificultosa su aplicación al no poder definirlos unívocamente y ser difusos sus contornos, poniendo en duda el alcance de los mismos para determinados casos. Puede suceder también que, por no existir claridad en su extensión, se apliquen de manera forzosa y/o arbitraria para

situaciones jurídicas que se ajustan más con otros principios o que se avienen mejor con otra interpretación, en términos de sistematización jurídica o de justicia material.⁵⁷

Algunos plantean que en caso que los principios interpretativos entren en conflicto, como lo sería por ejemplo, el principio a favor de la deferencia técnica hacia la autoridad administrativa versus el principio a favor de los grupos desventajados o de las minorías sociales, se desarrollen principios de armonización- enfocados en armonizar los principios-; y principios de prioridad- que se encarguen de jerarquizarlos-. Así, se asume que la aplicación de la ley no es una cuestión puramente mecánica, y que en su interpretación se requiere ordenar la interacción de una serie de elementos que circundan a la ley- porque además de su tenor literal, ha de considerarse su estructura, los antecedentes legislativos, la historia de la ley, sus fines o propósitos, etc. – con las ideas de fondo de la cultura jurídica- como puede ser la importancia de los precedentes, la deferencia técnica, las concepciones de justicia material, la certeza jurídica, etc.-. Todo lo cual permite suponer que una vez aplicados los principios de armonización y prioridad en el razonamiento judicial interpretativo, cada decisión judicial dependerá del contexto particular en que la controversia jurídica se desarrolle.⁵⁸

Finalmente, y en directa relación con lo anterior, la realización del principio en la vida jurídica tampoco estará exenta de dudas. Que este efectivamente reciba aplicación dependerá por una parte, de la concordancia entre el contenido del principio y el supuesto de hecho al cual se aplica, y por otra, de la manera en cómo el intérprete y aplicador del derecho argumente en torno a su aplicación. Como la regla es la de la impugnabilidad del acto administrativo, éste deberá estar lo suficiente motivado en torno al juicio de ponderación que llevó a la autoridad competente a privilegiar la materialización de un principio por sobre otro, de tal manera que su razonamiento no

⁵⁷ Manifiesta su postura en este sentido el profesor civilista argentino Leandro Vergara, en VERGARA, Leandro. El desarrollo de los derechos. En: GARCÍA AMADO, Juan Antonio, Coordinador. Razonar sobre derechos, 1º Ed., Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2016, 853 p.

⁵⁸ SUNSTEIN, Cass R. La revolución en los derechos: Redefiniendo al Estado Regulador, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, España, 2016, pp. 186- 188

admita cuestionamientos de tipo lógico argumental. Así también, en sede judicial, la revisión de una sentencia ha de exteriorizar la ponderación, para dar cumplimiento al requisito legal de fundamentación de la misma.

El juicio de ponderación importa un carácter valorativo y discrecional. No quiere decirse con esto, que se encubra por medio de esta técnica una arbitrariedad judicial. Sino que se trata de valoraciones, por lo mismo siempre discutibles y susceptible de ser sujeta a distintos cálculos técnicos y empíricos que arrojen conclusiones disímiles. Es decir, la relación entre los principios no vienen sino a aumentar la indeterminación en la aplicación del derecho. Además, la moral de los jueces no es compartida por todos ellos de manera objetiva, ni es tampoco conocida *a priori* por los litigantes, y más aún, tal moral puede no ser coherente con la decisión judicial finalmente adoptada. Por lo tanto, aunque la sentencia sea fundamentada de manera racional, la apreciación de las circunstancias del caso en concreto, siempre serán un factor de indeterminación en la decisión, que hacen que ésta no sea previsible.⁵⁹

No es posible sostener que exista una jerarquía inamovible de principios. La ponderación de unos y otros puede variar, incluso tratándose de casos similares sometidos al conocimiento del mismo juez porque, como se dijo, dependerá del juicio de valor que éste realice sobre las circunstancias de cada caso, que son siempre variables. De ahí la importancia de la motivación, para transparentar el razonamiento de la decisión que resuelve el conflicto.⁶⁰

Se ha dicho que la Constitución no establece un orden jerárquico de valores, por lo que decidir sobre el sacrificio que merece un derecho en beneficio de la satisfacción de otro, depende de una valoración circunstancial que realizará en cada caso el intérprete y aplicador del derecho. En consecuencia, en el evento de pugna entre derechos, como la Carta Fundamental no ha previsto una jerarquización en su

⁵⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis. El juicio de ponderación constitucional. En: CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica, 1º Edición, Editorial Librotecnia, Santiago, Chile, 2010, p. 137- 138.

⁶⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis. El juicio de... *Op. cit.* (59), pp. 138- 139.

aplicación- por lo que no es posible solucionar el conflicto recurriendo a dicha regla- es que se hace necesario motivar la decisión en orden a justificar por qué se le ha dado más preferencia o se ha privilegiado un derecho, sacrificando otro. Se trata por consiguiente de un proceso de valoración racional, que no conduce a un resultado exacto, pero que no es arbitrario debido precisamente a su razonamiento.⁶¹

Para hacer frente a las críticas del subjetivismo en la resolución de un conflicto constitucional, se ha sostenido que la justificación del enunciado de preferencia es esencial, pues si bien el procedimiento de la ponderación no conduce a un resultado único, sí se trata de una decisión racional.⁶² De manera que el particularismo de la decisión no la vuelve de suyo arbitraria o meramente intuitiva, pues la universalidad propia de los principios y valores obliga a considerar todas las circunstancias relevantes o todas las propiedades potencialmente relevantes, en pos de hallar una solución aplicable en el presente y en lo sucesivo, si estas circunstancias o propiedades se repiten. O sea, la aplicación constante de principios bajo los mismos supuestos de hecho, podría dar lugar a la formación de reglas, donde no sería necesario acudir al mecanismo de la ponderación, sino que al de la subsunción, el cual sí está dotado de los atributos de certeza y seguridad jurídica, sobre todo en los sistemas legales en los cuales rige el precedente vinculante en la aplicación de normas.⁶³ Ergo, la ausencia de una solución única al conflicto por aplicación del juicio de ponderación, no lo convierte a éste por ese sólo hecho en arbitrario.

Lo peligroso del juicio ponderativo es que se va a prescindir de las reglas. Por lo tanto, puede el juez verse empujado a reemplazar al legislador e invadir sus competencias, en lo que según HABERMAS “cobran primacía los argumentos

⁶¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. El juicio de... *Op. cit.* (59), pp. 139- 140.

⁶² PRIETO SANCHÍS, Luis. El juicio de... *Op. cit.* (59), pp. 139- 140. Especialmente la cita en el texto a Robert ALEXY, en la defensa a la ponderación frente a las críticas al subjetivismo.

⁶³ Al efecto, Luis PRIETO cita a MORESO. En: PRIETO SANCHÍS, Luis. El juicio de... *Op. cit.* (59), pp. 139- 141

funcionalistas a costa de los argumentos normativos”⁶⁴. Por ello se sostiene que la argumentación de la decisión judicial, sólo sería racional en tanto tuviese en consideración argumentos deónticos. Ello se lograría si al colisionar dos o más derechos fundamentales, se considerase a tales derechos como principios y no como valores, pues esta última naturaleza jurídica es una invitación al razonamiento teleológico, que se aparta de las reglas ciertas, siendo el resultado voluble, sujeto a subjetividades y con ello a una eventual arbitrariedad⁶⁵. Bajo ese prisma, la ponderación no sería necesaria, sino más bien aparente, pues ante un conflicto de principios sólo ha de escogerse al más adecuado, no al que tenga más o menos peso pues éste análisis no entra, y sin que tampoco sea necesario efectuar el test completo de proporcionalidad⁶⁶.

Frente a esta crítica, se ha reforzado la idea de que lo pretendido con el juicio de ponderación es la universalización de reglas aplicables a casos análogos⁶⁷, y con ello conseguir la certeza que dan las reglas constitucionales y legales expresas.

En resumen, la doctrina y los tribunales de justicia se han manifestado contestes en orden a permitir la aplicación del principio de proporcionalidad en la interpretación y aplicación de derechos fundamentales, los cuales a menudo han encontrado consagración a nivel constitucional⁶⁸. Sin embargo, cabe preguntarse si la aplicación de este principio es válida en una sede de control judicial distinta a la constitucional, lo que inevitablemente lleva a distinguir entre los sistemas de control difuso y concentrado de la Constitución. En los primeros, sin duda el juez podrá confrontar la norma legal con

⁶⁴ HABERMAS es citado por Luis PRIETO, En: PRIETO SANCHÍS, Luis. El juicio de... *Op. cit.* (59), p. 142

⁶⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis. El juicio de... *Op. cit.* (59), p. 142

⁶⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. El juicio de... *Op. cit.* (59), p. 143

⁶⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis. El juicio de... *Op. cit.* (59), p. 144

⁶⁸ En el nuevo Código Civil y Comercial argentino, encuentran consagración y desarrollo legal, por ejemplo los artículos 51, 52 y 53, contenidos en el Capítulo 3 “Derechos y actos personalísimos, del Título I “Persona humana”, del Libro I “Parte General”, [en línea] <http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf> [Consultado el 14 de enero de 2017]

aquella constitucional que consagre un derecho fundamental, pero en los demás, siempre la decisión última la dará el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, en la formación de la ley ¿cabe enjuiciar la discrecionalidad del legislador? Nos encontramos que por razones políticas- y no teóricas o conceptuales- igualmente este control recaerá en el Tribunal Constitucional⁶⁹. La diferencia con el juicio de ponderación que realiza el juez al controlar la discrecionalidad administrativa, estaría dada en que la ley parte de supuestos abstractos y no de afectaciones en concreto, por una parte. Y, por otro lado, en que la Constitución tiene un alto grado de indeterminación que no permite concebirla nada más como un programa que reduciría a la legislación como una mera exégesis o ejecución de la misma, pues si bien señala un cierto orden social, no lo hace en cláusulas cerradas. De modo que los derechos y principios en ella consagrados de manera armónica y congruente, igualmente pueden entrar en conflicto. En este sentido, si se concibe al legislador como un poder en el Estado de Derecho, dotado de libertad configuradora en su rol nomogenético, entonces habrá que privilegiar la conservación de la norma racional, no obstante los distintos programas políticos que admita un sistema democrático.⁷⁰ Si en el juicio de ponderación que realiza el juez ordinario, se alcanzase también al legislador, se trataría más bien de un ordenamiento jurídico neoconstitucionalista⁷¹, pues la confrontación de la ley con la Constitución no se

⁶⁹ Lo que en Chile se conoce como el control preventivo de la ley, como atribución del Tribunal Constitucional consagrada en el artículo 93 N° 1 y N° 3, de la Constitución Política, referidos a las leyes interpretativas de la Constitución; y a la tramitación de proyectos de ley, reformas constitucionales y tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso Nacional, respectivamente [En línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>> [Consultado el 14 de enero de 2017]

⁷⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis. El juicio de... *Op. cit.* (59), pp. 144- 147. El autor cita como opinión concordante con el sentido expuesto a J. JIMÉNEZ Campos.

⁷¹ Hay que tener presente que el neoconstitucionalismo es “*profundamente antiformalista y tendencialmente antipositivista*” y que sirve de base al argumento de los principios y, en consecuencia, de la ponderación como modelo de aplicación del derecho. En: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Neoconstitucionalismo y Ponderación. En: ORTEGA, Luis y DE LA SIERRA, Susana, (Coordinadores), Ponderación y Derecho Administrativo, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, España, 2009, pp. 81- 82.

haría tan solo de manera abstracta, sino que se utilizarían los principios que ella contrasta para la resolución de cualquier conflicto.⁷²

I. II. 1. Incidencia en la hermenéutica constitucional

Resulta que en ocasiones el legislador comete excesos regulatorios discrecionales en la limitación de los derechos fundamentales. Eventualmente ello crea un flanco fácil para su afectación o vulneración por parte de los entes administrativos, tanto en sus regulaciones sectoriales como en su actuación cotidiana. Se ha dicho que para contener esta limitación legislativa de los derechos subjetivos públicos en general, los tribunales de justicia cuentan con técnicas de hermenéutica, especialmente de índole constitucional, como lo son el respeto por el contenido esencial del derecho- principalmente en base al artículo 19 N° 26 de la Carta Política⁷³- y el principio de proporcionalidad⁷⁴. Éste último permite un normal desarrollo del Estado constitucional democrático, por lo que es utilizado con cierta frecuencia por los tribunales que ejercen jurisdicción constitucional.⁷⁵ También es llamado “principio de prohibición de exceso” o

⁷² Luis PRIETO, aboga por el establecimiento de un control difuso y ahonda la tesis esbozada, En: PRIETO SANCHÍS, Luis. El juicio de... *Op. cit.* (59), pp. 150- 151.

⁷³ El artículo 19 N° 26, dispone “*La Constitución asegura a todas las personas: 26° La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio*”

⁷⁴ Otras técnicas interpretativas presentes en tribunales constitucionales con razonamientos judiciales más complejos han sido, además del principio de proporcionalidad, el de ponderación, razonabilidad, maximización de los efectos normativos, efecto irradiación, horizontalidad de los derechos y el principio pro persona, entre otros. *Vid.* CARBONELL, Miguel. Presentación. En: CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica, 1° Edición, Editorial Librotecnia, Santiago, Chile, 2010, p. 14.

⁷⁵ NOGUEIRA Alcalá, Humberto. Presentación. En: CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica, 1° Edición, Editorial Librotecnia, Santiago, Chile, 2010, p. 9.

de la “justa medida”, en tanto sirve como parámetro de control de constitucionalidad de los preceptos legales, para que los actos legislativos se adecuen a la Carta Fundamental⁷⁶.

Este principio es utilizado en el derecho administrativo para controlar el poder discrecional con el que cuenta la Administración del Estado. Su origen como principio constitucional y por ende, como medio de interpretación constitucional y de control de los poderes estatales, en cuanto estos puedan restringir normativamente los derechos fundamentales, proviene de la Corte Constitucional de Karlsruhe, Alemania⁷⁷. Se ha dicho que es un principio constitucional implícito inherente al Estado de Derecho Constitucional Democrático⁷⁸. Es implícito, pues estaría contenido en los derechos al debido proceso sustantivo y a la igualdad ante la ley.

No obstante lo expuesto, desde la doctrina suelen haber críticas en cuanto a que los derechos fundamentales no son aplicados adecuadamente por los tribunales, lo que resulta paradójico si se atiende al hecho de que las Constituciones suelen consagrar un catálogo amplio de ellos. En el pasado este fenómeno se explicaba en Latinoamérica por la existencia de regímenes dictatoriales y autoritarios presentes por varias décadas en los Estados. No obstante hoy, que la realidad política es distinta, continúan con una aplicación deficitaria. Lo que puede deberse a varios motivos, como la falta de especialidad, falta de destreza teórica en el razonamiento e interpretación jurídica y/o en el manejo de la normativa interna e internacional pertinente.⁷⁹

Con todo, la convicción democrática del Estado debiese tender a la protección de los derechos fundamentales, para lo cual es indispensable la correcta interpretación de

⁷⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno. En: CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica, 1º Edición, Editorial Librotecnia, Santiago, Chile, 2010, p. 355

⁷⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El principio de... *Op. cit.* (76), p. 353

⁷⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El principio de... *Op. cit.* (76), p. 355

⁷⁹ Ideas en este sentido en CARBONELL, Miguel. Presentación... *Op. cit.* (75), p. 13.

los mismos⁸⁰. Para lograrlo, han de pulirse sus técnicas hermenéuticas, donde el principio de proporcionalidad ocupa un rol principal, cumpliendo una doble función. Pues por una parte sirve como mecanismo de interpretación para el juez, que debe verificar la conformidad de la norma legal o la actuación administrativa con lo establecido en la Constitución; y por otra, protege a las personas del abuso o arbitrariedad del Estado, verificando relaciones de medios a fines, como de utilidad del acto estatal y sus efectos.⁸¹

Por lo tanto, no se trata de justificar una continua ampliación de este catálogo conforme sea el devenir histórico social y las nuevas necesidades según este progreso, ni de elevar a rango constitucional a derechos consagrados a nivel legal, sino que tan sólo supervisar su aplicación. La plena puesta en práctica de los mismos depende, en buena medida, del empleo de técnicas interpretativas como la que ofrece el principio de proporcionalidad.

La ventaja que presenta este principio, consiste en que parte del presupuesto de que los derechos fundamentales no son absolutos ni incompatibles entre sí. Afirmarlo implica que podrán ser limitados por otros derechos de igual naturaleza jurídica, pues van a ceder cierto margen de aplicación en favor de otro derecho con el que colisionen, en la medida que ello sea posible. Con todo, tal limitación debe cumplir ciertos requisitos para su adecuada tutela, de manera que igualmente preste protección frente a las eventuales intromisiones a las que estará expuesto, por eso se le ha llamado “el límite de los límites”⁸².

I.II.1.1. Constitucionalización de ciertos valores

⁸⁰ CARBONELL, Miguel. Presentación... *Op. cit.* (75), p. 15.

⁸¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El principio de... *Op. cit.* (76), p. 355

⁸² CARBONELL, Miguel. Presentación... *Op. cit.* (75), pp. 12- 13.

Otra dificultad que se presenta a la hora de aplicar los derechos fundamentales, es la presencia de ciertos valores que han sido constitucionalizados. Lo cual conlleva de suyo el riesgo de que el juez constitucional asuma como decisión del constituyente una decisión libremente valórica adoptada por él mismo, como una suerte de disfraz⁸³. O dicho de otro modo, que vista con ropaje constitucional un valor propio.

Este problema ha sido abordado desde la filosofía y la sociología, especialmente a comienzos de la segunda mitad del siglo XX, donde se intentó dar ciertas definiciones científicas de Estado y determinar los elementos que lo constituyen, para así intentar explicar y dar soluciones epistemológicas y políticas a aquel período de crisis acaecido durante y con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

Como el derecho es un instrumento de regulación de las conductas desplegadas en la vida social, o más específicamente, norma las relaciones sociales, necesario se hace referirse a los valores que posee la población- como elemento del Estado- en orden a si éstos son impuestos y/o reconocidos por el derecho.

Max WEBER refiriéndose a los valores en general, señaló que éstos variarían según cada área del conocimiento, donde se privilegian de manera distinta a unos en pos de otros. En todo caso, el científico como observador de la realidad social, al conocer debía evitar la realización de tales juicios de valor.⁸⁴ Respecto a la vida en comunidad que se da dentro del Estado de Derecho, analizó a la comunidad propiamente tal como un “tipo ideal”, esto es como una idea concebida en abstracto y de manera invariable en sus elementos compositivos determinantes, considerando el tiempo y el lugar donde se desenvuelve como realidad. O sea, tomando en cuenta el contexto histórico y geopolítico como factores determinantes. Esto significa afirmar que jamás será posible aplicar a todas las comunidades los mismos valores en términos absolutos, pues cada una de

⁸³ CARBONELL, Miguel. Presentación... *Op. cit.* (75), p. 14.

⁸⁴ WEBER, Max. La objetividad del conocimiento propio de las ciencias sociales y de la política social, En: Revista de Economía Social [Consultado el 12 de diciembre de 2016] [en línea] <<http://ocw.innova.uned.es/ocwuniversia/filosofia/filosofia-de-las-ciencias-sociales/bibliografia-1/WeberObjetividad.pdf>> pp. 431- 432.

ellas se regirá por distintos ordenamientos, donde el sentido y alcance que se le otorgue a cada valor será válido y prioritario sólo en sus singularidades. Con todo, el autor llama la atención que en este análisis no se debe confundir la discusión científica de los hechos con su razonamiento valorativo.⁸⁵

Hay que tener presente la circunstancia de que WEBER no se refiere en forma absoluta a los valores, que han de considerarse como determinantes para referirse al ordenamiento jurídico que rige a una comunidad, sino que atiende a los factores externos recién comentados, lo que responde a su ferviente defensa de la autonomía. Parte de la premisa de reconocer que los científicos- de las ciencias sociales- tienen cada uno su propia moral y expresan el conocimiento bajo ese prisma. Ergo, la relatividad valorativa da como resultado tantas manifestaciones o posibilidades del conocimiento de la realidad social, como tantos sean los sujetos morales que la toman por objeto de estudio. Sin perjuicio de ello, ya que defiende el valor de la autonomía- al punto de concebirla como un deber-, se desprende de la argumentación de sus obras, una constante tendencia hacia las ideas de comunidad ordenada bajo las formas de gobierno de democracia y de sistema socio político liberal y capitalista, precisamente porque llevan implícita la idea de autonomía como autodeterminación. Por lo que contradictoriamente a la relatividad valórica que sostuvo sistemáticamente, su razonamiento termina por dar primacía a los valores relacionados con la libertad, como atributo inherente del hombre en su individualidad, por sobre los demás valores que componen al Estado y determinan la guía de su conducción⁸⁶.

Por su parte, Hans KELSEN, parte del supuesto que la comunidad no es homogénea en sus intereses, lo que dificulta la actuación del Estado en cuanto a su gobernabilidad, ya que en la decisión política no sería posible lograr siempre y en todo momento la unanimidad. Por ello, defiende el mecanismo de la mayoría absoluta, sin embargo, también constata la necesidad de que el Estado debe brindar protección a las

⁸⁵ WEBER, Max. La objetividad... *Op. cit.* (84), p. 433.

⁸⁶ WEBER, Max. La objetividad... *Op. cit.* (84), p. 433.

minorías, por lo que defiende el principio de la mayoría cualificada. Ahora bien, para él la aplicación de estos principios sólo tiene cabida en los regímenes parlamentarios, ya que sólo en las asambleas nacionales se lograría un acatamiento total⁸⁷ de la decisión mayoritaria, que fue adoptada por medio del consenso y de la transacción, principalmente dada entre los principales dos grupos más grandes de intereses.

Esta afirmación respecto a la composición de la población, le permite fundar su teoría sobre la forma de gobierno basada en la democracia parlamentarista, en donde desde las comunidades primitivas hasta las del Estado moderno, suelen acatarse mejor las normas generales que provienen de entes colegiados. Por esa disparidad de intereses individuales es que considera pertinente aplicar el principio de las mayorías en la adopción de decisiones. Esto último es concordante con la exclusión valórica, pues admite que las mayorías puedan cambiar. No sostiene que lo acordado sea lo correcto. Le basta con que el acuerdo arribado sea respetado, para lograr una adecuada gobernabilidad⁸⁸.

En cambio, para otros autores como SCHMITT, el Estado debe pensarse desde lo colectivo, desde las necesidades comunitarias y desde la perspectiva pública. Lo relevante del Estado en la tarea política de satisfacción de tales necesidades y el orden social y económico, es que monopoliza la decisión. El autor efectúa un contraste entre lo que entiende por comunidad y por sociedad⁸⁹ como conceptos opuestos, lo natural versus lo artificial o mecánico, a los efectos de demostrar la necesidad de la sustancialización del Estado como sujeto colectivo. Es decir, a que el Estado asuma una decisión en cuanto a los valores que van a regir su actuar como norma primera.

⁸⁷ KELSEN, Hans. Esencia y Valor de la Democracia, Traducción de la 2° Edición alemana por Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra, Editorial Labor S.A., (Barcelona, España y Buenos Aires, Argentina, 1934, pp. 81 y ss.

⁸⁸ KELSEN, Hans. Esencia y Valor... *Op. cit.* (87), pp. 81 y ss.

⁸⁹ Comentarios en base a SCHMITT, Carl. El contraste entre comunidad y sociedad como ejemplo de una distinción dualista. Reflexiones a propósito de la estructura y destino de este tipo de antítesis, Traducción de Montserrat Herrero, En: SCHMITT, Carl. La tiranía de los valores, Editorial Comares, S.L., Granada, España, 2010, pp. 51- 67.

SCHMITT⁹⁰, concluye que la sociedad internacional ha dejado a un lado estos conceptos, pues su realidad se corresponde más bien con la de una estructura global en base a relaciones de dominación. Afirma que la comunidad se funda en valores, propugnando junto con él, el retorno a la filosofía de los valores. Ello puede leerse como una cierta afinidad por los ideales medievales, lo cual evidentemente choca abruptamente con las tesis modernas de relatividad moral y libertad del individuo en tanto tal.

La constitucionalización de los valores genera una problemática tan compleja en la aplicación del derecho, que SCHMITT opta por sostener la neutralidad del mismo- que se manifiesta en la concepción de Estado como puramente monopolio de la violencia física legítima. Y otros como KELSEN, llegan a afirmar que el Estado es pura normatividad. Sin embargo, interpretaciones como éstas pueden acarrear consecuencias nefastas en la conducción del Estado, pues éste podría conducirse de cualquier manera, y volverse un mero instrumento de legitimación de cualquier ideología. Dando lugar a conflictos, como la inestabilidad gubernamental- si se abre la puerta a la pluralidad de valores- y en consecuencia, se desencadenaría una tiranía de los valores.⁹¹

En la concepción de SCHMITT, el Estado es el sujeto colectivo que monopoliza la decisión política, que jamás estará exenta de valores, pero que el contenido del valor es variable y será determinado por quien decide. Es decir, la decisión valórica es una decisión estatal. Ello porque lo primordial es la comunidad, asociada a la raza, las creencias, las costumbres y tradiciones. En otras palabras, para el autor el Estado ha de hacerse cargo de las necesidades colectivas, por sobre las de cada individuo en particular.

Sostiene como antítesis a la idea de comunidad, la de sociedad, que es de estructuración artificial, aunque progresista. Esta unión la ve con desconfianza pues es carente de sustancia. Lo construido, lo no verdadero, la neutralidad axiológica, la

⁹⁰ SCHMITT, Carl. La tiranía de los valores, Editorial Hydra, 1° Edición, 1° reimpresión, Traducción de Sebastián Abad, (Buenos Aires, Argentina, 2010), pp. 91- 147. El autor estudia el texto del filósofo del derecho Luis LEGAZ y LACAMBRA

⁹¹ SCHMITT, Carl. La tiranía... *Op. cit.* (90), pp. 91- 147.

industrialización álgida y progresiva, dieron paso al asentamiento de tendencias nihilista que propiciaron- a su juicio- la tiranía de los valores⁹². Ahora bien, el defender la idea de comunidad, si bien resulta positivo en cuanto de ello resulta la oposición a la mecanización del Estado- a través de los procedimientos burocráticos y a la preponderancia de la decisión estatal, con un contenido valorativo absoluto- ocasiona el riesgo de atentar contra la autonomía y la libertad, que era precisamente lo defendido por los otros autores antes mencionados.

Según esta línea argumental, la unidad efectiva del Estado se lograría si tiene como cimiento y elemento esencial a una comunidad homogénea. Consecuentemente, se corre el profundo riesgo de excluir la posibilidad de que exista una pluralidad social o cultural, el admitir posturas valóricas distintas a la oficial. Y en resumen, a optar como sistema o forma de gobierno, a regímenes distintos a los democráticos, con el consecuente detrimento en el derecho fundamental inherente al individuo, la libertad.

En resumen, SCHMITT señala que el devenir histórico de la revolución industrial y la post guerra, con sus consecuencias sociopolíticas, sería fuente del nihilismo,⁹³ sobre todo en Alemania, y del desarrollo del positivismo jurídico, ante el cual contra movimientos clamarían por el retorno a la sustancialización del Estado, en los valores que tutelan la dignidad del hombre.⁹⁴ Sostiene la filosofía de los valores debe hacer frente a un formalismo vacío neokantiano, como la pura normatividad de KELSEN, y a la neutralidad axiológica absoluta de WEBER, sobre la ciencia, la libertad de decisión de las evaluaciones y concepciones del mundo, que como se dijo, darían lugar a una peligrosa tiranía de los valores. Con todo, el problema del desarrollo de la filosofía política propuesta por SCHMITT, viene dado principalmente porque no existe un consenso científico sobre el concepto de valor. Así, en la voz alemana *wert*, se le asocia al valor

⁹² SCHMITT, Carl. La tiranía... *Op. cit.* (90), pp. 91- 147.

⁹³ SCHMITT, Carl. La tiranía... *Op. cit.* (90), p. 111.

⁹⁴ SCHMITT, Carl. El contraste entre... *Op. cit.* (89), p. 61.

económico. De hecho, el propio KANT cuando habla de dignidad humana⁹⁵, se refiere a lo que vale el hombre.⁹⁶

En consecuencia, para SCHMITT, pese a las dificultades lingüísticas en torno al concepto de valor, un pensamiento conforme a la filosofía de los valores debiese apuntar a una idea de vida en comunidad, y alejarse de la idea de sociedad, en tanto ésta representa la unión artificiosa, carente de sustancia. La decisión valorativa en la conducción del Estado parece amoldarse cómodamente con la idea de comunidad, pues ésta supone cierta homogenización entre sus miembros, en cuanto al haber cierta igualdad en el plano valorativo, excluye la pluralidad, y si no la hay, igualmente prima la orientación valórica del Estado, pues se posterga el individuo en favor de las necesidades del sujeto colectivo, del cual también forma parte. Sólo así el Estado, como sujeto colectivo, alcanza la unidad efectiva. En contraposición, se encuentran los sistemas liberales y burocráticos, afines a las doctrinas kelsenianas y weberianas, que a partir de la neutralidad y la autonomía, permiten el desarrollo de sistemas económicos y sociales mecanizados. Como se mencionó, para KELSEN, el Estado no es más que el monopolio de la normatividad, una regulación de la vida social sin contenido sustancial, es decir, una mera ordenación carente de valores. A diferencia de WEBER que admite su influencia, pero los relativiza conforme a las circunstancias. Tales planteamientos sí resultan aplicables a un grupo humano pluralista, pues en ellos la unanimidad no se consigue y la homogeneidad de los miembros del cuerpo social, no es absoluta.

⁹⁵ El autor expresa: “*la fundamentación del proyecto de una <<Ley para el nuevo ordenamiento de la protección de la personalidad y del honor en el Derecho Civil>> comienza literalmente con la siguiente oración: << [e]n la democracia libre, la dignidad del hombre es el más alto valor. Ella es inviolable>>. Lo que sea el valor queda en suspenso*”. En: SCHMITT, Carl. La tiranía de los valores... *Op. cit.* (90), p. 95.

⁹⁶ SCHMITT, Carl. El contraste entre... *Op. cit.* (89), p. 64- 67.

I. II. 2. Los problemas que suscita la consagración normativa de los principios

En los últimos años existe la tendencia en las legislaciones internas, tal como ya venía ocurriendo en el ámbito de los tratados internacionales, de codificar y sistematizar los principios generales del derecho o los principios especiales que rigen a una determinada rama de él. Puede señalarse que los problemas que ello ha traído para los operadores jurídicos han sido principalmente tres.

Primero, el llevar los principios a clave de reglas no es del todo exacto en su formulación, pues las reglas están estructuradas en base al establecimiento de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Mientras que los principios se presentan de manera indeterminada, pues no establecen la hipótesis normativa, sino que prescriben como una suerte de guía de conducta sin el establecimiento de una sanción de manera expresa. Es decir, se presentan como normas en el ordenamiento jurídico, pero sin compartir la configuración interna de las mismas, ni la manera de ser aplicadas por los operadores jurídicos.

Segundo, puede ocurrir también que el legislador haya definido al principio jurídico para que rija en situaciones determinadas, y le haya asignado un nombre o título al artículo que lo establece. Sin embargo, cuando ello sucede, la doctrina y la jurisprudencia han dotado de una significación distinta a tal principio, por lo que la ley puede no ser respetuosa de este desarrollo y muchas veces lo contraría, dificultando la aplicación del principio conforme a la regulación expresa. O bien, la nomenclatura no se condice con el contenido de lo regulado. Esto es, se le denomina de una forma diferente a como era conocido por los operadores jurídicos, lo que induce a error. Un ejemplo esto último ocurrió con la Ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos.

Por último, últimamente tanto a nivel doctrinal⁹⁷ como jurisprudencial, particularmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional^{98 99}, ha venido reconociendo la existencia de principios que tienen por contenido a derechos implícitos^{100 101}. Es decir, la norma que consagra el principio y lo dota de significación expresa, también está consagrando el establecimiento de otro principio, prescribiendo su protección o tutela, o bien, mandando a que rija en una situación determinada.¹⁰²

En este sentido, algunos autores sostienen que “*un derecho subjetivo no es sino el contenido de una norma: la norma que lo confiere. Un derecho implícito es, por tanto,*

⁹⁷ En este sentido véase GARCÍA P. Gonzalo y CONTRERAS V. Pablo, Derecho de acceso a la información en Chile: Nueva regulación e implicancias para el sector de la Defensa Nacional. En: Revista Estudios Constitucionales, Año 7, Vol. 7, N° 1, Santiago, Chile, 2009, pp. 137-175, [Consultado el 28 de noviembre de 2016], [en línea], <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000100005#n34>

⁹⁸ Por ejemplo, así lo ha sostenido respecto de la garantía constitucional de libertad de expresión, consagrada en el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política, que a su vez consagraría de manera implícita el derecho de acceso a la información pública, en el entendido de que sólo es posible expresarse o manifestar una opinión cuando se está debidamente informado. Por lo tanto, el ejercicio del derecho de la libertad de expresión se vería trabado o perturbado si los ciudadanos no tienen el acceso a la información de carácter pública, pues es una consecuencia lógica del debate democrático. Esto fue sostenido por el Tribunal Constitucional a propósito de la discusión de la Ley de Prensa N° 19.733, donde un grupo de diputados presentó un reclamo de inconstitucional por contener esta ley el establecimiento del derecho de acceso a la información pública, el cual no se encontraba regulado de manera expresa en la Carta Fundamental.

⁹⁹ *Vid.* STC Rol N° 226- 1995.

¹⁰⁰ Siguiendo con el ejemplo anteriormente propuesto en la nota al pie (98), el principio de transparencia del artículo 8° de la Constitución Política, se encuentra estrechamente vinculado con el derecho fundamental implícito de acceso a la información pública.

¹⁰¹ También se les ha denominado “derechos no enumerados”, por Germán J. BIDART Campos. En: BIDART Campos, Germán J. Los derechos “no enumerados” en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional [en línea] En: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Coord. Méndez Silva, Ricardo (México D.F, México, 2002): 103- 113, <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/342/6.pdf>> [Consulta: 09 de julio de 2017]

¹⁰² La duda que genera es qué ha de prevalecer el derecho subjetivo expresamente adscritos en el ordenamiento jurídico interno, o un derecho implícito. Si acaso uno y otro reciben la misma protección constitucional.

*el contenido de una norma implícita*¹⁰³ Consecuentemente, el aceptar que existen derechos implícitos, implica aceptar al mismo tiempo que su reconocimiento es fruto de la labor de los tribunales. O sea, son derecho vigente, pero de orden jurisprudencial. Ello presenta el dilema de sí es dable admitir o no la construcción jurisprudencial, pues ocasiona en los hechos un desplazamiento de los poderes normativos del legislador, el cual es representativo y tiene, por lo tanto, legitimación democrática, como así mismo responsabilidad política¹⁰⁴.

Contra el positivismo jurídico, se han alzado al menos dos argumentos, uno relativo a la injusticia¹⁰⁵- particularmente tras la Segunda Guerra Mundial- y otro relativo a los principios¹⁰⁶. Conforme al primero, la ley injusta en extremo, aunque sea positiva, no es jurídica o pierde su naturaleza de tal. Y, de acuerdo al segundo, enlaza conceptualmente al derecho y a la moral¹⁰⁷, en el sentido que la norma jurídica ha de responder a un contenido moral ineludible, debiendo arribar a una misma respuesta tanto la cuestión formal que es la norma expresa, como otra sustancial¹⁰⁸ que está dada por el principio que puede ser expreso o no, pero que siempre será anterior a la norma.

Estos argumentos son diferenciables en lo referente a su eficacia y al contexto histórico en el que operan. Respecto a la eficacia de estos argumentos, se ha dicho en cuanto al primero de ellos- la injusticia- que ésta tendría una eficacia restrictiva, pues se limita a señalar qué normas no constituyen derecho, por ser precisamente injustas¹⁰⁹. O

¹⁰³ GUASTINI, Riccardo, Derechos implícitos, Universidad de Génova, Italia, Observatorio DOXA, Trad. de Alí Lozada Prado, Universidad de Alicante, p. 1 [Consulta: 09 de julio de 2017] [en línea] <<https://web.ua.es/es/observatoriodoxa/documentos/comentario-riccardo-guastini.pdf>>

¹⁰⁴ En este sentido GUASTINI, Riccardo, Derechos implícitos... *Op. cit.* (103)

¹⁰⁵ Célebre resulta al respecto el artículo del jurista y filósofo Gustav RADBRUCH titulado "Leyes que no son derecho y Derecho por encima de las leyes"

¹⁰⁶ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Neoconstitucionalismo... *Op. cit.* (71), p. 77. El autor menciona como grandes exponentes a Ronald DWORKIN, en la tradición angloamericana, y a Robert ALEXY, en la europea.

¹⁰⁷ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Neoconstitucionalismo... *Op. cit.* (71), pp. 76- 77.

¹⁰⁸ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Neoconstitucionalismo... *Op. cit.* (71), p. 77.

¹⁰⁹ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Neoconstitucionalismo... *Op. cit.* (71), p. 78.

sea, su efecto sería el de excluir ciertas disposiciones del ordenamiento jurídico positivo, a modo de un legislador negativo. Mientras que el segundo- los principios- tendrían una eficacia expansiva, porque permite establecer qué normas sí constituyen por un lado derecho en sentido amplio, y normas del ordenamiento jurídico positivo, por otro.¹¹⁰ Es decir, el criterio expansivo permite integrar al ordenamiento jurídico a normas no expresadas de manera formal por el constituyente o por el legislador, además de reafirmar el carácter de las que sí lo configuran de manera expresa y formal.

En cuanto al contexto histórico, menester se hace atender al período histórico-político en que tales argumentos fueron esgrimidos como banderas de lucha contra el positivismo, prácticamente incuestionado durante la primera mitad del siglo XX. Así, el argumento de la injusticia surgió como respuesta a una época de post guerra en donde se cometieron crímenes de lesa humanidad, como el genocidio. Dicho de otro modo, es propio de una época de crisis donde se busca restringir la concepción autoritaria del derecho¹¹¹. Mientras que el segundo argumento, encuentra su paradigma en sistemas de gobiernos democráticos ya afianzados. En el período de normalidad constitucional, se pretende que por medio de la argumentación, se optimice la aplicación del derecho. Ello explica que su desarrollo se lleve a cabo al alero de las tendencias neoconstitucionalistas¹¹².

Otra diferencia importante entre reglas y principios dice relación con la forma en que se aplicará el derecho. Si se asume que ambos constituyen normas, se concluye que son especies distintas, tanto en la estructura como en la funcionalidad. La diferencia entre principios y reglas, se hallaría por una parte en la estructura normativa. Y, por otra, en el proceso de interpretación y aplicación de ellas. En cuanto a la aplicación de unos

¹¹⁰ Ídem (109)

¹¹¹ Ídem (109)

¹¹² Ídem (109)

y otros, se ha dicho que son incompatibles, pues conducen a resultados jurídicos contradictorios¹¹³.

Cuando colisionan las reglas entre sí, o los principios entre sí, los efectos que provocan en el ordenamiento jurídico son diferentes, pues tales colisiones se resuelven de manera distinta. Así, en el caso de las reglas, el legislador ha previsto relaciones de preferencias en abstracto, que por lo mismo la doctrina las ha llamado incondicionadas, en tanto se aplicarán siempre de la misma manera a cualquier evento, y conducirán a un mismo resultado, que será constante en el tiempo. Al resultado que conducen estas relaciones incondicionadas serán la declaración de invalidez de una regla para el caso concreto, o la constatación de la existencia de una cláusula de excepción que beneficia la aplicación de la otra regla. En cambio, en el caso de colisión entre principios, no es posible afirmar que siempre unos se vayan a aplicar en beneficio de otros, pues todos tienen igual jerarquía. De allí la importancia de identificar las circunstancias concretas del caso específico y de fundamentar la elección en el juicio de ponderación.

De lo expuesto se concluye que, a diferencia de los conflictos entre reglas, los de principios sí están sujetos a relaciones de preferencia condicionadas. Los resultados diferentes a que conducen estas colisiones entre principios, se traducen en la creación de nuevas reglas. Una vez obtenida la regla, se aplica el método de la subsunción¹¹⁴, con la pretendida universalidad, que podría sostenerse se logra en los sistemas judiciales donde el precedente es vinculante. La uniformidad en la resolución de los casos salvaría en parte la crítica de la incerteza jurídica.

Entonces, a fin de cuentas, el juicio de ponderación es un procedimiento de producción normativa, pues produce un acto que puede considerarse como una fuente del derecho en sentido estricto. De allí que se afirme que su naturaleza no es meramente interpretativa, sino que también abarca una dimensión creativa y decisional al determinar

¹¹³ ARROYO Jiménez, Luis. Ponderación, proporcionalidad... *Op. cit.* (13), p. 23

¹¹⁴ ARROYO Jiménez, Luis. Ponderación, proporcionalidad... *Op. cit.* (13), p. 24

una jerarquía axiológica, al valorar comparativamente los principios que han conflictuado en el caso en concreto.¹¹⁵

Por ello, el mecanismo para emplear las reglas es la subsunción, mientras que para los principios el mecanismo es la ponderación. La diferencia entre ellos es de índole cualitativa, pues la ponderación va unida a consideraciones valorativas de orden moral que se relacionan con el derecho¹¹⁶.

Se ha dicho que el principal problema para aplicar los principios sería de orden formal, pues la validez de su argumento viene dada por la existencia de los propios principios, como normas autónomas de las positivas¹¹⁷. Es decir, la justificación de la aplicación de los principios es redundante y sólo encuentra explicación en la naturaleza jurídica que se les atribuya, lo que por regla general proviene o de la moral o del *ius naturalismo*. Lo cual es fuertemente criticado por los movimientos positivistas, ya que resta certeza al ordenamiento jurídico, pues lo condiciona a la subjetividad del intérprete.

Pese a las diferencias constatadas, podría estimarse que en un sistema neoconstitucional estas categorías de normas no son del todo excluyentes, en tanto el derecho- como regulación dinámica- permitiría una aplicación compatible de ellos. Si se parte del supuesto que en un Estado de Derecho Constitucional no pueden regir reglas propiamente tales¹¹⁸, pues toda norma queda expuesta al efecto de irradiación de la Constitución, lo que significa reconocerles un carácter derrotable. Dicho de otro modo, los preceptos infra constitucionales pueden ser desplazados si se enfoca el conflicto jurídico a la luz de los principios, ya que tal razonamiento puede llevar a resolver de una manera distinta a la que expresamente se refiere la norma legal. Se ocasiona la

¹¹⁵ ARROYO Jiménez, Luis. Ponderación, proporcionalidad... *Op. cit.* (13), p. 25

¹¹⁶ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Neoconstitucionalismo... *Op. cit.* (71), pp. 81- 82

¹¹⁷ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Neoconstitucionalismo... *Op. cit.* (71), p. 82

¹¹⁸ Esta tesis es sostenida de manera más radical por Alfonso GARCÍA, quien afirma la derrotabilidad de las de las normas en un Estado Constitucional y la ilusoria contraposición entre reglas y principios, entre otros. En: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Neoconstitucionalismo... *Op. cit.* (71), pp. 83 y 97

preclusión de la regla vigente y aplicable al caso, conforme a una disposición del sistema de fuentes, bajo la Constitución.¹¹⁹

Con ello, el binomio entre reglas y principios sería ilusorio¹²⁰, y sólo tendría un objeto teórico doctrinal, tal es el abandonar la concepción formalista del derecho, propio del positivismo históricamente imperante en la forma de concebir al principio de legalidad en el Estado de Derecho. Por otra parte, como ya se ha venido expresando, el fin último de la aplicación de los principios es la universalización de los mismos. Esto es, que su aplicación reiterada bajo los mismos supuestos fácticos permita arribar a las mismas conclusiones,¹²¹ que luego dan paso a la conformación de una regla.

El problema que se vislumbra en este punto, donde se admite: que el producto del juicio de ponderación es una regla; que la regla creada al caso concreto aspira a su universalización; y, que las reglas propiamente tales- o sea, las establecidas por el legislador de manera expresa- son derrotables frente a los principios constitucionales, por el efecto de irradiación. Es cómo ha de resolverse la colisión entre la regla producto de la ponderación de principios y la regla propiamente tal dada por el constituyente o por el legislador. ¿Cabe acaso efectuar un nuevo juicio de ponderación? ¿Cabe la ponderación sobre lo ponderado?

Quizás el problema en torno a los principios sea anterior, y atienda a su naturaleza jurídica, que en un comienzo no contaban con consagración positiva como fuente del derecho, pero como ya se explicó eso ha variado en las últimas décadas. Las doctrinas positivistas entienden que ellos se infieren del derecho positivado y que por ende, dependen del contenido de las normas jurídicas, lo que inevitablemente conlleva a una hipertrofia legislativa con el reconocimiento expreso de estos principios, también en la búsqueda de certeza jurídica. Desde una vereda completamente opuesta, el

¹¹⁹ ARROYO Jiménez, Luis. Ponderación, proporcionalidad... *Op. cit.* (13), pp. 26- 27

¹²⁰ Ídem (119)

¹²¹ Alfonso GARCÍA, se refiere a una instrumentalización de los principios, aludiendo a la centralidad de los mismos en la teoría de Robert ALEXY. En: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Neoconstitucionalismo... *Op. cit.* (71), p. 84

derecho natural los concibe como fundamento de las normas positivas, incluso las pudiesen desplazar si éstas no se condicen con el derecho natural, por lo que bajo esta concepción su rol excede con creces a la aplicación supletoria en caso de lagunas en la legislación.¹²²

A nivel constitucional, sobre todo en sistemas jurídicos con una fuerte impronta neoconstitucionalista, se han elevado a este rango a numerosos principios. Puede decirse que por regla general el positivismo ha triunfado en esta esfera, pues a los principios se les ha enunciado de manera expresa, o bien, se les ha entendido derivado de ciertas disposiciones constitucionales. Ello es problemático para el intérprete, considerando que hay normas de contenido sustantivo abstracto¹²³.

Es problemático desde las perspectivas de los fundamentos mismos de la democracia como forma de gobierno, y el principio de separación de poderes que rige como elemento constitutivo y esencial del Estado de Derecho. Por otra parte, quienes se manifiestan a favor de su reconocimiento, constatan que el catálogo de derechos dado tanto por las Constituciones internas como por los tratados internacionales, es imposible que sea taxativo, pues el derecho no tiene la capacidad de mantenerse actualizado a las necesidades sociales, y cuando se reforma tampoco logra prever situaciones que pudieren acaecer con posterioridad y que signifiquen un cambio económico, político y social, al cual el derecho como instrumento debe otorgar tutela. Por ello, desde la perspectiva dinámica del derecho, éste debe ser capaz de contener de manera residual a los derechos no consagrados de manera expresa, entendiendo que del positivizar principios no se puede inferir que se excluya o se niegue al resto. De manera, se concluye que se trata de “un silencio normativo, no silencio axiológico”¹²⁴.

¹²² MARTÍNEZ ZORRILLA, David. Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, España, 2007, p. 69.

¹²³ Ídem (119)

¹²⁴ BIDART CAMPOS, Germán J. Los derechos... *Op. cit.* (101)

En consecuencia, cuando se habla de principios en un sentido amplio, puede estar referido tanto a los que no constituyen una fuente positiva del derecho, como a los que sí lo son. Ahora bien, si se hace referencia a principios de rango constitucional, debiese incluirse aquellos derechos fundamentales que las normas constitucionales consagran. Aunque su establecimiento sea expreso, no están formuladas a la manera de las reglas. Algunos señalan que la distinción entre unas y otras estaría dada por su naturaleza jurídica. Hay quienes sostienen y configuran una categoría normativa distinta que explica su respuesta ante el conflicto jurídico que se suscita a partir de colisiones normativas¹²⁵. Y otros, sostienen que la diferenciación es de grado, en cuanto hay preceptos que se acercan o tienden más hacia las reglas o hacia los principios¹²⁶. Con todo, hasta el momento ningún criterio doctrinal ha agrupado a los principios en una categoría unitaria¹²⁷, y se les ha clasificado conforme a distintas características que dan cuenta de la heterogeneidad configurativa y nominal de los mismos¹²⁸.

¹²⁵ MARTÍNEZ ZORRILLA, David. Conflictos constitucionales... *Op. cit.* (122), p. 70. El autor cita como ejemplo a Ronald DWORKIN y a Robert ALEXANDER.

¹²⁶ Esta distinción fue esbozada por ZAGREBELSKY, En: MARTÍNEZ ZORRILLA, David. Conflictos constitucionales... *Op. cit.* (122), p. 70.

¹²⁷ Lo constatan autores como GUASTINI. En: MARTÍNEZ ZORRILLA, David. Conflictos constitucionales... *Op. cit.* (122), p. 71

¹²⁸ MARTÍNEZ ZORRILLA, David. Conflictos constitucionales... *Op. cit.* (122), p. 71

Capítulo II. Estándares de proporcionalidad en la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema y el latente riesgo del activismo judicial.

Recapitulando lo sostenido en la Introducción del presente trabajo, podemos convenir que conceptualmente por política pública vamos a entender: las decisiones de quien ostente el poder social, referidas a las soluciones específicas de cómo manejar los asuntos públicos¹²⁹. Y por una “buena” política pública lo dicho por el profesor LAHERA: *Una política pública de excelencia corresponde a aquellos cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo político definido en forma democrática; los que son desarrollados por el sector público y, frecuentemente, con la participación de la comunidad y el sector privado. Una política pública de calidad incluirá orientaciones o contenidos, instrumentos o mecanismos, definiciones o modificaciones institucionales, y la previsión de sus resultados.*¹³⁰

Es decir, el elemento democrático es relevante tanto en la formulación de la política pública, como en su ejecución. De tal manera que la gobernabilidad del Estado, depende en gran medida, de recoger el parecer colectivo y concretarlo de manera colaborativa e integrativa, estableciendo de antemano no sólo la definición de objetivos para su consecución, sino también los medios en que las tareas se llevarán a cabo y la proyección de sus resultados en un período determinado. Y es precisamente cuando esta buena gobernanza falla- en cualquiera de estas etapas de elaboración o concreción

¹²⁹ LAHERA P. Eugenio. Política y política públicas [en línea] CEPAL, Serie Políticas Sociales, División de desarrollo social, Naciones Unidas. El estudio forma parte del proyecto Política y Políticas públicas en los procesos de reforma en América Latina. Similitudes y Diferencias. Proyecto FRA/02/073 que la CEPAL lleva a cabo con el apoyo del Gobierno de Francia, Santiago, Chile, N° 95, 2004 <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6085/S047600_es.pdf;jsessionid=39B04BF63C1407195E0290E6874640CE?sequence=1> [Consulta: 09 de julio de 2017]

¹³⁰ LAHERA P., Eugenio. Política y política públicas... *Op. cit.* (129), p. 8

de la política pública- que los gobernados acuden ante tribunales de justicia, buscando amparo y solución a sus necesidades no cubiertas.

Resulta que las sentencias judiciales que se pronuncian sobre el diseño y, particularmente, sobre la ejecución de las políticas públicas, tienen una fuerte incidencia sobre la manera que tienen los órganos estatales de cumplir con los cometidos legales en su esfera de competencia. Esto es, las Cortes vienen a regular el proceder de la actividad del ejecutivo, por sobre los propios lineamientos o directrices que el servicio se ha dado a sí mismo para el desempeño de sus funciones. Ocurre entonces, que la incidencia del fallo puede llegar a tener diversas manifestaciones o repercusiones de cara a la ciudadanía. Una de ellas es el efecto que tiene en la satisfacción de los derechos sociales, como se expondrá más adelante en este capítulo, a la cual se le ha dado mayor énfasis por su efecto inmediato en sujetos identificables. Y otras, tienen que ver directamente con aspectos regulatorios de una determinada actividad; con la forma en que un órgano de la Administración ejerce sus atribuciones legales; o, con la forma en que cumple con sus funciones de manera más apegada a sus fines o al interés público.

Al respecto la Corte ha de ser cautelosa, pues existe el riesgo que con ocasión de subsanar una inadecuada política pública- inadecuada desde la perspectiva de su gestión o de su implementación- sacrifique la aplicación correcta de la ley. Pues si bien la Corte logra por la vía judicial dar solución a una problemática pública que podría tener fuertes repercusiones en la ciudadanía desde el punto de vista de la justicia material asociada al caso, puede generar que la situación excepcional que resuelve se transforme en un criterio de aplicación general. O sea, si bien la Corte consigue dar una respuesta efectiva al conflicto jurídico que se somete a su conocimiento, incluso si ello importase una fuerte intervención en las competencias de los otros poderes del Estado, no precave que esa forma de decidir que colinda – si es que no es- con el activismo judicial, puede redundar en que los efectos jurídicos de su sentencia tengan una permanencia mayor

en el tiempo, más allá del caso concreto. Estableciendo una verdadera regulación para los mismos supuestos de hecho que ocurran en el futuro, a modo de *lege ferenda*¹³¹.

Bajo este entendido, si la decisión de la Corte es correcta pues consigue una ejecución óptima e idónea de la política pública en cuestión, pero al mismo tiempo importa sacrificar el sistema normativo que circunda la situación sobre la cual decide, fallando en base a lo que la ley a su entender debiese regular, como si propusiese implícitamente una reforma normativa, lo que hace es imponer su supremacía judicial por sobre la estructura democrática sobre la cual se crean las normas en el Estado de Derecho. Con ello, superpone sus propias valoraciones acerca de lo justo y del interés público, prescindiendo del reglas que los naturalmente llamados a hacerlo- Legislador y Administración- se han dado a sí mismos, en consonancia con sus competencias constitucionales y legales. Los sustituye, distorsionando el sistema regulatorio en nombre del interés público, y en ocasiones también de los derechos fundamentales y la dignidad humana, enarbolando una bandera de defensora de tales ideales constitucionales, despreciando las bases del Estado de Derecho Democrático¹³².

A este fenómeno también se le puede dar una lectura más drástica. Entendiendo que se trata de activismo judicial, pues la imposición autoritaria de la Corte sustituye las competencias constitucionales de los demás poderes del Estado, prescindiendo de la regulación aplicable al caso concreto. Y no argumentando jurídicamente en base a las reglas del sistema democrático, es decir, prefiere usar su poder y no persuadir racionalmente por medio de la sentencia¹³³.

¹³¹ A todo esto se refiere el profesor Luis Cordero al analizar el fallo de la Corte Suprema Rol N° 15449- 2017, de 9 de enero de 2010. En: CORDERO VEGA, Luis. ¿Los jueces deben hacer buen derecho o razonable política pública? [en línea] El Mercurio Legal, Análisis Jurídico, Regulatorio económico, de 29 de septiembre de 2017, <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/01/30/Los-jueces-deben-hacer-buen-derecho-o-razonable-politica-publica.aspx?disp=1>> [Consulta: 1° de marzo de 2018]

¹³² CORDERO VEGA, Luis. ¿Los jueces deben... *Op. cit.* (131)

¹³³ CORDERO VEGA, Luis. ¿Los jueces deben... *Op. cit.* (131)

Respecto del rol persuasivo de las sentencias judiciales, KAHN ha dicho que la persuasión constituye una obligación para la Corte, pues si se comprende su decisión como un acto de autoridad pública¹³⁴, quien merece una explicación acerca del resultado de la controversia judicial no es tan sólo la parte perdedora, sino que es la sociedad toda¹³⁵. Al respecto, ha sostenido que cualquier autoridad pública actúa en las dimensiones de voz y voto, siendo lo relevante en la Corte la voz, pues por medio de ella explica el derecho y trasciende a las partes, yendo más allá del caso en concreto¹³⁶. En ese sentido, las múltiples disidencias y prevenciones en un voto no muestran del todo claro qué es lo regulado en determinadas circunstancias fácticas, poniendo en duda qué es el derecho. Lo cual si es reiterado y una constante en la Corte puede incluso provocar una crisis de legalidad¹³⁷ o una crisis en la institucionalidad, pues se auto deslegitima y hace perder o debilitar la confianza que la ciudadanía tiene en la institucionalidad del Poder Judicial y en el desempeño de sus funciones.

En esa línea argumental, si se tiene en cuenta que las autoridades que están en la cúspide del Poder Judicial no son electas de manera directa por quienes tienen derecho a sufragar, pero sí tienen una legitimación democrática indirecta en su sistema de nombramiento, ello no es suficiente para justificar con argumentos democráticos, la

¹³⁴ KAHN, Paul W. Construir el caso. El arte de la jurisprudencia. Traducción e Introducción de Daniel Bonilla Maldonado. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad de Palermo e Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, (Bogotá, Colombia, 2017), pp. 57 y 58

¹³⁵ El autor desecha la idea de la sentencia como búsqueda de la verdad jurídica, pues ello sería propio de las ciencias. Sería como concebir al derecho como un hecho por develar. En ese caso el rol de la sentencia no es la persuasión, sino la demostración. Las pretensiones de objetivización del derecho traen aparejado el disenso y no la unidad de los jueces, y a que la decisión de la Corte se presente respecto de cada juez individualmente considerado y no como una unidad. El rol de persuasión en cambio busca resolver “en nombre de la Corte”, evitando la personalización de la sentencia. En: KAHN, Paul W. Construir el caso... *Op. cit.* (134), pp. 59- 60 y 89. Sin perjuicio de lo cual, reconoce que la pretensión de objetividad radica en gran medida en evitar entender a la sentencia como un acto político. De ahí que para argumentar se invoque la historia de la ley, el texto normativo, las prácticas judiciales y cualquiera otra fuente de objetividad. En: KAHN, Paul W. Construir el caso... *Op. cit.* (1234), p. 83

¹³⁶ KAHN, Paul W. Construir el caso... *Op. cit.* (134), p. 61 y 62

¹³⁷ KAHN, Paul W. Construir el caso... *Op. cit.* (134), p. 63

autoridad de la cual está investido y el poder que ejerce en el aparataje estatal. Con mayor razón si se considera que las designaciones en el cargo son por un período extenso, hasta la jubilación a los 75 años de edad, cumplidos que sean ciertos requisitos legales. Este obstáculo de justificar su legitimidad democrática, doctrinariamente denominado objeción contramayoritaria, debe salvarse de alguna manera¹³⁸. Es decir, debe buscarse alguna argumentación complementaria que reemplace la carencia de representación por elecciones populares. Algunos autores ha propuesto que ello se subsana por medio de la motivación de las sentencias y la función persuasiva que hay en ella, porque si la aplicación del derecho es posible de ser explicada, éstas no podrán ser consideradas arbitrarias, con independencia de que el razonamiento jurídico, que llevó a la Corte a adoptar una decisión en un sentido u otro, sea compartido o no. Dicho de otro modo, la motivación de la sentencia viene a ser un símil de la rendición de cuentas que efectúan las autoridades públicas que son electas¹³⁹.

Con todo, a diferencia de la rendición de cuentas, el contenido mismo de la sentencia no es accesible para todos los ciudadanos, ya sea por su disponibilidad y por la comprensión técnica que ella exige, por lo que se podría contra argumentar que no es del todo democrático el ejercicio de explicarse¹⁴⁰. No obstante, no debe olvidarse que la persuasión pretendida en la sentencia, se refuerza o complementa con la confianza en la institucionalidad en el Estado de Derecho¹⁴¹.

Ahora bien, es necesario considerar un otro elemento. Tal es la permanencia de la institución. Pues si la Corte falla en contra de grupos a los cuales no puede persuadir acerca de la significación del derecho y su aplicabilidad en el caso concreto- sobre todo si se trata de grupos de gran poder económico y/o mediático, con relevancia en la opinión pública- no puede generar una crisis de legitimidad o de confianza en ella. Debe hacer

¹³⁸ KAHN, Paul W. Construir el caso... *Op. cit.* (134), pp. 64 y 135

¹³⁹ KAHN, Paul W. Construir el caso... *Op. cit.* (134), p. 65

¹⁴⁰ KAHN, Paul W. Construir el caso... *Op. cit.* (134), pp. 66 y 103

¹⁴¹ KAHN, Paul W. Construir el caso... *Op. cit.* (134), pp. 66 y 77

frente y resistir a los embates de las reacciones adversas o también llamadas reacciones violentas ciudadanas contra los fallos judiciales, como se explicará más adelante. La permanencia de la institución conlleva a que sus decisiones sean aceptadas y acatadas, aun no estando de acuerdo con lo resuelto y con su razonamiento. Ello se ha construido históricamente y ha sido denominado por algunos como “superávit de legitimidad”, como un saldo de confianza en favor de la Corte que evita el desencadenamiento de crisis política¹⁴².

Finalmente, la legitimidad de la decisión judicial en el ordenamiento jurídico democrático, pasa por entender que el pueblo soberano es el autor de ella¹⁴³. El pueblo en el sentido de sujeto colectivo transgeneracional¹⁴⁴. Por lo tanto, la persuasión de la sentencia, acerca de la interpretación de la ley en un determinado sentido y alcance, debe apuntar a la ficción jurídica de la autoría del texto jurídico. Tal como lo hace el legislador, pues a pesar que se admite que la ley es producto de negociaciones entre diferentes grupos de interés y de transacciones político partidistas, se estima que es la voluntad del pueblo¹⁴⁵.

En otras palabras, diremos que una sentencia ha sido exitosa si es percibida como una expresión de lo que el derecho es. Y será un fracaso, si es leída meramente como una opinión del magistrado redactor y de aquellos que concurrieron al voto de mayoría¹⁴⁶. Consecuentemente, la legitimidad democrática de la sentencia pasa por evitar el activismo judicial en la manera en que la interpretación de la ley es presentada. La técnica retórica que emplee la Corte adquiere importancia, pues no debe reflejar las preferencias valóricas de los jueces como sujetos individualmente considerados. La persuasión ha de seguir la línea argumental de que la Corte ha aplicado la ley dada por

¹⁴² KAHN, Paul W. Construir el caso... *Op. cit.* (134), pp. 104- 105

¹⁴³ KAHN, Paul W. Construir el caso... *Op. cit.* (134), p. 130

¹⁴⁴ KAHN, Paul W. Construir el caso... *Op. cit.* (134), p. 148

¹⁴⁵ KAHN, Paul W. Construir el caso... *Op. cit.* (134), pp. 147- 149

¹⁴⁶ KAHN, Paul W. Construir el caso... *Op. cit.* (134), pp. 145 y 167

el pueblo, y no aquella ley que la Corte se ha dado a sí misma a modo de derecho particular o casuístico¹⁴⁷. Pues tal como las leyes no expresan en su texto las discusiones que tuvieron lugar en la intervención de los participantes de su proceso de formación-constando ello en otro documento oficial, tal es la historia de la ley-, la sentencia tampoco puede incluir en su razonamiento referencias religiosas, políticas, filosóficas, etc. pues eso sería lo mismo que situar a los magistrados y no al pueblo como autor de la sentencia¹⁴⁸.

Ya que el poder reside en el pueblo soberano, no es compatible con la finalidad de persuasión -que en último término persigue una legitimidad democrática- que el juez y el legislador se atribuyan a sí mismos un poder propio. Al respecto KAHN habla de una representación tripartita en la sentencia, ya que en ella el pueblo es el autor de la ley, el narrador de la sentencia, y el lector de ella, pues al pueblo ésta va dirigida¹⁴⁹. Por este motivo, cobra relevancia que la postura de mayoría en la sentencia, logre expresar aquellos valores que la comunidad en su conjunto ha decidido asumir como propios, de esa manera será más fácil la identificación de su autoría, al mismo tiempo que así se evitará que esta sea cuestionada, pues se considerará como justa¹⁵⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, debe asumirse como un factor dado, el dinamismo de la realidad fáctica y moral de la comunidad frente a la permanencia de los textos normativos, lo que evidentemente genera una tensión en el cumplimiento de la labor jurisdiccional. Esta tensión debe ser resuelta por la Corte por medio de la interpretación de la ley, de modo de generar un nexo entre cada extremo. O sea, ha de valerse de un mecanismo retórico para persuadir a la comunidad -en los márgenes del Estado de Derecho Constitucional y Democrático- a fin de que la ley puede ser leída con un

¹⁴⁷ KAHN, Paul W. Construir el caso... *Op. cit.* (134), p. 149

¹⁴⁸ KAHN, Paul W. Construir el caso... *Op. cit.* (134), pp. 151- 152

¹⁴⁹ KAHN, Paul W. Construir el caso... *Op. cit.* (134), p. 152. El autor hace una distinción con la interpretación constitucional, pues en ella el pueblo deja de aparecer como un narrador en primera persona plural (deja de hablar con la voz "nosotros"), para asumir un narración en tercera persona (en referencia al poder constituyente),

¹⁵⁰ KAHN, Paul W. Construir el caso... *Op. cit.* (134), p. 154

contenido regulatorio vigente, siendo posible aplicarla respecto de conflictos jurídicos actuales¹⁵¹.

II. I. Instrumentalización del derecho administrativo para garantizar o promover derechos colectivos.

Desde una perspectiva histórica del derecho administrativo, es posible comprender los actuales y recientes cambios en las fronteras del actuar de la Administración, pues ellos se explican precisamente por la evolución que ha tenido esta disciplina a lo largo del tiempo. Lo que por cierto no obsta a que las diversas etapas o fases por las cuales transcurrió, se encuentren de cierta manera superpuestas en el presente. Así, es posible hablar de un derecho administrativo clásico, luego uno moderno y, finalmente, una concepción contemporánea del mismo¹⁵².

Actualmente hay una notable expansión cualitativa y cuantitativa del derecho administrativo a partir de las últimas décadas, lo cual ha afectado sus fundamentos mismos. Por ello, es que algunos han sostenido que urge una actualización de su “sistema científico/ operativo” y de sus límites¹⁵³. Esta expansión podría tener su origen en al menos tres caracteres que colapsan¹⁵⁴, a saber:

¹⁵¹ KAHN, Paul W. Construir el caso... *Op. cit.* (134), pp. 175- 176 y 282

¹⁵² BARNES, Javier. Transformaciones (científicas) del derecho administrativo. Historia y retos del derecho administrativo contemporáneo [en línea] Editorial Derecho Global- Global Law Press, Serie Roja: Cuadernos universitarios de derecho administrativo, (Sevilla, España, 2011) <<http://es.globallawpress.org/wp-content/uploads/Transformaciones-cient%C3%ADficas-del-Derecho-Administrativo.-Historia-y-retos-del-Derecho-Administrativo-contempor%C3%A1neo.pdf>> [Consulta: 4 de noviembre de 2017], p. 18

¹⁵³ BARNES, Javier. Transformaciones (científicas)... *Op. cit.* (152), p. 6

¹⁵⁴ BARNES, Javier. Transformaciones (científicas)... *Op. cit.* (152), p. 6. El autor les denomina “desbordamiento de los diques”, para aludir a la necesaria redefinición de los límites tradicionales

i. El derecho administrativo es un derecho nacional. Hoy, la acción administrativa es supranacional o supraestatal o global.

ii. Es un derecho del Poder Ejecutivo y de la Administración en general, cuando ésta ejerce una potestad pública. Sin embargo, hay actividad administrativa no vinculante. En ese sentido, es ajena al poder o autoridad pública; y, además, hay prestaciones directas de servicios por parte de los privados.

iii. La Administración del Estado tiene un rol ejecutivo y de subordinación a la ley, pues cumpliría un papel meramente de aplicación. No obstante, también ejerce acciones de dirección y de diseño de políticas públicas.

Lo anterior trae como consecuencia que, por ejemplo, el derecho administrativo deje de ser únicamente forense, centrado en el control judicial, puesto que hay otras estructuras y controles previos. Y que su contenido pase de ser negativo a positivo. Es decir, de lo prohibido a lo prestacional, y a su subsecuente pretensión de eficacia¹⁵⁵.

En una breve reseña de cada etapa del derecho administrativo, podrían indicarse como rasgos distintivos los siguientes¹⁵⁶:

i. En el período inicial o clásico del derecho administrativo, que abarca desde el siglo XIX, sólo era un derecho de la defensa individual¹⁵⁷. Se trata principalmente de la protección de los derechos de los individuos frente al poder estatal. Como su contenido es negativo, se le ha llamado “derecho de la luz roja”, para así representar gráficamente el sometimiento de la Administración a la ley; la vigencia de los principios de legalidad y de reserva de ley; y, la tutela judicial de los derechos subjetivos públicos frente a la actuación estatal¹⁵⁸. El control judicial, en este caso, se ha centrado en la actividad

del derechos administrativo, a través de los cuales “señas de identidad” o “caracteres típicos”, en palabras del mismo BARNES.

¹⁵⁵ BARNES, Javier. Transformaciones (científicas)... *Op. cit.* (152), p. 18

¹⁵⁶ BARNES, Javier. Transformaciones (científicas)... *Op. cit.* (152), pp. 18- 19

¹⁵⁷ BARNES, Javier. Transformaciones (científicas)... *Op. cit.* (152), p. 18

¹⁵⁸ BARNES, Javier. Transformaciones (científicas)... *Op. cit.* (152), p. 19

“externa” de la Administración. En otras palabras, en el acto mismo exteriorizado como acto terminal o definitivo¹⁵⁹.

ii. Más tarde, desde mediados del siglo XX, el derecho administrativo moderno se caracterizó por ser un derecho de la defensa colectiva¹⁶⁰. En esta etapa se tutelan los derechos, principios y valores de carácter colectivo. Todo lo cual surge en un contexto histórico de industrialización en aumento, una incipiente clase media, y la asunción y consolidación del Estado de Bienestar. El sistema regulatorio se vuelve más complejo e intenso a partir del desarrollo de normas eminentemente administrativas de carácter técnico y la inclusión de procedimientos de participación ciudadana, sobre todo en la elaboración de políticas públicas¹⁶¹.

Como desenlace natural, el control judicial pasa a centrarse en la actividad “interna” de la Administración. Esto es, en las actuaciones previas a la dictación del acto administrativo terminal¹⁶².

iii. Durante la etapa contemporánea, el derecho administrativo se ha caracterizado por ser un derecho de la cooperación y de la corresponsabilidad, con transferencias de tareas hacia el sector privado¹⁶³. Se ha dicho que esta fase corresponde a la del “trabajo común”, en tanto por una parte requiere de la cooperación interadministrativa o entre las diferentes agencias del Estado y, por otra, de la colaboración del sector privado¹⁶⁴, a la cual se le ha calificado como relación de dependencia recíproca y de la corresponsabilidad regulada¹⁶⁵.

¹⁵⁹ BARNES, Javier. Transformaciones (científicas)... *Op. cit.* (152), p. 20

¹⁶⁰ BARNES, Javier. Transformaciones (científicas)... *Op. cit.* (152), pp. 18- 19

¹⁶¹ BARNES, Javier. Transformaciones (científicas)... *Op. cit.* (152), p. 21

¹⁶² BARNES, Javier. Transformaciones (científicas)... *Op. cit.* (152), p. 22

¹⁶³ BARNES, Javier. Transformaciones (científicas)... *Op. cit.* (152), p. 19

¹⁶⁴ BARNES, Javier. Transformaciones (científicas)... *Op. cit.* (152), p. 22

¹⁶⁵ BARNES, Javier. Transformaciones (científicas)... *Op. cit.* (152), p. 23

En esta última fase hay implícita una exigencia de eficacia. Se ha planteado al respecto que tras esta exigencia hay un “desafío científico”¹⁶⁶, en tanto existen problemáticas que desde las ciencias del derecho, de las ciencias políticas y de la administración podrían abordarse.

El escenario se complejiza debido a que existe una cadena regulatoria, de normas de derecho administrativo, entre el legislativo y el ejecutivo¹⁶⁷, y una participación conjunta de actores públicos y privados, cada uno actuando desde sus respectivos ordenamientos jurídicos, por lo que urge una complementación entre ambas ramas del derecho.¹⁶⁸ En tal sentido, debe evitarse una relación disyuntiva y excluyente entre ellas. Con todo, su correspondencia no requiere necesariamente de reformas legislativas¹⁶⁹.

Desde otro punto de vista, es posible afirmar que en esta última etapa es también sostenible que el derecho administrativo ha mutado de ser un derecho de la luz roja a un derecho de la luz verde¹⁷⁰. Es decir, desde un derecho de la tutela individual de derechos y de un contenido mínimo, de regulaciones de prohibición o de contenido negativo; a un derecho de contenido positivo, preocupado de la consecución de la eficacia y eficiencia en la prestación de servicios, así como en la elaboración y aplicación de regulación sectorial adecuada¹⁷¹.

¹⁶⁶ BARNES, Javier. Transformaciones (científicas)... *Op. cit.* (152), pp. 28, 48 y siguientes. El autor enuncia y trata en detalle las estrategias metodológicas que propone incorporar el derecho de la luz verde, así: diálogo con la política regulatoria; el diálogo científico con las ciencias auxiliares y afines; llama a la prudencia respecto de los conceptos no científicos y la conveniencia de reelaborar los conceptos jurídicos administrativos; realizar un análisis comparado sobre el tráfico de instituciones administrativas que son consecuencia de exportaciones/importaciones o herencias culturales; y, finalmente, la elaboración y sistematización de parámetros de la actuación administrativa.

¹⁶⁷ BARNES, Javier. Transformaciones (científicas)... *Op. cit.* (152), p. 28

¹⁶⁸ BARNES, Javier. Transformaciones (científicas)... *Op. cit.* (152), p. 35

¹⁶⁹ BARNES, Javier. Transformaciones (científicas)... *Op. cit.* (152), p. 43

¹⁷⁰ Para analizar una visión esquematizada de la distinción entre el derecho de la luz roja y el derecho de la luz verde, y también su tránsito evolutivo a través del tiempo *Vid.* MONTT OYARZÚN, Santiago. Autonomía y responsividad... *Op. cit.* (12)

¹⁷¹ BARNES, Javier. Transformaciones (científicas)... *Op. cit.* (152), p. 45

II. II. Implicancias de la ejecución de las políticas públicas en la concreción de los derechos sociales

Consideramos de toda lógica, el hecho de que la gestión de calidad del servicio prestacional estatal deba compatibilizarse con el enfoque de derechos sociales. Pues si existe un equilibrio entre los derechos fundamentales- constitucionalmente garantizados- con las políticas públicas, ello se traducirá en cumplimiento de obligaciones positivas o el deber de otorgar prestaciones sociales por parte del Estado, en favor de los individuos en general, como cuerpo social¹⁷².

Por consiguiente, para conseguir esta tan anhelada calidad de la política pública, en términos de LAHERA, se hace necesaria la calidad de las instituciones gubernamentales en su estructuración misma, en los procesos de representación de su conformación y en la participación ciudadana. Todo ello a fin de democratizar el conjunto de fases en el diseño y ejecución de las políticas públicas¹⁷³.

En América Latina en general, luego de los procesos de transición a la democracia, se aprecia que el Estado asumió roles de protección social y roles de regulación de los diferentes mercados, con el consecuente incremento del gasto público. Esto conllevó un cambio de paradigma en la ejecución de las políticas públicas, pues estas acciones implicaron que se le restase terreno al pleno funcionamiento del modelo económico imperante hasta la fecha, que gozaba de marcadas características liberales¹⁷⁴. Esta concepción del Estado establece una estrecha relación entre los

¹⁷² ERAZO, Álvaro. La gestión pública y la reforma del Estado: La concreción de los derechos sociales [en línea] Revista Políticas Públicas, USACH, Volumen 3, N° 2, 2013, pp. 91- 103 <<http://www.revistas.usach.cl/ojs/index.php/politicas/article/viewFile/1023/974>>

¹⁷³ ERAZO, Álvaro. La gestión pública... *Op. cit.* (172), pp. 91- 92

¹⁷⁴ ERAZO, Álvaro. La gestión pública... *Op. cit.* (172), p. 93

derechos fundamentales y el progreso¹⁷⁵. De este modo, se comienza a abandonar la creencia de que los derechos públicos subjetivos y la división de poderes del Estado son una estrategia de limitación y estructuración del poder; y se adopta la postura que ellos sirven a la generación de espacios de libertad¹⁷⁶. De ahí la relevancia de plasmar constitucionalmente un sistema de derechos y específicos mecanismos de protección de los mismos para hacerlos efectivos. Pues la mayor o menor funcionalidad de dichos mecanismos están en relación directamente proporcional con la mayor o menor protección de los derechos sociales¹⁷⁷.Correspondiendo a una decisión política el robustecimiento de este sistema de derechos.

Desde el término de la dictadura en Chile hasta la actualidad, comenzó a agudizarse un creciente enfoque técnico por parte de los expertos en políticas públicas, focalizándose especialmente en aspectos de orden económico¹⁷⁸. Lo cual generó un evidente malestar en las elites políticas tradicionales que, hasta antes de la década de los 90, radicaban en su excluyente sector la adopción de este tipo de decisiones¹⁷⁹. Con todo, es innegable la relación recíproca existente entre derecho y política, como esferas que se van constituyendo, como ocurre con la institución de nuevos derechos, tradiciones jurídicas y sujetos de derecho; la movilización del derecho y de sus profesionales en la conformación de causas públicas, entre otros¹⁸⁰.

¹⁷⁵ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. Derechos fundamentales y gobernabilidad. Seminario internacional sobre instituciones y desarrollo, [en línea], USACH, septiembre de 2015, p. 1 <<http://www.revistas.usach.cl/ojs/index.php/politicas/article/viewFile/2542/2330>>

¹⁷⁶ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. Derechos fundamentales... *Op. cit.* (175), p. 2

¹⁷⁷ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. Derechos fundamentales... *Op. cit.* (175), pp. 5- 6

¹⁷⁸ DÁVILA, Mireya y SOTO SOUTULLO, Ximena. ¿De qué se habla cuándo se habla de políticas públicas? Estado de la discusión y actores en Chile [en línea] Revista Chilena de Administración Pública, N° 17, 2011, p. 7 <<http://www.revistas.uchile.cl/files/journals/48/articles/15590/submission/copyedit/15590-43183-1-CE.pdf>>

¹⁷⁹ DÁVILA, Mireya y SOTO SOUTULLO, Ximena. ¿De qué se habla... *Op. cit.* (178), p. 7

¹⁸⁰ VECCHIOLI, Virginia. Profesionales del derecho, activismo jurídico y creación de nuevos derechos. Hacia una mirada comprensiva del derecho desde las ciencias sociales [en línea] En:

La influencia de la tecnocracia y del conocimiento económico experto ha sido cada vez más dominante a nivel gubernamental, incluso extendiéndose a la enseñanza de las políticas públicas en el país, y a la discusión cada vez más frecuente en los principales centros de estudio chilenos o *think tank*.¹⁸¹ Por ejemplo, en la aproximación al problema público efectuada a través de lógicas económicas, como el análisis costo-beneficio, o el análisis de recursos, eficiencia y eficacia¹⁸².

La repercusión que este nuevo criterio tuvo en sede administrativa, se plasmó en la mayor propensión a la justicia social en una etapa anterior a la labor de los tribunales en general. No obstante, no deja de resultar paradójico que esta anticipación del Ejecutivo- y también del legislativo en coordinación, sobretodo en casos de mayoría política partidista del gobierno de turno en sede parlamentaria- en la materialización de justicia social, no consiguió evitar la judicialización de los derechos sociales. Ya que fue el mismo nuevo perfil de Estado¹⁸³, como proteccionista y garantista, que implicó la asunción de tareas que no siempre es capaz de satisfacer plenamente con el aparataje estatal. O bien, no lo logra de manera óptima y eficaz, respecto de ciudadanos empoderados con expectativas en cuanto al rol que desempeña el Estado, debido a que el Estado logra materializar los derechos fundamentales a través de prestaciones, que a su vez son ideadas por políticas públicas¹⁸⁴. Un ejemplo claro de lo anterior está dado

Revista Política, Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile, volumen 49, N° 1, 2011, p. 5 <<http://www.revistapolitica.uchile.cl/index.php/RP/article/viewFile/16268/16850>>

¹⁸¹ DÁVILA, Mireya y SOTO SOUTULLO, Ximena. ¿De qué se habla... *Op. cit.* (178), pp. 8, 16, 22 y 24. Las autoras comentan que estos centros de estudios suelen encontrarse muy ligados a partidos políticos, por lo que los resultados de los estudios tienen un notorio sesgo ideológico, por ejemplo en lo relativo a las cuestiones de costo- beneficio estudiadas por los *decisión makers*, que oscilan en la dicotomía experticia técnica y el rol político ideológico. Verificada la injerencia política partidista y el necesario conocimiento especializado, se cuestionan acerca del rol real de los ciudadanos y grupos intermedios en las discusiones sobre la adopción y desarrollo de políticas públicas.

¹⁸² DÁVILA, Mireya y SOTO SOUTULLO, Ximena. ¿De qué se habla... *Op. cit.* (178), p. 24

¹⁸³ Al respecto, el autor Álvaro Erazo habla del “reposicionamiento del rol del Estado”. En: ERAZO, Álvaro. La gestión pública... *Op. cit.* (172), p. 92

¹⁸⁴ ERAZO, Álvaro. La gestión pública... *Op. cit.* (172), p. 93

por el proceso de Reforma a la Salud en Chile a través del Plan AUGE¹⁸⁵ y las consecuentes acciones contra el Estado por garantías no cubiertas en esta misma materia.

Por otra parte, la judicialización de los problemas sociales derivados de ineficientes políticas públicas también se condice con otro factor relevante. Tal es el trabajo profesional de los abogados en las movilizaciones políticas y sociales. Lo que se ha denominado la “abogacía comprometida”¹⁸⁶. El eje de su defensa responde a un determinado contexto histórico nacional. Por ejemplo, en Francia, durante la década de los 70 en materia laboral. En igual período, en Estados Unidos, grupos de abogados defendieron a los excluidos del *establishment*, o a trabajadores accidentados durante su jornada laboral. En América Latina, la defensa de los presos políticos durante la dictadura, etc.¹⁸⁷ A estas redes formales o informales de cooperación, entre abogados con ciertos sectores desfavorecidos de la comunidad, en un momento histórico determinado, también se les denominó *cause lawyer* o abogados de causas¹⁸⁸. En la actualidad, las temáticas que defienden estas agrupaciones, principalmente dicen relación con la defensa de igualdad de salarios entre hombres y mujeres, defensa contra el maltrato animal, la abolición de la pena de muerte, entre otros. Por ejemplo, en Brasil, causas asociadas a la defensa de derechos humanos, en materia de derechos ambientales, derechos indígenas y derechos de los sin tierra¹⁸⁹.

¹⁸⁵ ERAZO, Álvaro. La gestión pública... *Op. cit.* (172), p. 93

¹⁸⁶ RÍOS PETRARCA, Fernanda. Los derechos humanos se conquistan en la lucha, igualdad racial, activismo jurídico y la defensa de las causas colectivas en el sur de Brasil [en línea] En: Revista Política, Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile, volumen 49, N° 1, 2011, p. 200 <<http://www.revistapolitica.uchile.cl/index.php/RP/article/viewFile/16745/17441>>

¹⁸⁷ RÍOS PETRARCA, Fernanda. Los derechos humanos... *Op. cit.* (186), p. 200

¹⁸⁸ RÍOS PETRARCA, Fernanda. Los derechos humanos... *Op. cit.* (186), p. 201

¹⁸⁹ RÍOS PETRARCA, Fernanda. Los derechos humanos... *Op. cit.* (186), p. 202. La autora cita al Estudio Engelman de 2006, que da cuenta de las causas interpuestas contra el Estado de Brasil, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, durante el período que abarca desde 1970 a 2005.

II. III. Perspectiva del activismo judicial en la Corte Suprema como paliativo a la inejecución de políticas públicas adecuadas

Concordamos con aquel sector de la doctrina, que considera que un modelo moderno de impartición de justicia, ha de ser capaz de dictar sentencias conforme a normas y a principios que subyacen a la legislación, sobre todo en caso de silencio de la ley, debido a que no pueden excusarse de resolver. Además, el ejercicio de la función jurisdiccional debe ser democrático, en el entendido que debe existir una abstinencia política de los jueces y una observancia genuina a las fuentes del derecho¹⁹⁰.

Con todo, se constata un fenómeno particularmente reciente, que se ha incrementado desde finales del siglo XX, conforme al cual los tribunales han intervenido en el sistema político. Se le ha denominado Fenómeno de la judicialización de la política¹⁹¹. En América Latina ha desempeñado un importante rol principalmente en torno a dos cuestiones: (1) Transiciones a la democracia; y, (2) Influencia en la formulación de políticas públicas.

Cabe entonces preguntarse cuál es el rol de los jueces cuando interpretan el derecho administrativo, porque como los tribunales de justicia son los encargados de interpretar las leyes reguladoras, generalmente terminan participando del proceso de reforma de la regulación. Aun cuando no sean los naturalmente llamados a hacerlo. Y es que cuando la regulación no funciona o lo hace deficientemente, la interpretación legal

¹⁹⁰ VERGARA BLANCO, Alejandro. Los jueces en la era del derecho democrático. Especialización, principios y activismo judicial [en línea] En: Revista Centro de Políticas Públicas, Universidad Católica de Chile, Temas de agenda pública, año 10, N° 83, noviembre de 2025, p. 1 <<http://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2016/01/N%C2%BA-83-Los-jueces-en-la-era-del-derecho-democr%C3%A1tico.pdf>>

¹⁹¹ HERRERO, Álvaro. La incidencia de la Corte Suprema de Justicia en la formulación de políticas públicas: Una exploración empírica del caso argentino [en línea] En: Revista Política, Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile, volumen 49, N° 1, 2011, pp. 71- 106 <<http://www.revistapolitica.uchile.cl/index.php/RP/article/viewFile/16311/16917>>, p. 73

se erige como una herramienta para superar este inconveniente. Por lo que el rol interpretativo del tribunal no se va a circunscribir a determinar el sentido y alcance de una ley o a delimitar el significado de una figura jurídica. Sino que también va a participar de la evolución del derecho administrativo, a través de la relectura de la su regulación¹⁹².

II. III. 1. Transiciones a la democracia

La actuación de los tribunales ha sido independiente; controlando a los demás poderes del Estado; juzgando las violaciones a los derechos humanos cometidas durante gobiernos militares; vigencia del Estado Constitucional de Derecho; investigación de hechos de corrupción; entre otros¹⁹³.

Se ha dicho que una política de derechos humanos sólo puede ser una política de promoción de la democracia, pues estos derechos son elementos constitutivos del orden político y civil, de manera tal que es posible encontrarlos tanto en las normas legales y en las prácticas de gobierno como en las decisiones judiciales¹⁹⁴.

¹⁹² SUNSTEIN, Cass R. La revolución en... *Op. cit.* (58), p. 109. Sunstein cuestiona que en la tarea interpretativa de la ley, los tribunales se encuentren obligados a diferentes cuestiones- que fueron ampliamente aceptadas en el pasado- tales como: la adhesión al significado literal y a la intención original de la ley, de modo invariable en el tiempo; a que se les conciba a los tribunales como agentes fieles al legislador; que las controversias que suscite la aplicación de políticas públicas constituyan materias vedadas para la labor judicial interpretativa; y, que la interpretación en base a principios se encuentre en desuso, por considerarse que carece de utilidad práctica. En consecuencia, bajo estas concepciones, se le permite al tribunal utilizar únicamente como herramientas de interpretación: el lenguaje, la estructura y la historia de la disposición.

¹⁹³ HERRERO, Álvaro. La incidencia de la Corte Suprema... *Op. cit.* (191), p. 74

¹⁹⁴ GUILHOT, Nicolás. ¿Limitando la soberanía o produciendo gobermentalidad? Dos modelos de Derechos Humanos en el discurso político de Estados Unidos [en línea] En: Revista Política, Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile, volumen 49, N° 1, 2011, pp. 233- 234 <www.revistapolitica.uchile.cl/index.php/RP/article/download/16746/17442>

II. III. 2. Influencia en la formulación de políticas públicas

La capacidad de la Corte Suprema de involucrarse ha sido inversamente proporcional al grado de cohesión política entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. Pues mientras más controlados se encuentren estos poderes por una misma fuerza o colisión de partidos políticos, menos injerencia efectiva o capacidad real tendrá la influencia de la Corte. Otros en cambio, han sostenido que empíricamente está demostrado que mientras mayores sean las probabilidades que el Presidente de la República continúe en el poder por un nuevo período- esto es, el escenario electoral favorece al grupo político que ostenta el poder en el gobierno de turno- disminuyen los fallos en contra del Ejecutivo.¹⁹⁵

El objetivo actual de los derechos humanos ya no consiste en limitar la soberanía desde afuera- desde el derecho internacional- sino que generar gubernamentalidad desde adentro. Es decir, constituir una forma autolimitada de gobierno. Algunos sostienen que se trataría de una nueva clase o tipo de Estado, donde los derechos humanos son un tema de democracia. En Estados Unidos esto es más claro, pues se encuentra estrechamente vinculado con su historia constitucional¹⁹⁶, ya que se persiguió producir centros de poder, en lugar de utilizar estos derechos para oponerlos frente al poder estatal, como en Europa¹⁹⁷.

¹⁹⁵ HERRERO, Álvaro. La incidencia de la Corte Suprema... *Op. cit.* (191), p. 75

¹⁹⁶ GUILHOT, Nicolás. ¿Limitando la soberanía... *Op. cit.* (194), p. 238. El autor comenta lo dicho por Hannah ARENDT, para quien la pregunta que dio inicio al proceso constituyente norteamericano no fue “¿cómo podemos limitar el poder?”, sino que “¿cómo podemos establecer la libertad?”

¹⁹⁷ GUILHOT, Nicolás. ¿Limitando la soberanía... *Op. cit.* (142), p. 238. El autor nuevamente se refiere a la conceptualización de Hannah ARENDT, para quien los centros de poder a nivel de grupos intermedios se agrupaban bajo el término de “multitud organizada”.

La perspectiva que se pretende abordar dice relación con la justiciabilidad de los derechos colectivos, para demostrar cómo la tutela individual se ha desvirtuado en su fin para dar solución a problemas sociales. Se destaca la evolución jurisprudencial en la materia, en el sentido de hacer patente cómo con mayor frecuencia los constantes votos disidentes, a favor de re diseñar políticas públicas¹⁹⁸ u ordenar su ejecución a órganos de la Administración del Estado, se volvieron votos de mayoría. Es decir, cómo las Cortes paulatinamente han asumido un rol que naturalmente no está concebido para el ejercicio de sus funciones y que, en ocasiones, podría considerarse que se extralimita de su competencia.

Cabe preguntarse ¿Qué atributo es el que hace calificar una sentencia judicial de activista? ¿Cuál es el límite competencial de las decisiones judiciales? *A priori*, claro está que las injerencias entre poderes merecen reparos en el Estado de Derecho Constitucional Democrático. Pues no puede olvidarse que los jueces no poseen legitimidad democrática representativa al no ser electos, que gozan de independencia horizontal y vertical, y que no cuentan con responsabilidad política.

Por otra parte, puede ocurrir que como el juez falla teniendo a la vista que su decisión podrá remediar un problema social, elabore un razonamiento que escape al derecho o que vaya más allá de él, por este mismo trasfondo social¹⁹⁹. Ahora, si el juez

¹⁹⁸ Por ejemplo, en Corte Suprema Rol N° 2272- 2013, caratulada “Nelly del Carmen Urra Caro y otros contra Alcalde Municipalidad de Rancagua”, la Corte conociendo de la apelación de una sentencia de protección, ordenó a la I. Municipalidad de Rancagua, modificar el trazado de una ciclovia hacia el sector que le parecía no era arbitrario y no afectaba los antejardines de los vecinos recurrentes, aun cuando los costos del nuevo diseño e implementación resultaran más costosos para la Administración. El considerando 8° dispuso “*Octavo: Que consecuencia de lo razonado es que este tribunal estima que las obras destinadas a emplazar la ciclovia mencionada en el lugar determinado por el municipio envuelve un acto arbitrario, que conlleva el sacrificio de lo que con esfuerzo y dedicación los vecinos recurrentes han consolidado a lo largo de los años, en desmedro de recuperar una franja de terreno abandonada y huérfana de toda preocupación y mejora, siendo una indesmentible muestra de irracionalidad, lo que lleva a esta Corte a la necesidad de otorgar la protección demandada.*”

¹⁹⁹ El Ministro Sr. Sergio MUÑOZ, en voto disidente, en Corte Suprema Rol N° 1785- 2012, Tercera Sala, de 30 de mayo de 2012, caratulada Pavéz Lillo María contra Ilustre Municipalidad De Pucón, sostuvo “*el tema asumido por la judicatura al conocer de este recurso se excede con mucho el*

privilegia la aplicación de reglas morales por sobre las jurídicas y democráticas, pierde sentido el proceso político en que tales normas fueron adoptadas. Así, en el debate parlamentario, donde se discutió y se arribó a consensos respecto de las leyes que deben regir un determinado asunto; o en los órganos administrativos que cuentan con potestad discrecional técnica en la dictación de sus actos administrativos normativos o decisionales.

Ahora bien, en términos abstractos, la afirmación anterior no se vislumbra tan claramente si consideramos que el Tribunal plasma en la sentencia un razonamiento jurídico profundo, más allá de sus percepciones personales acerca de lo justo. Con todo, es necesario preguntarse si es dable o posible que en el plano de realidad, los jueces puedan fallar abstrayéndose de sus consideraciones subjetivas acerca de lo justo, lo correcto, lo moralmente deseable, de sus convicciones políticas, entre otros. La existencia de este pre-juzgamiento de la realidad parece imposible de ser apartado. No parece razonable. Sería como pretender que el juzgador perdiese su identidad, o se desprendiese de su experiencia de vida o de sus concepciones valóricas, para atender a apreciaciones puramente objetivas. Siempre habrá un “punto de arranque”, en palabras de WEBER. Por lo que más bien, habría que enfocar esta disyuntiva desde la pregunta de cómo conciliar la independencia judicial por una parte, y la democracia, por otra²⁰⁰. Y si en medio de la creciente desconfianza en el sistema político partidista, la

análisis simple del juego de normas constitucionales, es mucho más complejo, es la vida misma (...).”

²⁰⁰ Rodolfo VÁZQUEZ ha reflexionado a este respecto señalando que “(...) si se parte de la idea de que el juez sólo se limita a aplicar la ley o la Constitución sin valorarla, la falta de legitimidad democrática del juez parecería no ser relevante. Su actividad sería la de un técnico o la de un científico, y éstos no son seleccionados por el voto mayoritario. Pero si se acepta que la tarea del juez es sustancialmente valorativa —ponderación de los principios básicos de moralidad social y en los distintos pasos de la interpretación jurídica— surge la siguiente pregunta: ¿Quién es un juez para sustituir al pueblo en general y a sus órganos más directamente representativos en tales valoraciones?”. En: VÁZQUEZ, Rodolfo. Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario [en línea] En: Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, N° 44, 2010, p. 254 <<http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/506/596>> [Consulta: 09 de junio de 2017]

ciudadanía vuelca sus inquietudes y expectativas en los jueces²⁰¹, pasan a constituirse o no en un posible factor de equilibrio para la gobernabilidad democrática²⁰².

II. IV. Consideraciones conceptuales previas en torno al activismo judicial

II. IV. 1. Nociones acerca del activismo judicial

Primero, hemos de convenir que desde las distintas corrientes doctrinales, las críticas al activismo judicial suelen coincidir en que éste supone una afectación a la democracia, una alteración de los roles institucionales dentro del sistema político, y que desvirtúa la aplicación de las teorías jurídicas de interpretación normativa y función jurisdiccional. Por ende, el concepto que se dé del mismo va a depender precisamente qué entienda cada corriente *ius* filosófica sobre estas figuras²⁰³.

Aquí constatamos la tensión que se produce en la confrontación entre la concepción democrática formalista y el deber de auto restricción judicial a partir del principio de separación de poderes, versus su aceptación sin contrapesos democráticos,

²⁰¹ Christian VIERA sostiene “(...) cuando se observan claros síntomas de agotamiento de una determinada institucionalidad, y la clase política e instituciones no asumen protagonismo para enfrentar las dificultades, es inevitable que se produzcan fisuras a los esquemas tradicionales. Por ejemplo, en relación a los derechos sociales, no ha habido voluntad política para generar un desarrollo sustantivo de estos derechos asociados a la dignidad humana y han sido los Tribunales los cuales han hecho un reconocimiento directo de su estatuto material”. En: VIERA ÁLVAREZ, Christian. ¿Hacia el gobierno de los jueces? José Francisco García - Sergio Verdugo [en línea] En: Revista Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca Activismo judicial en Chile, Año 12, N° 2, 2014, p. 309, <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v12n2/art11.pdf>> [Consulta: 21 de julio de 2017]

²⁰² VÁZQUEZ, Rodolfo. Justicia constitucional, derechos... *Op. cit.* (200), p. 251

²⁰³ Así lo señalan los profesores José Francisco García y Sergio Verdugo. En: GARCÍA GARCÍA, José Francisco y VERDUGO RAMÍREZ, Sergio. Activismo Judicial en Chile ¿Hacia el gobierno de los jueces?, Santiago, Chile, Ediciones LyD, 2013, pp. 24- 25

como mecanismo eficiente para lograr la salvaguarda de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y la defensa de las minorías²⁰⁴.

Para algunos, como los profesores José Francisco GARCÍA y Sergio VERDUGO²⁰⁵, la función jurisdiccional consiste en aplicar la Constitución y las normas dictadas conforme a ella- que en último término son expresión de la voluntad soberana-. Si no se encuentra prevista una solución normativa clara y objetiva, será una situación excepcional, que en virtud del principio de inexcusabilidad igualmente deberá fallarse, sin alterar el sistema político. Resulta relevante la exteriorización del razonamiento jurídico que permitió al juez arribar a una determinada solución de la controversia jurídica. Ésta revela una lógica argumental jurídica objetiva y le otorga la legitimidad de la decisión judicial, al manifestarse conforme al ordenamiento jurídico vigente. Una decisión judicial contraria al consenso democrático no será la regla general, y en caso de ocurrir, requerirá una fundamentación mayor.

Respecto a los tipos de activismo judicial, se ha clasificado en activismo fuerte y activismo moderado. El fuerte, se caracteriza por prescindir de lo dispuesto en las normas vigentes aplicables al caso en concreto. Ello ocurre por ejemplo, si se le atribuyen garantías no asociadas al derecho fundamental por el cual se incoa la acción de tutela. O bien, al derecho tutelado se le atribuye un contenido más amplio que el consagrado positivamente, es decir, se efectúa una interpretación extensiva que puede ser contra texto expreso. Mientras que en el moderado, los jueces fallan a favor de un derecho fundamental que es afectado indirectamente, pues expanden su contenido al encontrarse relacionado con otro derecho fundamental que es el vulnerado, pero que no

²⁰⁴ VÁZQUEZ, Rodolfo. Justicia constitucional, derechos... *Op. cit.* (200), 251- 252

²⁰⁵ En base a lo sostenido En: GARCÍA GARCÍA, José Francisco y VERDUGO RAMÍREZ, Sergio. Activismo Judicial... *Op. cit.* (203), p. 26

se encuentra protegido en el catálogo de derechos justiciables²⁰⁶. En ese caso, se ha dicho que hay una “sobreinterpretación” de derechos²⁰⁷.

Puede decirse que en la vereda opuesta al activismo judicial se encuentra el formalismo. Un juez es formalista cuando decide aplicar el tenor literal de ley, aun cuando ello conduzca a un resultado injusto. Pues estima que es competencia del Legislativo y no suya, la corrección de las leyes. El tribunal no olvidará la característica de generalidad de la ley al momento de interpretarla y aplicarla, por lo que no lo hará de manera diferente para el caso particular que conoce, aun cuando ello le condujese a una solución más adecuada²⁰⁸. En otras palabras, el tribunal formalista es aquel que prefiere la vigencia del imperio de la ley que la justicia material, la política correcta o la eficiencia del caso concreto. Esto, porque considerará que hay ciertos valores institucionales del sistema jurídico, que se engloban en el concepto de imperio de la ley, los cuales será indispensable preservar. Valores como la predictibilidad de la decisión judicial, la uniformidad en la aplicación de la ley, la igualdad de trato, y el temor a la discrecionalidad judicial absoluta o la arbitrariedad judicial. Los cuales se tensionan con la resistencia a hacer lo correcto en el caso particular²⁰⁹. De modo que hay una suerte de sacrificio de la justicia particular en aras a la pervivencia del derecho, entendiendo que su fuente principal son las normas generales.

En el razonamiento jurídico del juez formalista, la aplicación que hace del derecho se encuentra en el núcleo de la norma- el cual es claro, directo e indiscutible- y no

²⁰⁶ Esta clasificación es efectuada En: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. Activismo judicial en la obtención de cobertura adicional para enfermedades catastróficas: análisis jurisprudencial 2006- 2009, [en línea], Revista Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago, Chile, vol. 8, N° 1, 2010, p. 401 <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000100015> [Consulta: 17 de junio de 2017]

²⁰⁷ HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. Activismo judicial en la obtención... *Op. cit.* (206), p. 404

²⁰⁸ SCHAUER, Frederick. Pensar como un abogado: Una nueva introducción al razonamiento jurídico, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Colección Filosofía y Derecho, Madrid, España, 2013, p. 49

²⁰⁹ SCHAUER, Frederick. Pensar como un abogado... *Op. cit.* (208), p. 49

reconoce que, en ocasiones, está situado en sus contornos- que son difusos-. De tal manera, que niega tener la capacidad de elección de una interpretación en desmedro de otra, pues no se mueve en una variedad de alternativas de interpretación. Pues considera que arriba a su decisión desde el tenor literal de la norma. Pero lo que en realidad hace, es preferir fallar favoreciendo la forma de la norma jurídica, aunque ello implique obtener un resultado contrario a la justicia material en la resolución del caso. Dicho de otro modo, es más importante el significado de las palabras de una regla que la consecución de su finalidad última²¹⁰.

Con todo, como el formalismo implica legalismo, no siempre su práctica por los tribunales será perniciosa, puesto que contribuye a generar certeza jurídica. Puede que finalmente el razonamiento jurídico sea contraintuitivo, ya que por aplicación de un principio se conduzca a la decisión a un resultado injusto, pero que desde otra perspectiva, se muestra como correcta y beneficiosa si se proyectan sus efectos a los casos futuros²¹¹. Allí el juez habrá preferido aplicar el buen derecho a obtener un buen caso²¹².

II. IV. 2. Sobreinterpretación normativa de la Constitución

Para los autores mexicanos Miguel CARBONELL y Rubén SÁNCHEZ GIL, es ésta una condición del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico²¹³. En ese

²¹⁰ SCHAUER, Frederick. Pensar como un abogado... *Op. cit.* (208), pp. 45- 46

²¹¹ SCHAUER, Frederick. Pensar como un abogado... *Op. cit.* (208), pp. 24- 25

²¹² CORDERO VEGA, Luis. ¿Los jueces deben... *Op. cit.* (131)

²¹³ CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel y SÁNCHEZ GIL, Rubén. ¿Qué es la constitucionalización del derecho?, [en línea] Biblioteca Jurídica de Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2012, <<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/15/cnt/cnt3.pdf>> [Consulta: 1° de julio de 2017]

sentido, el activismo judicial debiese ser percibido como un síntoma, del constitucionalismo instalándose en Chile. Dichos autores, siguiendo a Riccardo GUASTINI, afirman que se trata de un proceso de transformación del ordenamiento jurídico que resulta “impregnado” por la normativa constitucional. Es decir, con alcance “invasor” que “condiciona” desde la jurisprudencia, la doctrina, los agentes políticos, hasta las relaciones sociales de la ciudadanía. Pues bien, se trata de un tránsito en que la Constitución pasa de ser un “orden marco” que impone restricciones al Estado, a un “orden fundamental”, cuyas limitaciones alcanzan incluso a la esfera privada de actuación.²¹⁴ Los principales elementos que contribuyen a este proceso, se identifican a la rigidez y a la garantía jurisdiccional de la Constitución, ya que permiten que su contenido no sea alterado por mecanismos ordinarios, de modo que así ejerce su influencia sobre todo el ordenamiento jurídico²¹⁵.

La sobreinterpretación constitucional ha sido concebida como una modalidad hermenéutica que permite otorgarle a su texto un significado constitucional posterior y diferente al que tuvo a la vista el constituyente originario. Esto es, el texto pierde su tenor literal, volviéndose su sentido y alcance extensivo.²¹⁶ Ello permite, por ejemplo, que se entiendan como consagrados a derechos fundamentales implícitos, no enumerados o innominados²¹⁷. A título ilustrativo, en Chile, hay un relativo consenso en la consagración constitucional del derecho de acceso a la información pública como un derecho

²¹⁴ CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel y SÁNCHEZ GIL, Rubén. ¿Qué es la constitucionalización... *Op. cit.* (213), 33- 34

²¹⁵ CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel y SÁNCHEZ GIL, Rubén. ¿Qué es la constitucionalización... *Op. cit.* (213), 34

²¹⁶ CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel y SÁNCHEZ GIL, Rubén. ¿Qué es la constitucionalización... *Op. cit.* (213), 35- 36

²¹⁷ Sobre una teoría a favor del reconocimiento de los derechos implícitos *Vid.* BIDART CAMPOS, Germán J. Los derechos... *Op. cit.* (101), p. 61. Y GUASTINI, Riccardo. Derechos implícitos... *Op. cit.* (103)

fundamental, en el artículo 19 N° 12 ²¹⁸ que establece el derecho a la libertad de expresión, puesto que se le concibe como una condición *sine qua non* del mismo²¹⁹.

Lo relevante de la sobreinterpretación constitucional, es que trae aparejado que ninguna decisión jurídica quede al margen de la Constitución. O sea, bajo esta óptica no habrían espacios constitucionalmente vacíos, pues se reconoce que la Carta Fundamental es portadora de valores, que los mencionados autores reconocen como “cotos de la acción estatal”, estableciéndose un “orden axiológico objetivo” ²²⁰. Dando paso a lo que se ha llamado el efecto de irradiación de la Constitución, en contraposición al efecto de líneas directrices de la misma, en los ordenamientos jurídicos no constitucionalizados²²¹.

Además de la sobreinterpretación de la Constitución, CARBONELL y SÁNCHEZ GIL abordan otros elementos, que no es del caso analizar aquí, pero que sí cabe enunciarlos como configurativos del fenómeno del constitucionalismo: fuerza vinculante de la

²¹⁸ El voto disidente del Ministro Sr. Sergio MUÑOZ, en Corte Suprema Rol N° 2788- 2012, señala en su Considerando 6° “*Que el derecho al acceso a la información pública encontró su reconocimiento positivo en nuestra Constitución por medio de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, de 26 de agosto de 2005, que importó la modificación del inciso segundo del artículo 8° de la misma, disponiendo (...) cuestión que se condice con el hecho de ser Chile una República democrática, tal y como se afirma en el artículo 4° de la Constitución Política y es, dicho derecho, una manifestación y forma parte, por ende, del derecho a la libertad de expresión consagrado en el numeral 12° del artículo 19 de la misma norma fundamental, ello pues de nada sirve que se asegure la libertad de emitir opinión y la de información si no se reconoce que los destinatarios tienen, a su vez, el legítimo derecho a acceder a una información oportuna, veraz y completa.*”

²¹⁹ Sobre cómo operan los principios constitucionales de publicidad y transparencia, consagrados en el artículo 8° de la constitución Política en relación al ejercicio del derecho de acceso a la información pública *Vid.* CAMACHO CEPEDA, Gladys. Publicidad y Transparencia: nuevos principios constitucionales de la actuación de los órganos del Estado en Chile, *En:* Ensayos jurídicos contemporáneos. Testimonio de una huella académica, Coord. Foy Valencia, Pierre, Lima, Perú: Pacífico Editores, 2006, pp. 44- 77

²²⁰ CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel y SÁNCHEZ GIL, Rubén. ¿Qué es la constitucionalización... *Op. cit.* (213), p. 34

²²¹ CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel y SÁNCHEZ GIL, Rubén. ¿Qué es la constitucionalización... *Op. cit.* (213), p. 35

Constitución; aplicación directa de las normas constitucionales²²²; interpretación conforme de las leyes, prefiriendo la que más se aviene con el texto constitucional; e influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.²²³

II. IV. 3. Estado de la cuestión en Chile: Objeciones doctrinales en torno a la justiciabilidad de los derechos sociales

En nuestro país se discute principalmente por dos motivos²²⁴, que se plantean como objeciones al desempeño de una labor activista por parte de los jueces: (1) Objeción de incapacidad; y, (2) Objeción de legitimidad. Pues se les ha considerado a los tribunales como meros agentes del poder legislativo, en tanto es éste quien es electo democráticamente y quien es responsable, además del principio de separación de poderes. Por lo que para ciertas concepciones acerca del rol de los jueces, les resulta aberrante que en la labor interpretativa éstos empleen elementos extra legales²²⁵.

Podemos mencionar a modo simplemente ilustrativo, como principal manifestación de esta creencia, en que los tribunales son una suerte de funcionarios del Legislativo, al textualismo. Éste responde al temor que el juez no puede hacer frente a las controversias que encierran algún cariz ideológico, que se susciten a partir de la

²²² En el voto disidente del Ministro Sr. Sergio MUÑOZ, en la Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 2788- 2012, en el Considerando 11° señaló “*Que la cuestión a resolver no se refiere al juego de distintas disposiciones legales, sino a determinar si el artículo 61 de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado es contrario a la Constitución, en el caso de autos, al artículo 8° inciso segundo de la Carta Fundamental. (...)*”

²²³ CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel y SÁNCHEZ GIL, Rubén. ¿Qué es la constitucionalización... *Op. cit.* (213), pp. 34- 38

²²⁴ FIGUEROA GARCÍA- HUIDOBRO, Rodolfo. Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión teórica [en línea] *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, N° 3, 2009, p. 587 <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3102201>> [Consulta: 17 de junio de 2017]

²²⁵ SUNSTEIN, Cass R. La revolución en... *Op. cit.* (58), p. 111

discusión acerca del propósito y la razón de la ley. Con todo, es importante considerar la primacía del texto, el cual fue fruto de un consenso democrático, y promulgado mediante el procedimiento que la Constitución prevé. Pues prescindir de esta consideración puede llevar al extremo del abuso en la interpretación. Ahora bien, no debe olvidarse que el significado de las leyes va a depender de los principios generales del derecho, de la cultura jurídica interpretativa, y del contexto en el que las palabras se emplean²²⁶.

Ahora bien, entender que los tribunales no son simples agentes del Legislativo, desde luego no implica sostener que deban redistribuirse las competencias entre los poderes del Estado²²⁷. Una interpretación judicial que evita los abusos es respetuosa de la primacía democrática. Y esto lo logra teniendo en cuenta como regla general, que si un principio general del derecho es discutible en un caso concreto, su aplicación ha de ser moderada, prefiriendo el significado corriente y original de la ley. Lo que no obsta a que en ciertas circunstancias sea creativo, sobre todo si han cambiado las circunstancias sociales desde su dictación. Bajo esas hipótesis, es menos cuestionable una interpretación judicial teleológica, a fin de evitar la infra o la supra inclusividad de los supuestos fácticos que quedan comprendidos bajo una norma²²⁸.

Por último, asumimos como premisa que no todos los elementos de la decisión judicial o del argumento jurídico provienen de normas jurídicas. Hay elementos extralegales, en los que incide la “complejidad impredecible de la condición humana”²²⁹. Siendo el razonamiento jurídico un sistema abierto, que se adapta a los cambios de la sociedad, por lo que no es enteramente dependiente de las normas vigentes. Pues cada regla jurídica tiene lo que en doctrina se ha denominado una razón o justificación subyacente, que explica cuál es el fin que se pretende satisfacer con su

²²⁶ Estas manifestaciones son tratadas ampliamente por Sunstein. En: SUNSTEIN, Cass R. La revolución en... *Op. cit.* (58), pp. 112, 115- 120

²²⁷ SUNSTEIN, Cass R. La revolución en... *Op. cit.* (58), p. 111- 112

²²⁸ SUNSTEIN, Cass R. La revolución en... *Op. cit.* (58), pp. 116- 123, 132, 134

²²⁹ SCHAUER, Frederick. Pensar como un abogado... *Op. cit.* (208), p.21

establecimiento²³⁰. Sin embargo, estas justificaciones subyacentes suelen ser demasiado vagas por sí solas para hacer útil una regla o demasiado difusas para servir de guía de conducta; y demasiado manipulables para ser interpretables. Por lo tanto, se cree que lo que representa lo que el derecho exige, es la manifestación concreta de la regla y no su justificación abstracta²³¹. En consecuencia, lo trascendente es lo que la regla dice, aun cuando para el caso particular su aplicación conduzca a una mala solución, que sea incorrecta o que adolezca de inconsistencia²³². Con todo, creemos que si bien el tenor literal es el punto de partida, el proceso interpretativo puede develar como resultado otro significado de la regla y, por consiguiente, otra aplicación²³³.

No obstante lo anterior, hay ocasiones en que hay una “flexibilidad aceptada” en la aplicación de la norma, y constituye ésta una práctica oficial que es conocida por los administrados, quienes actúan en el entendido que no hay apego a la literalidad de la regla jurídica positiva por parte de la autoridad. Por lo que el cumplimiento no estricto de la regla, no le trae consecuencias jurídicas adversas. Pues en los hechos el margen se encuentra desplazado hacia la permisividad²³⁴.

²³⁰ SCHAUER, Frederick. Pensar como un abogado... *Op. cit.* (208), p.31

²³¹ SCHAUER, Frederick. Pensar como un abogado... *Op. cit.* (208), p. 32

²³² SCHAUER, Frederick. Pensar como un abogado... *Op. cit.* (208), p. 34

²³³ Schauer sostiene “lo que dice una regla no es la última palabra, sí es casi siempre la primera”
En: SCHAUER, Frederick. Pensar como un abogado... *Op. cit.* (208), p. 32

²³⁴ Esto es constatado por Schauer, quien destaca como ejemplo la norma del tránsito que establece la velocidad máxima, siendo una práctica que el sobre pasar en más de 20 km/hr el límite, recién es constitutivo de infracción para la policía que fiscaliza los caminos. Aunque en otros lugares, no hay excusa para evitar ser sancionado por infringir el tenor literal, aun cuando se expresen razones subyacentes a la norma, como causales de eximición de responsabilidad, por ejemplo si la finalidad era la seguridad en la conducción y ello no se ha infringido. En: SCHAUER, Frederick. Pensar como un abogado... *Op. cit.* (208), p. 30

II. IV. 3. 1. Objeción de incapacidad²³⁵

Hay quienes sostienen que los jueces institucionalmente no se encuentran capacitados para abordarlos, pues se trata principalmente de cuestiones de índole política, que por lo mismo son asuntos complejos propios de las ciencias de la administración. Se afirman que por regla general no poseen ni experticia ni responsabilidad política.

Se ha argumentado en el sentido que las Cortes no pueden procesar eficientemente aquellos antecedentes que requieren de un conocimiento técnico y/o un análisis de variables políticas, y sus decisiones necesariamente impactarán en la planificación e implementación de políticas públicas, que fueron diseñadas por otro poder del Estado y que pueden encontrarse en ejecución o no, al momento de dictarse la sentencia. Todo ello presuponiendo que un real y significativo cambio social sólo se consigue con el conocimiento y manejo idóneo de tales factores que impactan en la decisión, lo que escaparía de sus competencias.²³⁶ A esta falta de capacidad institucional estructural para discernir y aprehender la información que incide en las decisiones como antecedente previo de las mismas y como esferas en las que esta impacta una vez adoptada, se le ha denominado *policy making process*, que en definitiva se traduce en la adopción de decisiones eficientes y “buenas” para el funcionamiento del sistema político.²³⁷

A ello se agrega la consideración de que las Cortes se encuentran mal ubicadas para adoptar decisiones que puedan calificarse de eficientes en el sentido recién

²³⁵ Denominada así por Rodolfo FIGUEROA. En: FIGUEROA GARCÍA- HUIDOBRO, Rodolfo. Justiciabilidad de los derechos... *Op. cit.* (224), p. 589

²³⁶ FIGUEROA GARCÍA- HUIDOBRO, Rodolfo. Justiciabilidad de los derechos... *Op. cit.* (224), p. 590

²³⁷ FIGUEROA GARCÍA- HUIDOBRO, Rodolfo. Justiciabilidad de los derechos... *Op. cit.* (224), p. 591

descrito. Para algunos, lo óptimo en la adopción de decisiones que impactan en la realización de los derechos sociales, es que se efectúen desde un “escenario policéntrico”²³⁸. Evidentemente ello no es posible para la Corte, puesto que tiene las limitaciones de conocimiento propias de una controversia judicial y, en ese sentido, debe restringirse a ello, perdiendo un necesario enfoque holístico. Sin embargo, el hecho que el tribunal no se sitúe policéntricamente, no es una razón suficiente para justificar su eventual abstención si lo discutido versa sobre derechos sociales. Únicamente, hay una exigencia mayor de cautela, en atención a las repercusiones sociales que pudiese desencadenar la decisión, desde el punto de vista del costo de los derechos- diseño y ejecución presupuestaria- y las reacciones adversas que genere- impacto en movimientos sociales y políticos. Por lo demás, en estricto rigor, su pronunciamiento viene a ser un remedio individual y no global²³⁹.

Ahora bien, pese a lo recién expuesto, se debe tener en cuenta que los jueces no requieren contar con igual información que el Ejecutivo y el Legislativo para la adopción de sus decisiones. Básicamente, por dos razones bastante obvias. Primero, los jueces no elaboran políticas públicas, al menos no les está encomendado constitucionalmente como parte de su labor natural. Y segundo, porque el conocimiento y posterior resolución de un caso en concreto, que controla o se pronuncia sobre una determinada política pública, no lo requiere en el *judicial review*. Basta con la aplicación de ciertos criterios mínimos, como lo es el de la razonabilidad de la decisión²⁴⁰, o su suficiente motivación. Además, el control que efectúa el tribunal sobre una política

²³⁸ Sobre el escenario policéntrico como condición necesaria para la adopción de decisiones que impactan en políticas públicas que materializan derechos económicos, sociales y culturales. *Vid.* FIGUEROA GARCÍA- HUIDOBRO, Rodolfo. Justiciabilidad de los derechos... *Op. cit.* (224), p. 591

²³⁹ En esta línea *Vid.* FIGUEROA GARCÍA- HUIDOBRO, Rodolfo. Justiciabilidad de los derechos... *Op. cit.* (224), p. 597

²⁴⁰ Rodolfo Figueroa señala que la razonabilidad es un estándar de escrutinio, pero su significado no es unívoco y pone como ejemplo la jurisprudencia de la Corte Constitucional Sudafricana. *Vid.* FIGUEROA GARCÍA- HUIDOBRO, Rodolfo. Modelo de control judicial de los derechos económicos, sociales y culturales. *En:* CAZOR ALISTE, Kamer y SALAS SALAZAR, Carolina (Coordinadores), Pacífico Editores, Coord., Estudios Constitucionales, 1º Edición, Santiago, Chile, Librotecnia, 2010, p.135

pública, no es en cuanto a su pertinencia o no en abstracto, sino que en atención a la realización de un derecho específico cuyo amparo reclaman individuos determinados.²⁴¹

II. IV. 3. 2. Objeción de ilegitimidad²⁴²

A lo anterior, se suele agregar como objeción a la actividad jurisdiccional que conoce y falla sobre este tipo de derechos, que carecerían de legitimidad democrática para revisarlos²⁴³, y con ello, modificar o dejar sin efecto políticas públicas estatales. El activismo vendría a romper el principio de separación de poderes, en cuanto la distribución de los recursos fiscales, conforme se detecten necesidades sociales. Es una labor que corresponde eminentemente al Legislativo.²⁴⁴ Hay quienes estiman que este principio se quebrantaría si el juez en su pronunciamiento imparte una orden a la Administración, de hacer o no hacer algo. A contrario *sensu*, la decisión judicial sería respetuosa del principio en comento si sólo se emite una declaración. Sin embargo, a ello se le puede rebatir que es la propia Constitución la que faculta a la Corte a dictar órdenes al fallar la acción constitucional de protección²⁴⁵.

Se objeta también el hecho de que la judicatura no ha sido elegida mediante elección popular, y que los asuntos sociales en que incidan sus decisiones estarían siendo sustraídos de la deliberación política. O bien, si fallan contra un texto expreso o

²⁴¹ FIGUEROA GARCÍA- HUIDOBRO, Rodolfo. Justiciabilidad de los derechos... *Op. cit.* (224), pp. 594-596

²⁴² Denominación de Rodolfo Figueroa. En: FIGUEROA GARCÍA- HUIDOBRO, Rodolfo. Justiciabilidad de los derechos... *Op. cit.* (224), p. 589

²⁴³ *Vid.* VERGARA BLANCO, Alejandro. Los jueces en la era... *Op. cit.* (189), p. 1

²⁴⁴ FIGUEROA GARCÍA- HUIDOBRO, Rodolfo. Justiciabilidad de los derechos... *Op. cit.* (224), p. 592

²⁴⁵ FIGUEROA GARCÍA- HUIDOBRO, Rodolfo. Modelo de control judicial... *Op. cit.* (240), p. 143

su espíritu, estarían desplazando la natural competencia del Parlamento, imponiéndose sobre él en base a un argumento anti democrático²⁴⁶. A esto último podría contra argumentarse en el sentido que el proceso democrático de deliberación, como decisión de la mayoría expresada en la ley, no puede prevalecer por sobre lo preceptuado en la Carta Fundamental, pues tal decisión, aunque democrática, sería ilegítima. Ergo, sería aceptable un activismo *contra legem* en el marco de un sistema democrático-constitucional.²⁴⁷

Hay, no obstante, posturas que descartan esta objeción, en atención principalmente a que es la propia Constitución la que ha habilitado a las Cortes para conocer y fallar, y con ello, brindar protección en materia de derechos fundamentales. A fin de cuentas, se trata de un ejercicio o cumplimiento de un deber constitucional. Sobre todo considerando que hay una consagración de derechos justiciables, que por lo demás es virtualmente ampliable²⁴⁸ si ellos se consagran en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes²⁴⁹.

En otro orden de ideas, cabe señalar como argumento adicional en contra de esta objeción, que no habría una interferencia propiamente tal en las competencias de los demás poderes del Estado. Por una parte podríamos considerar una cierta deferencia hacia los demás poderes²⁵⁰. Así, en el control del acto administrativo, se reconoce la

²⁴⁶ FIGUEROA GARCÍA- HUIDOBRO, Rodolfo. Justiciabilidad de los derechos... *Op. cit.* (224), p. 592

²⁴⁷ FIGUEROA GARCÍA- HUIDOBRO, Rodolfo. Justiciabilidad de los derechos... *Op. cit.* (224), p. 615

²⁴⁸ FIGUEROA GARCÍA- HUIDOBRO, Rodolfo. Justiciabilidad de los derechos... *Op. cit.* (224), pp. 597 y 599

²⁴⁹ En virtud de lo dispuesto en el artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política, que dispone en lo que concierne a los tratados internacionales "(...) *Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*"

²⁵⁰ Por ejemplo en Corte Suprema Rol N° 3599- 2001, de 9 de octubre de 2001, en el Considerando 3° señaló (...) *De lo anterior resulta que el planteado corresponde a un problema de Salud Pública, cuyas políticas deben ser definidas y aplicadas por las autoridades pertinentes del Ministerio indicado, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones que, como en el caso de autos, se pretenden, habida cuenta que en su otorgamiento han de tenerse en cuenta variados parámetros, entre otros, como resulta evidente, el relativo a los costos que ellos involucren y los fondos de que se disponga para ello.*

tecnicidad del Ejecutivo. La deferencia técnica, entendida como ausencia de control siquiera de la discrecionalidad del acto administrativo implica una denegación de justicia o abdicación del ejercicio de la función jurisdiccional, es inconstitucional²⁵¹.

Esta deferencia técnica de los tribunales de justicia hacia los órganos reguladores, entendida como criterio o principio de interpretación de las normas administrativas. Puede describirse como la adhesión al criterio político y de realidad del órgano, para aquellos casos en que la propia ley le ha dotado de la facultad de obrar discrecionalmente. De modo que el tribunal trata las decisiones del órgano con respeto, reconociéndole su mayor capacidad de investigación técnica, y su rendición de cuentas, como un signo democrático superior. Lo que no quiere decir, que aquí se afirme que la actuación del órgano quede exenta del control judicial.²⁵²

En consecuencia, cuando el tribunal se adhiere a la interpretación del órgano administrativo cuando la regla jurídica es ambigua, lo que está haciendo es reconocer la responsabilidad y la experiencia del órgano. Sin embargo, una ambigüedad no debe ser comprendida como una delegación de poder por parte del legislativo para que el ente de la Administración pueda interpretar la ley, salvo que se haya así señalado expresamente. De no ser así, la discrecionalidad administrativa inspira una natural desconfianza. Pues a primera vista resulta a lo menos incompatible con el principio de separación de poderes, que el mismo órgano administrativo que aplica la ley administrativa, sea quien fije la interpretación de ella de manera vinculante para el tribunal que conoce de lo

En este caso la Excma. Corte tuvo deferencia hacia el Ejecutivo en atención a lo técnico de la materia y al manejo presupuestario del órgano administrativo, donde lo reclamado era que el Servicio de Salud se había negado a proporcionarle los medicamentos y tratamiento adecuados a la recurrente que era portadora de VIH.

²⁵¹ VERGARA BLANCO, Alejandro. Los jueces en la era... *Op. cit.* (190), p. 9. El autor dice que una actitud de los tribunales en tal sentido daría lugar a un despotismo administrativo, y que la inconstitucionalidad estaría dada por la infracción a los artículos 38 y 76 de la Constitución Política, en tanto no se daría cumplimiento al principio de responsabilidad del Estado por afectación de derechos por decisiones administrativas arbitrarias o ilegales; y porque se infringiría el principio de inexcusabilidad, ya que no se estaría fallando más allá del texto expreso de la ley para resolver el conflicto sujeto a su conocimiento.

²⁵² SUNSTEIN, Cass R. La revolución en... *Op. cit.* (58), p. 169

contencioso- administrativo. En otras palabras, no resulta sensato que regule lo que es competencia del Legislativo y que a su vez, fije los parámetros de actuación de su propia actividad. Por lo que en la práctica los jueces se muestran reticentes a esta deferencia si no ha habido una delegación legal expresa²⁵³.

Lo mismo con el Legislativo, pues se juzga en base a las normas dadas por él, incluso invocando su espíritu e historia fidedigna en su aplicación. En tal sentido, las Cortes no diseñan, sólo controlan. Y por otra parte, y en inmediata relación, las Cortes participan en la aplicación del mecanismo de pesos y contrapesos propio del Estado de Derecho, para evitar la arbitrariedad o el abuso en el ejercicio del poder estatal, en el marco del respeto al principio de separación de poderes, pero ya no entendido en su versión original o clásica.²⁵⁴

Es más, es el propio control judicial de la actividad discrecional de los órganos de la Administración, el que requiere inevitablemente un pronunciamiento de los jueces. Pero para que se supere el activismo y la deferencia a la especialización, urge que los jueces sean igualmente especialistas; que respeten las fuentes democráticas del derecho, lo que incluye que puedan recurrir a los principios jurídicos para fallar; y, principalmente, que tengan una vocación apolítica²⁵⁵ en el fundamento tras la decisión²⁵⁶.

En este orden de ideas, de la justificación y exteriorización del razonamiento jurídico de la sentencia depende, en gran medida, cómo repercutirá en el sistema democrático deliberativo a nivel ciudadano y en la esfera de los poderes políticos²⁵⁷. Con todo, no siempre se dará una deferencia técnica, sino que se enjuiciará sólo en base a

²⁵³ SUNSTEIN, Cass R. La revolución en... *Op. cit.* (58), pp. 140- 142 y 171

²⁵⁴ Sobre la deferencia hacia los otros poderes del Estado, *Vid.* FIGUEROA GARCÍA- HUIDOBRO, Rodolfo. Justiciabilidad de los derechos... *Op. cit.* (224), pp. 605 y 611

²⁵⁵ La abstención política permite evitar la captura por parte de los demás poderes del Estado, la confusión de competencias y roles, la infracción a los principios de separación de poderes y de independencia judicial horizontal. Así se expresa en VERGARA BLANCO, Alejandro. Los jueces en la era... *Op. cit.* (190), p. 8

²⁵⁶ VERGARA BLANCO, Alejandro. Los jueces en la era... *Op. cit.* (190), p. 2

²⁵⁷ FIGUEROA GARCÍA- HUIDOBRO, Rodolfo. Justiciabilidad de los derechos... *Op. cit.* (224), p. 611

la Constitución. En aquellos casos se ha dicho que los jueces no asumen una actitud del *self-restraint* frente a las *political questions*, lo cual será frecuente en los ordenamientos jurídicos constitucionalizados, pues en ellos la Constitución ejerce influencia sobre las relaciones políticas²⁵⁸.

II. IV. 4. Las llamadas Reacciones Violentas ciudadanas

También llamadas reacciones adversas o negativas o *backlash*. Se suscitan en el contexto de transformaciones sociales. Implican que sectores de la ciudadanía se identifican con diferentes tomas de posturas en lo político, las cuales manifiestan de variadas formas. Pueden ocurrir con ocasión de la actividad legislativa autoritaria, si adopta decisiones que, en lo cultural y político, generen un quiebre en la sociedad, pues decide respecto de cuestiones en las que no hay consenso valórico desde la Constitución.²⁵⁹ El adherir por una u otra posición política, eventualmente desencadena resentimientos populistas.²⁶⁰ Lo cierto es que para el constitucionalismo democrático, estos efectos no son dramáticos si se perciben como una consecuencia del desacuerdo en la interpretación de las normas, lo cual “*es una condición normal para el desarrollo del derecho constitucional*”²⁶¹. En ese sentido, el constitucionalismo democrático provoca una necesaria retroalimentación con la ciudadanía, pues el significado valorativo de la

²⁵⁸ Esta influencia se reconoce como una de las condiciones propias del proceso de constitucionalismo de los ordenamientos jurídicos. CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel y SÁNCHEZ GIL, Rubén ¿Qué es la constitucionalización... *Op. cit.* (213), p. 38

²⁵⁹ POST, Robert y SIEGEL, Reva, Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo, Traducido por Leonardo García Jaramillo, Buenos Aires, Argentina, Siglo veintiuno Editores, 2013, p. 43

²⁶⁰ POST, Robert y SIEGEL, Reva. La furia contra el fallo “Roe”... *Op. cit.* (259), p. 44

²⁶¹ POST, Robert y SIEGEL, Reva. La furia contra el fallo “Roe”... *Op. cit.* (259), p. 45

misma puede ceder en razón de las reacciones violentas, pero si se efectúa por la vía institucional, mantiene la integridad del derecho²⁶².

Esto implica que la tensión entre el autogobierno colectivo y el Estado de derecho, busca continuamente su equilibrio²⁶³, siendo el conflicto fáctico institucionalizado por medio de las acciones constitucionales. Pero desde otras visiones doctrinarias, se han erigido voces que pretenden evitar el conflicto constitucional, evitando que las Cortes se pronuncien respecto de asuntos de fondo, evitando así que los ideales o valores constitucionales sean cuestionados.²⁶⁴ Pues las normas, a fin de cuentas, expresan una identidad nacional, la que no necesariamente ha de ser clara si el pueblo destinatario de las normas es heterogéneo en su composición²⁶⁵.

No obstante lo positivo que pueda resultar para el sistema democrático, que el pueblo manifieste su disconformidad con la interpretación constitucional dada por la Corte, es peligroso en cuanto a la estabilidad institucional. La legitimidad del derecho constitucional se ve influenciada por la opinión popular, pues la Constitución ha de inspirar lealtad y compromiso entre los ciudadanos, y ello puede ser debilitado por el desacuerdo social generalizado que las decisiones judiciales generen²⁶⁶. Ahora bien, es necesario partir de la premisa de que tales decisiones judiciales se dictan en base a la legalidad y no influenciadas por la política, pues los jueces son independientes²⁶⁷.

Frente a los dramas sociales actuales²⁶⁸, puede sostenerse que las organizaciones de la sociedad civil tienen al menos dos cursos de acción. Uno, de incidencia política directa, a través de las movilizaciones sociales. Y, otro, indirecto, por

²⁶² POST, Robert y SIEGEL, Reva. La furia contra el fallo "Roe"... *Op. cit.* (259), p. 47

²⁶³ POST, Robert y SIEGEL, Reva. La furia contra el fallo "Roe"... *Op. cit.* (259), p. 47

²⁶⁴ POST, Robert y SIEGEL, Reva. La furia contra el fallo "Roe"... *Op. cit.* (259), pp. 48- 49

²⁶⁵ POST, Robert y SIEGEL, Reva. La furia contra el fallo "Roe"... *Op. cit.* (259), p. 52

²⁶⁶ POST, Robert y SIEGEL, Reva. La furia contra el fallo "Roe"... *Op. cit.* (259), p. 56

²⁶⁷ POST, Robert y SIEGEL, Reva. La furia contra el fallo "Roe"... *Op. cit.* (259), p. 57

²⁶⁸ Porque a fin de cuentas, desde una óptica sociológica, el derecho constituye un hecho social. *Vid.* VECCHIOLI, Virginia. Profesionales del derecho... *Op. cit.* (180), pp. 6- 7

medio de la judicialización de las demandas sociales, donde se busca que las soluciones individuales obtenidas marquen precedente para el colectivo. No obstante, los remedios que la jurisprudencia puede ofrecer no importan un cambio estructural.

Desde la sociología jurídica, hay quienes defienden la viabilidad de esta última opción de acción, como mecanismo de transformación social a través del derecho, especialmente cuando se trata de minorías desprotegidas en la prestación de ciertos derechos sociales.²⁶⁹ De aquí se deriva una doble consecuencia, que resulta paradójica, pues puede decirse que al activismo judicial propicia el fortalecimiento de identidades políticas de los colectivos, con ocasión de la configuración de las estrategias que efectúan para enfrentar el litigio. Pero que al mismo tiempo, provoca el desmembramiento de las organizaciones colectivas, o les resta fuerza a su capacidad organizativa, en tanto las pretensiones del grupo social se agotan en la adjudicación judicial fruto de la acción constitucional de tutela incoada, cuando obtienen sentencias favorables a sus pretensiones²⁷⁰.

Ahora bien, las decisiones judiciales con ribetes constitucionales pueden ser percibidas como aciertos o desaciertos por la ciudadanía, según cuáles sean los ideales políticos, económicos, filosóficos, religiosos, etc. de los distintos sectores de la población. En una sociedad democrática, ello dará lugar a debates abiertos y públicos²⁷¹, pudiendo cuestionarse el valor del control de constitucionalidad de las normas- que son dictadas por órganos con legitimidad democrática-, y el significado valórico que se les

²⁶⁹ GALVIS CASTRO, Felipe Alejandro. Activismo judicial y emancipación social: Notas a partir de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en Colombia y Argentina [en línea] Repositorio Digital de CLACSO. Becas, sección de cultura, Argentina, 2007, pp. 1- 29 <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/becas/2007/cultura/galvis.pdf>> [Consulta: 17 de junio de 2017]

²⁷⁰ GALVIS CASTRO, Felipe Alejandro. Activismo judicial y emancipación... *Op. cit.* (269), p. 26

²⁷¹ Sobre la forma en que la opinión pública influye en el comportamiento de tribunales en fenómenos tales como los movimientos de aclamación, visitas y ceremonias presidenciales *Vid.* MARIOT, Nicolás. La efervescencia social como problema de investigación [en línea] En: Revista Política, Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile, volumen 44, 2005, pp. 139- 164 <<http://www.revistapolitica.uchile.cl/index.php/RP/article/viewFile/26005/27313>>

asigne- si se considera que es distinto al original-, con lo cual se pretende encubrir una reforma. Lo que se ha resumido bajo el rótulo de dificultad contramayoritaria. No siendo percibida como negativa por aquellos que adhieren a una concepción sustantiva de la democracia, donde la garantía y promoción de los derechos humanos cumplen roles preponderantes, pues se traduce en reconocer la importancia de la existencia de la justicia constitucional como condición necesaria del Estado Democrático de Derecho²⁷².

En ese orden de ideas, no es posible calificar de activista la labor judicial de aplicación de principios, en los casos de ausencia de ley que resuelva en conflicto, por dos razones. Primero, porque debe fallar en virtud del principio de inexcusabilidad. Y, segundo, porque los principios se erigen como fuentes democráticas del derecho. Los principios deben ser descubiertos por los jueces en su rol de delegados del pueblo. Ahora bien, esta tarea de descubrimiento es ardua y puede no gozar de consenso unánime en la sociedad, pues los jueces perciben estos principios del “pulso social” tras el “espíritu del pueblo”, lo que no necesariamente se condice con una propuesta *ius* filosófica, aun cuando verse sobre valores sociales²⁷³. Este procedimiento técnico de reconocimiento de los principios que resuelven el conflicto, es más sencillo de ser aplicado si el juez adjudicador es especialista en la rama del derecho en cuestión²⁷⁴. Con todo, si no es leal la observancia al sistema democrático de fuentes del derecho, se configurará la prevaricación. De ahí la importancia de verificar esta correspondencia en la motivación de la sentencia²⁷⁵.

La interpretación constitucional y el progresismo judicial, en contraposición al conservadurismo, han nutrido el debate constitucional y han formulado de manera implícita una invitación abierta a la participación ciudadana. Dicho efecto es positivo, desde el constitucionalismo democrático. Implica que los cambios sociales propiciados

²⁷² VÁZQUEZ, Rodolfo. Justicia constitucional, derechos... *Op. cit.* (200), p. 254

²⁷³ VERGARA BLANCO, Alejandro. Los jueces en la era... *Op. cit.* (190), p. 4

²⁷⁴ VERGARA BLANCO, Alejandro. Los jueces en la era... *Op. cit.* (190), pp. 5-6

²⁷⁵ VERGARA BLANCO, Alejandro. Los jueces en la era... *Op. cit.* (190), p. 8. El profesor señala que la independencia judicial no implica la posibilidad de desvincularse del sistema de fuentes.

por la Corte provocan una coordinación obligada entre los poderes del Estado, al mismo tiempo que involucran activamente a los actores civiles y políticos. Ahora bien, las decisiones judiciales no siempre se tienen como correctas para todos los actores políticos, pudiendo dar lugar a reacciones negativas de su parte, incluso violentas, que ponen en riesgo el orden institucional. A fin de cuentas, se trata de una impugnación del fallo constitucional por vías de hecho²⁷⁶.

Pero, no obstante los peligros que las reacciones adversas traen aparejados para el orden social como amenaza de la mayoría a la gobernabilidad, lo cierto es que han servido como método fáctico de contrapeso a decisiones judiciales que han resultado ser contra intuitivas al consenso valórico que cimienta a la Constitución²⁷⁷. Claro está entendiéndolo de un modo flexible, conforme a la adaptación que sufre por el devenir histórico, que le permiten continuar vigente y ser un texto vivo, en término de James BRYCE²⁷⁸.

Es necesario tener en cuenta que si tales decisiones generan polémica, será porque la interpretación constitucional que se ha realizado, no se condice suficientemente con la pluralidad que exige el sistema democrático²⁷⁹. En ciertos casos,

²⁷⁶ Podría proponerse una sentencia judicial como antecedente previo a la generación de un movimiento social fuerte que impulse modificaciones en la configuración de las políticas públicas o en los asuntos que son prioridad en las agendas del Gobierno o del Congreso, y repercutan en último término en modificaciones normativas.

²⁷⁷ En esta línea argumental *Vid.* MALAGÓN RUBIO, Laura Milena. Entre el constitucionalismo democrático y el constitucionalismo popular: Análisis de la jurisprudencia constitucional en la defensa de los derechos de la población LGBTI en Colombia. Trabajo presentado para optar al título de Magister en Derecho- Profundización en Derecho Constitucional [en línea] Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Bogotá, Colombia, 2014, pp. 11-13 <<http://www.bdigital.unal.edu.co/40029/1/6701030.2014.pdf>> [Consulta: 09 de junio de 2017]

²⁷⁸ El autor, refiriéndose a las constituciones flexibles y su influencia en la mentalidad de las naciones, dice *“Esta clase de Constitución vive por lo que es llamado su espíritu “La letra mata, pero el espíritu da vida”.*” *En:* BRYCE, James. *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas*, Edición y prólogo: Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Estudio preliminar y notas: Pablo Lucas Verdú, Madrid, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionalismo, 2015, p. 48

²⁷⁹ MALAGÓN RUBIO, Laura Milena. Entre el constitucionalismo... *Op. cit.* (277), p. 14

el juez constitucional debe adoptar alguna postura para dirimir el problema, aun cuando su decisión implique restringir o excluir otras concepciones valóricas de la Constitución.

En resumen, las sentencias judiciales constitucionales alientan la lucha social y política, pues se pronuncian respecto de problemáticas sociales contingentes, que suponen procesos de negociación y transacción propios de la democracia, incluso posibilitando o incitando a la discusión democrática y a la solución normativa o de ejecución por parte de los poderes del Estado competentes.

Reacciones adversas ocurrieron en Chile, por ejemplo, pero en una esfera muy acotada de la población, respecto a la Sentencia de la Excma. Corte Suprema que se pronunció acerca de la apelación a la sentencia de protección, interpuesta por un grupo de vecinos de dos comunas de la capital, en contra del nuevo sistema de video vigilancia que pretendían instalar ambas Municipalidades en la vía pública. Alegaron como derechos fundamentales afectados, la privacidad y a la inviolabilidad del hogar, consagrados en el artículo 19 N° 4° y 5° respectivamente, de la Constitución Política. Además, de invocar el artículo 11.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Por lo que la Corte debió pronunciarse respecto de la colisión que se producía entre tales derechos y la seguridad pública. La Corte Suprema finalmente decide revocar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que había dado lugar al recurso y, en su lugar la revoca. Sin embargo, la Corte Suprema²⁸⁰ pretendió garantizar una *“adecuada operación de la nueva herramienta de video vigilancia”* con el fin de que no se conculcaran derechos fundamentales propios de la vida privada de los vecinos. Así, el voto de mayoría impartió instrucciones a la autoridad administrativa, estableciendo un

²⁸⁰ Corte Suprema Rol N° 18481- 2016, , Tercera Sala, de 1° de junio de 2016, caratulada Soffgue Guemes Stephanie y otros contra Ilustre Municipalidad de Las Condes y Otro (Ilustre Municipalidad de Lo Barnechea), Considerando 15°. En idéntico sentido la Sentencia Rol N° 18458- 2016, de la misma fecha, caratulada Costa Cordella Ezio contra Ilustre Municipalidad de Las Condes.

régimen de autorización que la Municipalidad debía aplicar respecto de la actividad de vigilancia²⁸¹.

Es decir, la Corte indicó y limitó el contenido del acto administrativo que regula la actividad en cuestión (ordenanza municipal) y por consiguiente, del acto administrativo autorizante (decreto alcaldicio). Este fallo era de tal expectación, pues eventualmente podría determinar un precedente jurisprudencial, para la adopción de medidas de seguridad en los municipios y por la fijación de los contornos del derecho a la vida privada, que fue televisado por la señal del Poder Judicial. Luego del fallo, fueron numerosas las cartas en señal de protesta que fueron enviadas a los diferentes medios de prensa escrita, pero la polémica no logró trascender a protestas masivas.

A mayor abundamiento, en último término, la misión de los jueces en un sistema democrático es la pacificación social y hacer efectivo el ideal de que sea el derecho del pueblo- la ley en términos generales, como manifestación de la voluntad soberana- la que rija las conductas. Es decir, el sistema de impartición de justicia debe ser coherente con este ideal. La labor del juez goza de tal relevancia, porque a fin de cuentas compone jurídicamente los conflictos en que los ciudadanos y/o las propias autoridades contradicen las fuentes del derecho²⁸².

²⁸¹ En efecto, la Excma. Corte dispuso "(...) ordenándose el siguiente régimen de autorización: 1.- El ámbito físico a grabar se delimita a los lugares públicos, y de los espacios privados abiertos cuando se trate del seguimiento de un hecho que pueda constituir la comisión de un ilícito. 2.- Un inspector o delegado municipal deberá certificar, al menos una vez al mes, que no se hayan captado imágenes desde espacios de naturaleza privada como el interior de viviendas, de establecimientos comerciales o de servicios, jardines, patios o balcones. 3.- La destrucción de las grabaciones se hará efectiva por parte del responsable de su custodia después de 30 días, salvo si la grabación ha captado un ilícito penal u otra falta, caso en el cual las municipalidades recurridas adoptarán las medidas para su pronta entrega a los órganos competentes. 4.- Todo ciudadano tendrá derecho de acceso a las grabaciones, para lo cual deberá dirigir una solicitud al funcionario municipal que designe la autoridad edilicia, debiendo indicar el día en que presumiblemente fue grabado, debiendo las municipalidades recurridas establecer un procedimiento que permita el efectivo ejercicio de esta atribución."

²⁸² VERGARA BLANCO, Alejandro. Los jueces en la era... *Op. cit.* (190), p. 3

II. IV. 5. Breves referencias a las posibles soluciones propuestas por la doctrina en torno al activismo judicial en la tutela de los derechos colectivos

Así vistas las cosas, es posible estimar que el activismo judicial es una herramienta aunque importante, insuficiente, para lograr un cambio social estructural en la eliminación de la desigualdad y la consecuente realización de los derechos sociales, económicos y culturales. Sus posibilidades de producir tales transformaciones están limitadas si no existe una debida coordinación con los demás agentes del Estado. Esto es, si no existe una adecuada gobernanza en la actuación política que diseña y ejecuta las políticas públicas, y una adecuada implementación de las herramientas legales.²⁸³

Las sentencias judiciales activistas pueden analizarse desde la perspectiva que constituyen un remedio estabilizador, para la tensión que origina la consagración constitucional programática, y aspiracional de estos derechos, con su efectiva materialización.²⁸⁴ Sin embargo, como ya se comentó, la planificación o diseño de las políticas públicas es una materia eminentemente técnica, que el sistema democrático ha entregado su competencia principalmente a la Administración, por lo que sus decisiones -contenidas en actos administrativos- son esencialmente revisables. En cambio, la sentencia que se pronuncie sobre la tutela de un derecho fundamental, tendrá el atributo

²⁸³ SAFFÓN, María Paula y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia, [en línea] En: Revista de Estudios Socio- Jurídicos, Bogotá, Colombia, vol. 13, N° 1, 2011, <<http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1511>> [Consulta: 17 de junio de 2017], pp. 101- 102

²⁸⁴ SAFFÓN, María Paula y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Derechos sociales y activismo... *Op. cit.* (283), 104

de cosa juzgada y no podrá ajustarse a nuevos escenarios que requieran su modificación²⁸⁵.

Con todo, desde una óptica constructivista del derecho constitucional, el activismo judicial sumado a los movimientos sociales y políticos, dan cuenta de una interrelación provechosa entre el derecho y el contexto histórico, social, económico y político, en orden a conseguir los cambios normativos que propendan a una satisfacción plena de los derechos fundamentales, de corte individual como colectivo.²⁸⁶ E incluso podríamos estimar que se sobre dimensionan o exageran las objeciones de incapacidad o ilegitimidad que se erigen contra el activismo judicial.²⁸⁷

Las reacciones adversas son una consecuencia inevitable para el constitucionalismo democrático, pues los ciudadanos intentan siempre que se apliquen sus interpretaciones constitucionales, lo cual es provechoso para el ejercicio de la democracia, ya que genera debate popular. Al mismo tiempo que generan lealtad y compromiso de los ciudadanos hacia la Constitución²⁸⁸. Desde esta perspectiva, podemos estimarlas como beneficiosas para la estabilidad de las instituciones y para la democracia misma.

En contraposición al análisis de los beneficios que proporciona el activismo judicial en materia constitucional, especialmente respecto a la tutela de derechos económicos, sociales y culturales, propuestas por el constitucionalismo democrático, se esbozan a continuación posturas que rechazan de plano la conciliación entre control de la constitucionalidad y su consecuente potencial activismo, y las reacciones violentas:

²⁸⁵ CORDERO VEGA, Luis. Jueces y políticas públicas: el caso de las ciclovías de Rancagua [en línea] El Mercurio Legal, Análisis Jurídico, Regulatorio económico, 25 de septiembre de 2013, <<http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=902403&Path=/0D/C5/>> [Consulta: 9 de julio 2017]

²⁸⁶ SAFFÓN, María Paula y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Derechos sociales y activismo... *Op. cit.* (283), 103

²⁸⁷ FIGUEROA GARCÍA- HUIDOBRO, Rodolfo. Justiciabilidad de los derechos... *Op. cit.* (224), p. 618

²⁸⁸ POST, Robert y SIEGEL, Reva. La furia contra el fallo "Roe"... *Op. cit.* (259), 64- 65

II. IV. 5.1. Minimalismo²⁸⁹

Según esta postura el tribunal no debe extralimitarse de sus funciones, lo cual se traduce en que al decidir debe optar por aquella solución que no genere controversia. Los fallos deben expresar un respeto hacia las distintas concepciones valóricas de los distintos sectores sociales, lo cual se consigue por medio de la adopción de posturas neutras en las sentencias, que eviten el antagonismo entre los ciudadanos. En consecuencia, la Corte sólo podría pronunciarse respecto de aquellos asuntos que no generan controversia en cuanto a su significado constitucional. Sin embargo, ello significa anteponer el temor a las reacciones adversas por sobre el derecho que requiere de una tutela efectiva, con la consecuencia adopción de una postura valórica constitucional. Parece ser más bien que el respeto por las posiciones disímiles, se refleja en aquellos fallos que esbozan los argumentos de una y otra parte sin desmerecerlos, y finalmente decantan por uno de ellos en una clara y suficiente argumentación, que da cuenta del proceso de razonamiento en la adopción de la decisión. Es decir, luego de considerar ambas alegaciones, y no fruto de una concepción valórica *a priori* del juzgador.

II. IV. 5. 2. Constitucionalismo popular

²⁸⁹ Un acabado resumen de los autores que defienden el Minimalismo En: POST, Robert y SIEGEL, Reva. La furia contra el fallo "Roe"... *Op. cit.* (259), 106- 114

Incluso se le ha denominado la antítesis del constitucionalismo democrático. Nació en Estados Unidos como una reacción por partes de los sectores conservadores cercanos al Presidente Reagan, contra las Corte Warren y Corte Burger, por considerar que sus decisiones amenazaban las formas tradicionales de vida de la Nación. Principalmente en base a argumentos provenientes de la teoría originalista, y explican a partir de ella el significado constitucional de las instituciones controvertidas²⁹⁰.

Esta vertiente del constitucionalismo, critica al activismo judicial que los cambios sociales a los que pueda dar lugar, se originan sin la deliberación o negociación propia de la democracia. Y por ello, la legitimidad de las decisiones judiciales con tal impacto se vería mermada considerablemente, generando desconfianza en la labor judicial y las reacciones violentas, que vienen a alterar el orden de la sociedad y a enardecer los ánimos en la ciudadanía. Por ello, los partidarios de esta postura estiman conveniente que la realización de los valores plasmados en la Constitución, sea llevada a cabo por el Legislativo,²⁹¹ ya que como se genera transacciones en la discusión, se evita el conflicto. Comprenden que lo que se plasma finalmente como norma es producto de un consenso.

Por último, quizás debiese asumirse como una realidad dada que el fenómeno del constitucionalismo ya se ha instalado en Chile, lo cual explicaría por qué las decisiones judiciales- y también las políticas- se han impregnado de argumentaciones constitucionales en su razonamiento lógico- jurídico. Es un hecho constatable la cada vez más frecuente aplicación directa de la Constitución para resolver una controversia o tutelar un derecho, incluso a partir de las normas que podrían considerarse con un carácter programático, o aquellas que consagran principios constitucionales.

Desde la palestra ecuánime de la doctrina, se ha propuesto como remedio intermedio entre el activismo y la deferencia técnica irreflexiva, a la racionalidad judicial

²⁹⁰ MALAGÓN RUBIO, Laura Milena. Entre el constitucionalismo... *Op. cit.* (277), p. 20

²⁹¹ POST, Robert y SIEGEL, Reva. La furia contra el fallo "Roe"... *Op. cit.* (259), p. 66- 69

moderna y democrática, en base a la aplicación de principios considerados como fuentes del derecho democráticos²⁹².

A lo expuesto agregamos que, en resumen, el problema constitucional de Chile y de América Latina en general, quizás no tiene tanto que ver con la distribución actual del poder en la Constitución, sino que con resolver los problemas constitucionales de gobernabilidad. Es tal vez a este flanco al que apunta el activismo judicial, a servir de paliativo a un sistema político que no está funcionando de manera óptima y eficiente en la satisfacción de las necesidades básicas de la población. Pero ello es beneficioso y riesgoso a la vez, porque además de los inconvenientes que esto represente desde el punto de vista de legitimidad democrática y de responsabilidad política, hay una dificultad latente: la certeza jurídica, pues ¿Qué ocurrirá si los jueces dejan de fallar de la manera que lo han venido haciendo? En otras palabras, ¿Cuál será el paliativo si el activismo judicial pierde su bondad justiciera? Es tal vez un tema a abordar en el actual proceso constituyente.

²⁹² La opinión de Alejandro VERGARA BLANCO, en VERGARA BLANCO, Alejandro. Los jueces en la era... *Op. cit.* (190), p.11

Capítulo III. Análisis jurisprudencial de las implicancias de la tutela judicial de los derechos colectivos

III. I. El costo de los derechos

La materialización de los derechos sociales conlleva que el Estado asuma el cumplimiento de obligaciones positivas, para lo cual requerirá de una asignación presupuestaria²⁹³, que para que sea eficiente, es propicio que sea fruto de una deliberación eminentemente técnica. Dicho de otro modo, se requiere del diseño de políticas públicas que permitan la satisfacción de los mandatos constitucionales de contenido social.

En el sistema institucional de distribución de competencias, esta tarea se le ha encomendado a las autoridades democráticas sujetas a rendición de cuentas, siendo controlable su actuación por los ciudadanos. Estas autoridades, por regla general, son un órgano de la Administración del Estado, por lo que deberán compatibilizar las funciones y fines que el ordenamiento jurídico les encomienda con la asignación de fondos públicos, y su adecuada gestión²⁹⁴. Es el gobierno quien canaliza los recursos difusos de la comunidad, que obtiene mediante la recaudación pública, y decide aplicarlos a problemas puntuales, incluso a aquellos que surgen de sin haber sido previstos²⁹⁵.

²⁹³ ESCOBAR TORRES, Sebastián, HERNÁNDEZ VARGAS, Luis y SALCEDO FRANCO, Cristhian. El juez constitucional de los derechos sociales en Colombia: Una mirada crítica al activismo judicial de la Corte Constitucional Colombiana [en línea] Revista Universitas Estudiantes, Bogotá, Colombia, N° 10, 2013, <<http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/4350738/7+el+juez+constitucional+125-156.pdf/6f7d3646-64d7-4f90-bab0-7a370cd777be>> [Consulta: 9 de junio de 2017], p. 146

²⁹⁴ CORDERO VEGA, Luis. Jueces y políticas... *Op. cit.* (285)

²⁹⁵ HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos, Traducido por Stella Mastrangelo, Buenos Aires, Argentina, Siglo veintiuno Editores, Colección derecho y política, 2011, p. 33

Pero en general, no sólo los derechos de corte colectivo, sino también todos los derechos y libertades individuales garantizados constitucionalmente, dependen de una acción estatal eficaz y vigorosa para que puedan ser gozados por los ciudadanos²⁹⁶. En ese sentido, es posible detectar un doble discurso falaz entre la distinción de los derechos individuales o de autonomía, en los cuales bastaría la abstención estatal para su satisfacción, por una parte. Y la de los derechos colectivos, que son de naturaleza prestacional y requieren de una acción positiva por parte del Estado, por otra. Afirmando que los primeros serían derechos “baratos” versus los segundos, que serían derechos “caros”. Además, de considerar tan solamente a los derechos sociales dotados de un carácter fuertemente ideológico, mientras que los individuales estarían desprovistos de tal contenido o serían menos rígidos. Se ha estimado que eso es erróneo, en tanto que todos los derechos importan un desembolso económico gravoso para aquel Estado que decide asumir un sistema de derechos eficaz²⁹⁷.

Se ha plasmado esta distinción conservadora, de distinguir los derechos positivos o costosos- derechos sociales- y los negativos o baratos –derechos civiles- , en la jurisprudencia comparada. Así, la Corte Suprema de Estados Unidos ha razonado en el sentido que los derechos que consagran libertades implican un costo cero para el Estado, en tanto éstos se satisfacen con su sola inacción. Bajo esta lectura resultan coherentes fallos en los que, por ejemplo, se protege el derecho de una mujer a practicar un aborto, pero luego en un caso que conoce con posterioridad, decide que no existe un deber constitucional para el Estado de subsidiar el servicio médico necesario para que dicho aborto se practique. Es decir, permanece intacto el derecho de la mujer a elegir, no obstante que dadas sus circunstancias socio económicas se vea impedida de

²⁹⁶ HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. El costo de los derechos... *Op. cit.* (295), p. 33. Los autores dicen constatar dos verdades evidentes. En primer lugar, que la real efectividad de todos los derechos dependen del gobierno de turno. Y, segundo, que todos los derechos, para poder protegerlos y exigirlos, cuestan dinero.

²⁹⁷ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. Derechos fundamentales... *Op. cit.* (175), p. 6. El autor agrega que los rasgos diferenciadores que se le atribuyen a los derechos sociales siembra la desconfianza en los sectores liberales de la sociedad.

materializarlo en un establecimiento de salud público, que practique la intervención médica en condiciones seguras²⁹⁸.

En el fondo, tras los espectros conservadores y progresistas²⁹⁹ acerca de la distinción entre los derechos y libertades positivas y negativas, subyace un pensamiento político de contraste, que proveen las bases teóricas del debate político y moral, entre aquellos que rechazan el paternalismo y aquellos que defienden el Estado del bienestar. Entre estos polos de opinión política, se distinguen quienes conciben el rol estatal como limitado, y por ende excluyen lo más posible el despliegue de su actividad. Y quienes aspiran a un Estado que se expande y abogan por una cada vez mayor interferencia en el quehacer público. En consecuencia, los primeros abogan por proteger la libertad y el dominio privado, mientras que los segundos protegen la igualdad y adhieren a una reasignación del erario público.

Ahora bien, ante la vulneración de cualquier derecho, sean estos de tipo positivo o negativo, conforme a la clasificación tradicional recién mencionada, se exigirá que judicialmente se activen los remedios legales para su restablecimiento. Por lo que más allá de la consagración normativa, habrá un costo asociado a obtener su cumplimiento³⁰⁰. Todo lo cual presupone un aparataje financiado con fondos públicos para hacer operativo el sistema de litigación en el despliegue de la actividad jurisdiccional, desde los aspectos materiales de instalaciones hasta la capacitación de los operadores jurídicos. Produciéndose una real inversión en el sostenimiento de los tribunales de justicia que,

²⁹⁸ HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. El costo de los derechos... *Op. cit.* (295), p. 55. Los autores ponen como ejemplo las decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Estados Unidos, primero en el caso Roe versus Wade, y luego el caso Maher versus Roe.

²⁹⁹ Este paralelo se ilustra muy claramente en HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. El costo de los derechos... *Op. cit.* (295), pp. 60- 63

³⁰⁰ HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. El costo de los derechos... *Op. cit.* (295), p. 64

en último término, repercutirá en la mayor o menor fuerza con que se protegen los derechos, y su real vigencia en el ordenamiento jurídico³⁰¹.

Por todo lo anterior, es que se puede afirmar que los derechos aun cuando son catalogados de negativos, implican una acción estatal afirmativa, la que se produce al momento de exigirse su debida protección en sede judicial³⁰². O sea, mientras de un lado hay un deber de abstención para la Administración, hay un deber constitucional de tutela para los tribunales de justicia una vez requerida su intervención. Todo esto es útil para comprender la forma en que se conjuga el principio de separación de poderes con el rol del Estado de Derecho Constitucional y Democrático, y si se quiere también del Estado Social o del Bienestar, pues no es concebible incoar una acción constitucional de protección de derechos contra el Estado, sin que previamente se cuente con una protección del propio Estado, ya que el ejercicio de los derechos y de las libertades dependerá de la autoridad que las protege y contra la cual se acciona³⁰³.

Y, cuando se accione solicitando el amparo de derechos sociales, inevitablemente se producirá una tensión entre su tutela judicial efectiva y la ejecución del gasto público³⁰⁴, pues éste último no corresponde a una facultad normal del ejercicio de la función jurisdiccional. Es de toda lógica que la protección de estos derechos, o la concreción de la seguridad social en general, traigan de suyo afectaciones en el financiamiento estatal. Al no haber estado previsto el desembolso, por los órganos competentes para discutir la asignación presupuestaria- Parlamento- por una parte, ni por los llamados a diseñar y ejecutar el presupuesto en políticas públicas sectoriales- órganos de la Administración del Estado-, se producirá un desajuste presupuestario. La escasez de recursos es una limitante para el gobierno que ha de cumplir la sentencia.

³⁰¹ HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. El costo de los derechos... *Op. cit.* (295), p. 64- 66. Esta idea los autores la resumen en sostener que si la supervisión judicial es laxa, los derechos son frágiles o elusivos.

³⁰² HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. El costo de los derechos... *Op. cit.* (295), p. 74

³⁰³ HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. El costo de los derechos... *Op. cit.* (295), p. 77

³⁰⁴ ESCOBAR TORRES, Sebastián, HERNÁNDEZ VARGAS, Luis y SALCEDO FRANCO, Cristhian. El juez constitucional... *Op. cit.* (293), p. 147

Aunque ha de tenerse presente que el juez no impartirá una orden a la Administración ordenando un específico gasto o inversión, sino que tan sólo controlará la implementación de una política pública que estima vulneratoria de un derecho. No pudiendo la Administración utilizar el argumento de que se trata de una tarea de su competencia, para pretender excluir tales políticas del control judicial.³⁰⁵

Lo más probable, es que el juez se vea enfrentado al escenario de que los derechos fundamentales conflictúan entre sí. Y esto porque, dado que la realización de los derechos depende de la asignación de los recursos públicos- que responden a una decisión política- estarán materialmente impedidos para cumplirse de manera óptima, cabal y simultánea. En otras palabras, la autoridad administrativa en su ejecución presupuestaria, ha decidido por motivos políticos y técnicos privilegiar la protección de un derecho por sobre otro, y ante la insatisfacción de derechos que están igualmente garantizados, los afectados recurren a los tribunales de justicia demandando que también se les resguarde³⁰⁶. Es por ello que se sostiene que los derechos no son absolutos, pues pese a concebirse constitucionalmente de igual valor, se protegen unos en desmedro de otros, ya sea por decisión o transacción política- legislativa o administrativa- o judicial³⁰⁷, es decir, se encuentran en una constante dinámica de expandirse y contraerse³⁰⁸. En este ir y venir, la protección de los derechos responderá

³⁰⁵ FIGUEROA GARCÍA- HUIDOBRO, Rodolfo. Modelo de control judicial... *Op. cit.* (240), p. 133

³⁰⁶ HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. El costo de los derechos... *Op. cit.* (295), pp. 123- 124

³⁰⁷ En 1993 el juez de la Corte Suprema, Stephen Breyer, sostuvo que el mal establecimiento de las prioridades es uno de los principales obstáculos a la buena regulación. En: HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. El costo de los derechos... *Op. cit.* (295), p. 148

³⁰⁸ HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. El costo de los derechos... *Op. cit.* (295), pp. 124, 126 y 146

a la valoración que se haga de ellos en un momento determinado³⁰⁹, y habrá una inevitable y constante fluctuación de redistribución de recursos estatales³¹⁰.

Ahora, si bien es cierto que “exigir derechos significa distribuir recursos”³¹¹, no es acertado sostener que los tribunales argumenten sobre el restablecimiento de un derecho subjetivo público, en base a los costos que para el Estado implica la tutela judicial efectiva de un derecho por sobre otro. El razonamiento gira más bien en torno a justificar la preeminencia de su amparo por sobre otros derechos, o intereses o situaciones jurídicas relevantes. Por lo tanto, las implicancias económicas de una decisión judicial que controla un acto de la Administración, no son asumidas por el órgano adjudicativo de derechos³¹². Es decir, en la adopción de la decisión, el tribunal no se hace cargo de analizar cuestiones tan pragmáticas como las relativas a las competencias institucionales y las finanzas públicas del ente administrativo encargado de cumplir la sentencia³¹³. Y he ahí un posible desajuste en el sistema institucional del Estado de Derecho, pues a través de un control judicial del acto administrativo, se provoca una asignación irresponsable en materia presupuestaria del órgano encargado de cumplir la sentencia. Entonces, a futuro el desembolso previsto para la concreción de sus demás funciones legales, fruto de un estudio técnico, pierden sentido y deben reformularse. Sin embargo, desde el punto de vista del afectado, tampoco sería

³⁰⁹ Pues el reconocimiento y protección de los derechos variará según el contexto socio político; los avances en el conocimiento; valores de la comunidad que se modifican según el tiempo y lugar; según cómo ha sido elaborado el presupuesto anual; entre otros. En: HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. El costo de los derechos... *Op. cit.* (295), p. 146

³¹⁰ HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. El costo de los derechos... *Op. cit.* (295), pp. 133 y 139. Resulta interesante destacar que los recursos públicos que están en esta dinámica de reasignaciones, subsidiando los derechos, no son proporcionados por quienes efectivamente los ejercen o por quienes reclaman su efectiva tutela, sino que provienen del erario público, el cual es financiado por todos los contribuyentes. Pues como la protección de los derechos a fin de cuentas benefician a la sociedad toda, es que es admisible que se financien con las rentas generales y no con las tasas específicas de los usuarios que ejercen sus derechos.

³¹¹ HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. El costo de los derechos... *Op. cit.* (295), p. 135

³¹² HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. El costo de los derechos... *Op. cit.* (295), p. 133

³¹³ HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. El costo de los derechos... *Op. cit.* (295), p. 143

concebible que el Estado no se hiciese responsable por ejemplo, por la falta de servicio, arguyendo el descalabro presupuestario que el resarcimiento le significa.

III. II. Clasificación de las sentencias según la erogación económica que implican³¹⁴

Se distingue entre fallos sobre derechos sociales en general y fallos sobre derechos sociales prestacionales. Ambas sentencias versan sobre un derecho con reconocimiento constitucional de su carácter social. Sin embargo, las primeras no conllevan la adopción de una decisión económica. Mientras que las segundas sí, pues si estiman que el derecho debe ser concedido, la pretensión que imponen será una orden de pago de lo debido, o bien, la orden de proveer un servicio. Puede ser que la obligación prestacional haya sido pre establecida en una relación jurídica previa, sea de naturaleza contractual o administrativa. O bien, no resulta de verificar ningún vínculo jurídico previo entre las partes de la controversia. En el caso de que existiera la obligación de pago previamente, la acción constitucional de tutela adopta más bien el carácter de una acción de cumplimiento. Es decir, más que una labor jurisdiccional de adjudicación, en estos casos el juez falla un símil de una demanda de cobro de pesos. En cambio, respecto de las sentencias que obligan a prestar un servicio, no podemos afirmar tan palmariamente que se encuentre previsto como una obligación legal. Por lo tanto, el activismo judicial sin dudas podría darse respecto de ese contenido decisonal, donde hay una intervención económica clara. Allí se aplica a Constitución de manera directa, sin intermediación legal, con afectación directa en la ejecución presupuestaria de los órganos políticos o en los particulares encargados de ejecutarla.

³¹⁴ En base a lo sostenido en María Paula SAFFÓN y Mauricio GARCÍA VILLEGAS. En: SAFFÓN, María Paula y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Derechos sociales... *Op. cit.* (283)

En este orden de ideas, la inestabilidad que provocaría el activismo judicial que se pronuncia sobre los derechos sociales, no sería tan sólo jurídica, sino que pudiese ocasionar un descalabro económico³¹⁵. No significa esto que el juez constitucional deba entonces pretender desempeñarse como un guardián de las arcas fiscales, sino que evite en incurrir en irresponsabilidad fiscal³¹⁶. Sobre todo considerando que al sentar un precedente jurisprudencial podría provocar una interposición *in crescendo* de acciones constitucionales contra el Estado, a fin de obtener igual amparo, muchas veces de carácter resarcitorio. Éste es un riesgo a nivel macroeconómico y de sostenibilidad financiera³¹⁷.

También, se ha dicho que tanto la tutela de los derechos civiles como la de los derechos sociales implican un costo para el Estado³¹⁸. Sin embargo, se ha solido atribuir una mayor erogación fiscal a los derechos sociales, se ha sostenido que supuestamente serían más costosos porque las obligaciones que de ellos derivan están consagradas de manera vaga e imprecisa, y además, porque no tendrían una efectividad inmediata, sino que sólo podrían ser conseguidos de manera progresiva por el Estado. Es decir, su efectiva tutela es imposible de conseguir si los demás agentes del Estado no han desarrollado la política pública necesaria para su materialización. Como contrapartida, se ha dicho que los derechos civiles sí tendrían este piso desarrollado por el Estado que hace posible su realización, con independencia del gobierno de turno, pues estos derechos no tendrían el carácter de ideológico, lo que los hipotéticamente los hace compatible con cualquier régimen político. A mayor abundamiento, los derechos civiles

³¹⁵ FIGUEROA GARCÍA- HUIDOBRO, Rodolfo. Justiciabilidad de los derechos... *Op. cit.* (224), p. 587

³¹⁶ Éste término, irresponsabilidad fiscal, es empleado por los autores Sebastián ESCOBAR TORRES, Luis HERNÁNDEZ VARGAS y Cristhian SALCEDO FRANCO. *En:* ESCOBAR TORRES, Sebastián, HERNÁNDEZ VARGAS, Luis y SALCEDO FRANCO, Cristhian. *El juez constitucional...* *Op. cit.* (293)

³¹⁷ Son enunciados estos riesgos *En:* FIGUEROA GARCÍA- HUIDOBRO, Rodolfo. Justiciabilidad de los derechos... *Op. cit.* (224), p. 587

³¹⁸ En contra, se ha sostenido que todos los derechos son positivos, siendo inadecuada la distinción, pues todos los derechos conllevan un remedio y, por tanto, una erogación fiscal. *Vid.* HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos...* *Op. cit.* (295), pp. 57- 59

se relacionarían con valores que son ampliamente compartidos por la mayoría de la ciudadanía, estando los poderes del Estado prestos a su satisfacción³¹⁹.

A las críticas de que estamos en presencia de extralimitaciones de funciones y competencias constitucionales, que incluso en reproches más severos se le ha tildado de politizar la labor judicial, pretendiendo redistribuir la riqueza. Se ha contra argumentado, sosteniendo una realidad muy evidente: Todos los derechos, de libertades individuales o sociales, cuestan. Todos requieren de una estructura presupuestaria para su real materialización y efectiva tutela judicial. Por lo demás, tampoco es un presupuesto de procesabilidad de la acción, que el juez constitucional deba verificar la disponibilidad de recursos antes de admitir a tramitación una acción de esta índole. El cumplir con la función de garantizar derechos, sean éstos de cualquier naturaleza- civiles o sociales- una vez requerida su intervención conforme a las formas legales, no puede significar por este solo hecho un cuestionamiento, que con el mero ejercicio de su actividad que le es propia, se estén usurpando funciones de otros Poderes del Estado.³²⁰

Un ejemplo de un fallo chileno con fuerte incidencia en materia del costo de los derechos, por el aparataje que implica su cumplimiento, se dictó con ocasión de un recurso de protección interpuesto por el Instituto Nacional de Derecho Humanos en favor de las personas naturales que individualiza, que a la fecha de presentación del recurso cumplían penas privativas de libertad, en contra del Servicio Electoral y Gendarmería de Chile. Ello, por no proporcionar las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho a sufragio. La Corte Suprema³²¹ acogió la apelación y revocó la Sentencia de la

³¹⁹ Para el análisis de los criterios de distinción entre los derechos civiles y políticos versus los derechos económicos, sociales y culturales *Vid.* FIGUEROA GARCÍA- HUIDOBRO, Rodolfo. Justificación del Rol de las Cortes haciendo justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular el derecho a la protección de la salud [en línea] Revista Chilena de Derecho, vol. 36, N° 2, 2009, pp. 313- 342, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372009000200005> [Consulta: 17 de junio de 2017]

³²⁰ Estas referencias a la defensa del activismo judicial las podemos encontrar En: FIGUEROA GARCÍA- HUIDOBRO, Rodolfo. Justiciabilidad de los derechos... *Op. cit.* (224), p. 587

³²¹ Corte Suprema Rol N° 87743- 2016, Tercera Sala, caratulado Instituto Nacional de Derechos Humanos Representante David Bahamondes González; Bárbara Inés Oyarzo Tobar; Carlos

Corte de Apelaciones de Arica. Resolvió que el actuar de las recurridas era ilegal, pues contravenía normas internas e internacionales ratificadas por Chile, vulnerándose la garantía de igualdad de trato. Encontrándose tales entes del Estado obligados a velar por el oportuno y adecuado ejercicio del derecho de sufragio de los recurrentes.³²²

De este fallo, además del costo aparejado por la implementación de una política pública no prevista por la ley, es necesario destacar que la Corte resuelve dictando una orden a otro poder del Estado, el Ejecutivo, pues ordena *implementar las medidas necesarias para resguardar el ejercicio de este derecho a quienes aun cuando están privados de libertad, no tienen suspendido su derecho a voto (...)*.

Por lo demás, la Corte para fundar su decisión se cita a sí misma, en un Oficio que envió al Legislador informando acerca de un proyecto de ley, pues allí había hecho patente la necesidad de *“implementar una política reglamentaria y estructural”*, indicando además, las variables que considera pertinentes de tener en cuenta en la determinación de tales políticas. Con ello, la propia Corte reconoce que el asunto controvertido es materia de ley que se encuentra en discusión en el Parlamento. Pero a falta de norma, resuelve tutelando el derecho fundamental, aun cuando aquello importe una injerencia

Manuel Valdés Cortes Contra Servicio Electoral y Gendarmería de Chile, de 2 de febrero de 2017, adoptada con el voto en contra de la Ministra Sra. Rosa Egnem.

³²² El razonamiento de la Excm. Corte fue el siguiente: En cuanto a la normativa interna consideró que el artículo 52 de la Ley N° 18.700, le entrega expresamente al Servicio Electoral la determinación de los locales de votación en que funcionarán las mesas receptoras de sufragios en cada circunscripción, sin realizar una enumeración taxativa ni excluyente de recintos. Por otro lado, los artículos 2° y 25 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, establecen la obligación de Gendarmería de velar activamente por el respeto de la condición de ciudadanos de los privados de libertad bajo su custodia. (Considerandos 5° y 6°). Respecto a las normas internacionales aplicables: La Corte señala que el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no distingue que para ejercer el derecho de sufragio se trate de personas privadas de libertad o no. Y que el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, señala las restricciones que la ley interna puede imponer al ejercicio del derecho de sufragio, sin establecer como causales la privación de libertad como medida cautelar o por condena sin que traiga aparejada la pena accesoria de pérdida de este derecho. (Considerando 7°). Por último, la Corte hace una aplicación directa del texto constitucional, pues decide considerando que el artículo 1° asegura el derecho de todas las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Y califica al derecho a voto como la herramienta de participación ciudadana más relevante y afín con la democracia. (Considerando 8°)

al Legislativo y al Ejecutivo, en el diseño y en la ejecución de políticas públicas y el gasto presupuestario asociado. Con todo, éste es un caso en concreto de una comuna en particular, pero que podría proliferar a nivel nacional debido al criterio manifestado por la Corte.

III. III. Revisión de las decisiones de la Corte Suprema de Chile desde la perspectiva de las políticas públicas

Pese a que en Chile no rige el sistema del precedente vinculante en materia judicial, las decisiones que ha adoptado la Corte Suprema han sentado una jurisprudencia que ha contribuido a delimitar los contornos difusos del derecho administrativo desde el retorno a la democracia hasta nuestros días, y a dotar de claridad conceptual a las instituciones de esta disciplina de manera más autónoma, distinguible del derecho civil en general. El impacto de sus decisiones no es tan sólo apreciable desde la academia y la docencia en general, en orden a dar forma a las diversas figuras e instituciones del derecho administrativo de fondo y procedimental, sino que también ha tenido implicancias en la determinación del actuar de los entes administrativos y de la litigación en general, en tanto cómo los administrados recurrentes han moldeado sus estrategias procesales en la formulación de sus pretensiones, adecuándolas a los estándares jurisprudenciales y a las nuevas concepciones imperantes en la alta magistratura, acerca del significado y alcance del interés público y del rol del Estado.

A continuación se revisarán ciertas decisiones judiciales de la Corte Suprema, que han sido emblemáticas de los últimos años por pronunciarse sobre materias de políticas públicas, dejando en entredicho los perfiles que delimitan la actividad del legislador, del administrador y del juez, pues desdibujan su claridad y precisión tradicional. En un análisis somero, pareciera que en un afán de control, la Corte se interpone en los ámbitos competenciales de los otros poderes del Estado.

Caso a caso se hace necesario dilucidar si el fundamento jurídico esgrimido por el máximo tribunal justifica un rediseño o un cambio en la ejecución de una determinada política pública, o bien, si acaso hay algún atisbo de arbitrariedad al no respetar la independencia de los otros poderes, infringiendo el principio de separación de poderes, base del Estado de Derecho. A continuación se analizarán fallos de la Excma. Corte en los tópicos de medio ambiente, educación, responsabilidad del Estado, salud y seguridad urbanística.

III. III. 1. Medio ambiente: Caso “Ciclovías de Rancagua”³²³

En voto de mayoría³²⁴, la tercera sala de la Corte Suprema acogió el recurso de apelación interpuesto por un grupo de vecinos, que se individualizan, contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua³²⁵, que rechazó con costas el recurso de protección que impugnaba el acto administrativo dictado por el Alcalde de la I. Municipalidad de Rancagua, mediante el cual modificaba el Plan Regulador Comunal, incorporando una planificación de red de ciclovías. Y en su lugar, revocó y tuvo por acogido el recurso de protección.

Los vecinos recurrieron en contra del acto del Alcalde por calificarlo de arbitrario y vulnerar los derechos fundamentales consagrados en el artículo 19 N° 1 y 8 de la Constitución Política, al determinar el lugar donde se ubicaría una nueva ciclovía en la comuna, la cual se pretendía construir como una respuesta de la autoridad a la necesidad de disminuir los índices de material particulado respirable en la zona.

³²³ Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 2272- 2013, de 27 de junio de 2013

³²⁴ La votación en la Tercera Sala fue dividida. En la mayoría, los Ministros Sr. Muñoz, Sr. Carreño y Sra. Sandoval. En la disidencia, el Ministro Sr. Pierry y el Abogado Integrante Sr. Pfeffer.

³²⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua Rol Civil N° 306 de 2013, de 22 de marzo de 2013

Solicitaron se suspendiera la construcción de la obra, hasta la evacuación de un estudio técnico que se pronunciara sobre la determinación del lugar recomendable para ubicar la ciclovía, atendido su impacto en el entorno vecinal.

La Corte Suprema, conociendo del recurso, sólo realizó una referencia tangencial al costo financiero que significa para el municipio la construcción de la ciclovía, y al hecho que la elección del lugar no es antojadizo, sino que debe responder a una evaluación del empleo de recursos municipales y públicos, buscando su optimización³²⁶. Afirma que tal planificación técnica y económica ha de tener como propósito la mejora en la calidad de vida de los vecinos, específicamente los del lugar en que ésta se emplazará. Y, en tal sentido, no puede desatenderse la afectación que en ellos se producirá. Más adelante, reitera la idea que una adecuada asignación de los recursos debe considerar que las obras a construir ocasionen el menor daño posible en el entorno donde se ubicará. Por lo tanto, alegaciones relativas al mayor valor que importaría su realización en un lugar diferente al elegido por el municipio, por la necesidad de efectuar obras adicionales, así como por la repercusión negativa que posiblemente provocaría en el medio ambiente circundante- específicamente la entubación de un canal, donde sus aguas amainarían la polución- no tendrían asidero. Fundamentalmente, porque la Excma. Corte realiza una apreciación³²⁷ en la cual concluye que “al parecer” el canal pasa la mayor parte del tiempo seco, por lo que la consecuencia adversa al medio ambiente no revestiría la envergadura señalada por la recurrida, no teniendo la fuerza suficiente para justificar mantenerlo sin intervención de obras que lo encausen.

³²⁶ Los enunciados de contenido económico se expresan principalmente en los Considerandos 3º, 6º y 7º de la referida sentencia de la Corte Suprema.

³²⁷ A partir de un set fotográfico; una certificación de una Asociación de Canalistas que desconocen la pertenencia del canal a su rol de usuarios; a que no se presentaron en autos antecedentes técnicos sobre su eventual inconveniencia o peligro de encausarlo; y , a la circunstancia que la empresa concesionaria de servicios sanitarios de la comuna, advirtiese sobre la necesidad de construir obras de protección consistentes en la instalación de una gran válvula, en el sector determinado por la Municipalidad.

Para fundamentar entonces su decisión de acoger³²⁸, cataloga como “hecho indesmentible” y “no cuestionado por los litigantes” que la acera- que permite el acceso a las viviendas y que alberga los antejardines vegetados, elaborados por los vecinos- constituye un “sector consolidado”, porque denota un esfuerzo y preocupación sostenido en el tiempo. Además, cabe agregar que la Corte va más allá de simplemente constatar una vulneración de derechos fundamentales, pues propone el lugar que considera idóneo para la construcción de la ciclovía, que a su parecer presenta características y condiciones completamente opuestas a la de las aceras de los vecinos, lo que la torna inmediatamente en adecuada y conveniente. No obstante estas consideraciones, en lo resolutivo de la sentencia, no ordena directamente la construcción en el lugar estimado como mejor por ella y por los recurrentes, sino que ordena la suspensión de las obras hasta la realización de los estudios de factibilidad técnica que demuestren que la construcción en el lugar recomendado “adolesce de inconvenientes graves que la tornen inviable”. O sea, dirige igualmente la decisión de la autoridad, quien para mantener su elección respecto del lugar, deberá fundamentar que conforme a un informe de carácter objetivo y eminentemente técnico, el lugar propuesto presenta obstáculos de alta entidad que no permiten su construcción, elevando el estándar de su justificación.

Lo que la Corte Suprema hace, es ponderar el impacto en los derechos e intereses de los vecinos que se produce al emplazar la construcción de la obra en un lugar u otro. Así, estima que la ciclovía en la zona determinada por el municipio, afecta para ellos el esfuerzo y dedicación de años. Mientras que el lugar recomendado por la Corte y propuesto por los vecinos, importa la recuperación de una franja abandonada y carente de preocupación y mejoras. Afirma que optar por la primera es arbitrario e irracional. Por ello, estima que el acto del municipio vulnera el derecho de igualdad ante la ley- consagrado en el numeral 2 del artículo 19 de la Constitución Política, por cierto no alegada su violación por los recurrentes- en tanto que en otros lugares en que se han

³²⁸ Considerando 5° de la aludida sentencia.

realizado este tipo de construcciones, se habría privilegiado su emplazamiento en atención al bien común de la ciudad y de cada uno de sus habitantes.

Este razonamiento y resolución son completamente opuestos al efectuado por la Corte de Apelaciones de Rancagua³²⁹. Dicha Corte consideró que no podía sustituir al municipio en sus facultades de gobierno local y, por consiguiente, tampoco en la administración de sus recursos, como lo son los bienes nacionales de uso público. Sostuvo que el acto impugnado no era ilegal ni arbitrario, pues correspondía a la Municipalidad la determinación del lugar, bastando que manifestara razones suficientes para la adopción de su decisión, sin que la Corte pudiese ponderarlas. Pues el solo hecho de discrepar legítimamente acerca de su decisión, no vuelve al acto en arbitrario. En ese orden de ideas, tampoco habría una vulneración de derechos fundamentales, puesto que sólo se manifiestan riesgos eventuales relativos a las imprudencias que pudiesen cometer en el tránsito diario tanto peatones como conductores. Motivos por los cuales resolvió no dar amparo constitucional a una mera especulación acerca de una amenaza futura a la vida e integridad física de futuras víctimas indeterminadas, pues una interpretación en tal sentido significaría dotar de una naturaleza de acción popular al recurso de protección, que claramente no la tiene.

Dado el inusitado, pero cada vez más frecuente, pronunciamiento de los jueces sobre políticas públicas, es que desde la doctrina este fallo no pasó inadvertido. Así, Luis CORDERO VEGA comentó³³⁰ que el rol de diseño e implementación de las políticas públicas en las sociedades democráticas, corresponde de manera relativamente obvia a las agencias administrativas, pues son ellas quienes se encuentran sujetas a las reglas de eficiencia y eficacia impuestas por el ordenamiento jurídico, desde el punto de vista de la gestión de los recursos públicos y el grado de conocimiento técnico de los órganos. Y además, porque ellas se encuentran sometidas al sistema de rendición de cuentas y gozan de legitimidad democrática. Ahora bien, sostiene que no obstante ser el rol de los

³²⁹ En especial los Considerandos 4° y 5° de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol Civil N° 306- 2013, ya mencionado.

³³⁰ Comentarios En: CORDERO VEGA, Luis. Jueces y políticas... *Op. cit.* (285)

jueces el servir de freno institucional en el control de la discrecionalidad administrativa, cuando, por ejemplo, del diseño y ejecución de políticas públicas hay actuaciones lesivas de derechos fundamentales, en ningún caso se habilita al tribunal para sustituir la decisión administrativa. Si ello ocurriese, se produciría un desequilibrio en el sistema institucional, dado que la sentencia judicial tiene el atributo de la cosa juzgada. Al contrario de lo que caracteriza a la decisión administrativa, que no es inalterable ni inmutable, ya que permite su revisión y modificación a través del tiempo, dotándola de la flexibilidad y maleabilidad suficiente para enfrentar la contingencia, incluso durante su implementación.

El referido autor agrega, que el juicio de mérito que efectuó la Corte Suprema sobre los beneficios que importaba para la comunidad el emplazamiento de las obras en el nuevo trazado fijado por ella, importa decidir acerca de cómo la Administración debe implementar una determinada política pública. Pasando por alto que la decisión de la autoridad administrativa es fruto de la compatibilización del cumplimiento de sus tareas encomendadas por ley, por una parte, y de la gestión de los recursos públicos, que son escasos, por otro. Es decir, no atiende al mayor costo que un cambio de lugar puede conllevar. De manera tal, que para CORDERO VEGA, el control judicial de la discrecionalidad del acto administrativo, que se da a propósito de la vulneración de derechos fundamentales, no puede conllevar una alteración al sistema de distribución de competencias de los poderes públicos.

III. III. 2. Educación: Caso “Toma del Instituto Nacional”³³¹

³³¹ Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 23540- 2014, de 4 de noviembre de 2014

En votación dividida³³², la Corte Suprema conociendo de la apelación interpuesta en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago³³³ que acogió el recurso de protección -interpuesto por un grupo determinado de apoderados del Instituto Nacional José Miguel Carrera, en contra de un grupo de estudiantes que individualiza, la Municipalidad de Santiago representada por su Alcaldesa, y el Rector del establecimiento- añadiendo nuevas consideraciones, la revocó respecto de los dos primeros recurridos, rechazándola, y confirmándola respecto del último.

En cuanto a los hechos, un grupo de apoderados de alumnos que cursaban a la fecha entre 7° básico y 2° año de enseñanza media, dedujeron en favor de ellos, un recurso de protección en contra del acto que consistente en lo que califican una usurpación ilegal y arbitraria del recinto educacional, durante un período que excedía el mes y medio, contado desde la interposición del recurso de protección, hasta la fecha en que se dedujo la apelación, impidiéndose su normal funcionamiento.

Como ya se comentará, dirigieron la acción en contra de diez estudiantes que individualizan, a los cuales identifican como los dirigentes y líderes de la movilización estudiantil que decantó en la ocupación del recinto; en contra también de la I. Municipalidad de Santiago, representada por su Alcaldesa; y, en contra del Rector del establecimiento. Éste último fue emplazado en la causa producto de la acumulación de

³³² Votos de mayoría de los Ministros Sr. Pierry, Sra. Egnem y Sra. Sandoval. Prevención del Ministro Sr. Pierry; Votos disidentes respecto de la decisión de acoger el recurso contra la Municipalidad de Santiago, el Ministro Sr. Ballesteros y el Abogado Integrante Sr. Piedrabuena; Votos disidentes que estuvieron por rechazarlo también respecto del Rector del Instituto Nacional, Sr. Pierry y Sra. Sandoval. Se ha dicho que esta sentencia presenta un grado de complejidad al fallar de manera compuesta, aunque sin llegar a constituir una de tipo *plurality opinión*. En: VERGARA ARTEAGA, Alberto. Toma del Instituto Nacional: Una mala lección sobre el Estado de Derecho, En: FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo y GARCÍA GARCÍA, José Francisco (Editores), Sentencias Destacadas 2014. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas, Ediciones LYD, (Santiago, Chile, 2015), p. 195 [en línea] <<http://lyd.org/wp-content/uploads/2016/12/pp-187-201-Toma-del-Instituto-Nacional-una-mala-lecci%C3%B3n-sobre-el-estado-de-derecho-AVergara.pdf>> [Consulta: 25 de noviembre de 2017]

³³³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol Protección N° 39022- 2014, de 18 de agosto de 2014

autos que se ordenó, por la existencia de otro recurso de protección interpuesto por otros apoderados, en favor de otros alumnos, por idénticos hechos.

Lo solicitado por los recurrentes, en el petitorio de la acción, fue que la Corte ordenase lo siguiente:

a) A los estudiantes: Abandonar el recinto dentro de las veinticuatro horas siguientes de acogido el recurso, bajo apercibimiento de desalojarlo por la fuerza pública; y abstenerse de incitar a la toma del recinto, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desacato.

b) A la Municipalidad: Dejar sin efecto el documento denominado Protocolo, por el cual afirman que se validó la toma; ordenar que adopte medidas “pertinentes, oportunas y eficaces” para garantizar los derechos fundamentales conculcados a los recurrentes.

c) A la Municipalidad y al Rector: Adoptar las medidas conducentes para reanudar las actividades académicas y evitar la vulneración de derechos a los estudiantes.

d) Finalmente, en subsidio, que se decreten las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la protección de los apoderados y estudiantes.

La primera de las solicitudes fue desechada, debido a que al ser la toma depuesta al día siguiente de la presentación de la apelación, cesó el acto que se estimaba vulneratorio de derechos fundamentales.

La segunda solicitud también fue desestimada, ya que por una parte el protocolo no fue acompañado a la causa; y, por otra, la Alcaldesa no perseveró en la utilización del documento por ella concebido como instrumento que fijaría las condiciones de diálogo para la resolución pacífica del conflicto, pues debido a un incendio acaecido en el recinto durante la toma y que se detalla en el expediente, finalmente las partes no lo suscribieron. Por lo que éste no se encontraba vigente al momento de accionar.

Ahora bien, respecto al acto mismo de la toma del establecimiento educacional, la Corte Suprema señaló que consta en su jurisprudencia de manera reiterada, que la

toma de una escuela es un acto de fuerza; un medio no legítimo de emitir opinión, que no es, por tanto, contenido del derecho a manifestarse; que constituye un comportamiento antijurídico al no respetar los derechos de los demás estudiantes, aun cuando fuese fruto de una decisión adoptada por la mayoría de ellos. Llamando la atención a no confundir esta vía de hecho ilegítima con la protesta social generadora de debate en la opinión pública, la cual sí es lícita *per se*.³³⁴

Es por las consideraciones recién resumidas que la Corte Suprema desestimó la solicitud de ordenar a los estudiantes de abstenerse a incitar a la toma o a hacer llamamientos para discutir acerca de su procedencia o de otras formas de paralizar sus actividades. Agrega, que aun cuando la deliberación de los estudiantes verse sobre un asunto de contenido ilegítimo, una orden judicial no puede prohibirla de manera absoluta. Ello implicaría dictar una orden de censura previa, la cual sería carente de valor y de efecto vinculante. No siendo posible, por mandato constitucional, limitar previamente el ejercicio de los derechos a manifestarse libremente, la libertad de emitir opinión y el derecho a reunirse, pues ni siquiera requieren de permiso anticipado de la autoridad³³⁵.

Luego, en lo relativo al actuar de la Municipalidad, señala que en sede de protección sólo debe examinarse si su actuar es ilícito o arbitrario, porque en ningún caso la decisión judicial puede sustituir a la Administración, poniendo énfasis en que las características de las decisiones administrativas es que éstas son revisables y modificables a través del tiempo, además sobre ellas debe rendirse cuenta pública. En contraposición a las decisiones de los tribunales de justicia, que son inalterables e inmutables³³⁶. En ese sentido, el voto de mayoría indica que no es posible que la Corte defina *a priori* la reacción que debe adoptar el ente administrativo, pues dentro de su

³³⁴ Considerando 6° de la referida sentencia de la Corte Suprema

³³⁵ Considerando 7°. Establece sí una salvedad, aunque no lo concibe propiamente como una autorización, señala “*sin perjuicio de la regulación por el organismo competente de las reuniones que se efectúen en espacios públicos*”

³³⁶ Considerando 9°. Sobre estas características, ya lo advierte el profesor CORDERO VEGA a propósito del análisis que efectúa al caso “ciclovías de Rancagua”, comentado anteriormente.

ámbito de competencia debe apreciar las cuestiones de mérito y oportunidad, acerca de cómo enfrentar estas situaciones. Además, del hecho que consta en autos, que primeramente optó por agotar las instancias de diálogo, de ello no se sigue que implícitamente haya renunciado a proceder al desalojo del lugar³³⁷.

De esta manera, lo único controlable para la Corte en esta instancia, es si la Municipalidad en el ejercicio de sus facultades, se ha sometido al principio de legalidad actuando con la debida razonabilidad y prudencia. Y, por ello, el establecimiento de vías de persuasión antes de proceder al desalojo no se aparta de la normativa jurídica, toda vez que no se encuentran reguladas de manera imperativa las acciones precisas que debe adoptar frente a estas circunstancias. Tampoco constituye un acto arbitrario, pues fue debidamente justificado por ella y, a su vez, apoyado por los subcentros de padres y apoderados. Con todo, aunque no pueda controlarse el mérito de las medidas que adoptó la Municipalidad, en otras instancias judiciales sí podrían evaluarse las consecuencias antijurídicas que su conducta acarreó para los particulares.

En cuanto a la pasividad y desidia que los recurrentes alegan respecto del Rector, al desatender las facultades que le dota el Reglamento Interno del establecimiento, para adoptar determinadas acciones frente a conductas estudiantiles ilegales que impidan el normal funcionamiento de las actividades educativas, es que la Corte acoge el recurso respecto de él, pues existía una norma expresa que lo obligaba a actuar de una manera determinada³³⁸.

A todo lo ya dicho, cabe hacer especial énfasis en la prevención del Ministro Sr. Pierry, quien señala que las tomas de los establecimientos educacionales son sólo “en principio” ilegales, pues bajo circunstancias extraordinarias éstas sí encontrarían sustento legal en el ordenamiento jurídico. Como ejemplo, menciona dos acontecimientos históricos, uno nacional y otro extranjero, en los que menciona haber participado como estudiante. Indica que aquellos sí serían legítimos. En cambio, en los

³³⁷ Considerando 10°

³³⁸ Considerando 17°

hechos de los cuales la Corte conoce, no se darían estas circunstancias que permitirían revertir su carácter antijurídico, en tanto que se constatan en el corto tiempo que las principales autoridades del Estado y “gran parte del país”- sin especificar si se refiere a poderes fácticos, organizaciones sociales o a la ciudadanía en general- se encuentran abocados a realizar una profunda reforma educacional, por lo que la toma del Instituto Nacional pierde legitimación “y su eventual carácter épico y se transforma simplemente en un fastidio social”.

Agrega, que en el control de la legalidad de los actos administrativos no puede ser sustituido por el juez, quien tampoco puede ordenar la actuación a seguir. Tal es una regla primera del contencioso administrativo como corolario de la separación de poderes. Además, los jueces no son electos por el pueblo para gobernar, entonces es la ciudadanía la quien finalmente debe respaldar o no la actuación edilicia, mediante el sufragio. Es decir, bajo su concepción, el ejercicio de la democracia se encuentra limitado al acto electoral, lo mismo que el derecho a manifestarse. Salvo que se den aquellas circunstancias que volverían al acto de la manifestación en una auténtica y válida protesta social. Sin embargo, no da luces para conocer acerca del contenido de tales circunstancias ni quién las califica, o si es necesario que aquello se judicialice para la determinación de su licitud o no. Todo este discurso pierde coherencia, claridad y sustancia, cuando más adelante admite que ciertos ejercicios del derecho de expresión, que se manifiestan en forma de reclamos de la ciudadanía, sirven para la obtención de cambios políticos, cuando son aprobadas por la opinión pública en su conjunto.

Por otro lado, para los disidentes que fueron partidarios de acoger el recurso contra la autoridad edilicia, fundamentan su postura en que las Municipalidades, en tanto sostenedoras de los establecimientos educacionales, están legalmente obligadas a proveer de manera regular y continua el servicio educacional, debiendo haber ejecutado las medidas necesarias para la consecución de ese objetivo.

En nuestra opinión, el conflicto debe ser abordado políticamente en cuanto a las acciones a adoptar por parte de la autoridad, no pudiendo los tribunales de justicia inmiscuirse en ese aspecto discrecional de la decisión administrativa. En ese sentido, parece acertada la decisión de la Corte Suprema de dejar al escrutinio de la ciudadanía

la evaluación de la actuación de la Administración, aunque no parece sensato reducirla al acto electoral. Además, ante esta colisión de derechos e intereses, deben ampararse las diferentes formas de manifestación de la garantía constitucional de la libertad de expresión, concibiéndola como parte integrante de lo que se entiende como protesta social, que tiene en último término como fundamento el bien de la comunidad. Porque si la toma se entiende como un acto de fuerza, ello no es óbice para desestimar su valor expresivo por la sola circunstancia de no encontrarse legalmente regulado la toma de espacios públicos como forma de manifestación social³³⁹.

Puede argumentarse desde la filosofía política, que en la adopción de decisiones por parte de las instituciones formales de las democracias representativas, la opinión pública goza de un valor importante. De hecho, la legitimidad de los representantes se da en la relación y la permeabilidad con el sentir de los ciudadanos en los espacios informales donde se forma la opinión pública, los cuales son ajenos a la intervención estatal, produciéndose de forma libre y abierta, así ocurre con los movimientos sociales en general, y las protestas³⁴⁰.

En resumen, lo relevante de este caso es que la Corte Suprema “pondera adecuadamente las competencias y obligaciones de los diversos actores políticos” y, por ello reconoce la discrecionalidad en la decisión de la autoridad municipal y educacional en la adopción de acciones conducentes a hacer frente al conflicto estudiantil, pues constituye un ámbito de acción política, que queda a evaluación de la ciudadanía y no

³³⁹ LOVERA PARMO, Domingo. Toma de colegios (y protestas). Comentario de la Sentencia de la corte Suprema Rol N° 23.540- 2014, de 4 de noviembre de 2014, En: Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Vol. 22, N° 11, (Coquimbo, Chile, 2015) [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-9753201500010001> [Consulta: 25 de noviembre de 2017]. En respaldo a esta opinión, el autor cita la jurisprudencia canadiense “Calgary (city) v. Bullock (occupy Calgary), 2011, ABQB 764, y la doctrina estadounidense de Kunstler, Sarah (2011- 2012), The right to occupy- Occupy Wall Street and the First Amendment, en: Fordham Urban Law Journal, vol. 39, pp. 989- 1019 y 1012- 1018

³⁴⁰ LOVERA PARMO, Domingo. Toma de colegios... *Op. cit.* (339), para respaldar su posición, cita los postulados de Robert Post (2012), *Democracy, expertise, academic freedom: A first amendment jurisprudence for the modern state*; New Haven, Yale University Press, p. 15. Y la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 14 de mayo de 1985, 1BvR, 233, 341/ 81

del tribunal. Por lo demás, concibe a la toma como una manifestación del derecho fundamental de libertad de expresión y de reunión³⁴¹, por lo que no cabe en ellos la censura previa. O sea, no admite su licitud, pero tampoco reprime su ejercicio antes de que este acontezca.³⁴²

Al contrario, algunos autores han adoptado una postura aún más conservadora que la propia Corte Suprema, y se han mostrado más en la línea del pronunciamiento de la Corte de Apelaciones. Así, se ha dicho que el voto de la mayoría constituye una “mala lección sobre lo que es el Estado de Derecho”, pues la Corte lo que hace es manifestar una impresión acerca de la vulneración de derechos; la deferencia hacia la actuación administrativa y el uso de sus facultades de imperio; dependiendo de factores extrajurídicos, sujetos a la opinión pública y a la de los actores políticos intervinientes³⁴³. Así, señalan que la deferencia hacia a la Administración no se condice con fallos anteriores de la Corte Suprema en materia medio ambiental³⁴⁴.

Desde la academia, se criticó el voto de prevención, el cual se calificó como “intrigante o enigmático”, pues no explica cómo una vía de hecho que ejerce violencia en las cosas y/o en las personas, puede tornarse lícito, ni la manera en que han de calificarse las circunstancias que lo justifican y que supuestamente devienen el acto en lícito³⁴⁵. Por otra parte, los ejemplos históricos invocados acerca de ocupaciones lícitas de recintos de educación, se entrega de manera parcial, pues no indica las sanciones

³⁴¹ Hay autores que dan otra lectura a este fallo. Le consideran relevante igualmente, incluso como precedente judicial, sin embargo, ven su importancia en que la definición de toma de un establecimiento educacional tiene en su esencia ser un acto de fuerza que ocasiona consecuencias adversas a los derechos fundamentales. Así opina José Francisco García En: GARCÍA GARCÍA, José Francisco. “Toma” del Instituto Nacional. En: El Mercurio Legal [en línea] <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Juridico/2014/11/13/Toma-del-Instituto-Nacional.aspx>> [Consulta: 25 de noviembre de 2017]

³⁴² LOVERA PARMO, Domingo. Toma de colegios... *Op. cit.* (339)

³⁴³ VERGARA ARTEAGA, Alberto. Toma del Instituto... *Op. cit.* (332), p. 187

³⁴⁴ VERGARA ARTEAGA, Alberto. Toma del Instituto... *Op. cit.* (332), p. 200. Menciona los casos Castilla y El Morro, por lo que cuestiona las fluctuaciones de la Corte por presiones ejercidas por movimientos sociales y sectores políticos.

³⁴⁵ VERGARA ARTEAGA, Alberto. Toma del Instituto... *Op. cit.* (332), p. 197

penales que recibieron los dirigentes estudiantiles de la época, precisamente por estimarse su conducta como violenta y antijurídica en ese momento³⁴⁶. Que sólo el análisis histórico posterior le ha dotado de validez a tales conductas, no siendo así la evaluación de tal comportamiento por los tribunales de justicia que juzgaron aquellos hechos, tal como ocurrió en el caso de autos.

También en otro caso sobre toma de un establecimiento educacional, el voto disidente de la Corte Suprema se pronuncia sobre una materia propia de política pública. Incluso manifestando una valoración en torno a la justificación de la acción, de la cual desprende su legitimidad y consecuente legalidad, que por sí sola permitiría desechar el recurso de protección. Así, en esa ocasión, la minoría señaló “(...) *la toma de un recinto universitario debe ser considerada como una legítima expresión de reclamo ante la necesidad de adoptar cambios urgentes en materia educacional y como forma de protesta para la obtención de cambios políticos mayores, circunstancias que disipan cualquier atisbo de ilegalidad en el actuar del recurrente.*”³⁴⁷

³⁴⁶ VERGARA ARTEAGA, Alberto. Toma del Instituto... *Op. cit.* (332), pp. 197- 198. El autor comenta que el principal líder estudiantil francés, Gabriel Cohen- Bendit, fue expulsado de Francia con la prohibición de ingresar nuevamente al país. Y que su retorno sólo se pudo concretar en 1978. También menciona que el presidente De Gaulle adoptó las medidas sancionatorias que estaban legalmente a su alcance para reprimir el movimiento social; y que constan las disoluciones y proscripciones de agrupaciones estudiantiles de la época.

³⁴⁷ Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 18296- 2017, de 5 de septiembre de 2017. En la disidencia se encuentran los Ministros Sr. Muñoz y Sr. Valderrama, siendo este último quien agrega la consideración que se cita. Con la mayoría, concurren la Ministra Sra. Egnem y los Abogados Integrantes Sr. Gómez y Sr. Rodríguez

III. III. 3. Responsabilidad del Estado por falta de servicio ante catástrofes naturales: Caso “Tsunami 24 F. Actividad extractiva de algas en Isla Mocha”

348

En primera instancia, la cónyuge e hijos de un hombre víctima del tsunami que afectó las costas del centro sur del país el día 24 de Febrero de 2010, específicamente en la localidad de Isla Mocha, demandaron al Fisco de Chile por indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual del Estado, por falta de servicio. Y, en subsidio, por el régimen general de responsabilidad. Por el daño moral que padecen a raíz de la muerte de aquel.

Los demandantes fundaron la falta de servicio en la inexistencia de respuesta por parte de los órganos del Estado- SHOA y ONEMI- en el despliegue de medios de alerta con los que contaban al momento de acaecer los hechos, y por la pérdida de la oportunidad de sobrevivir, ante la carente preparación y educación previa de la población en general, como lo es el desconocimiento de zonas seguras, la falta de señalética de evacuación y la capacitación a los isleños respecto de las medidas de seguridad a adoptar en eventos como este.

El tribunal de primera instancia³⁴⁹ rechazó la demanda, atendido a que se impide configurar la falta de servicio, pues concurre la fuerza mayor o caso fortuito. Señala que dado el acaecimiento del terremoto, sumado a las especiales condiciones geográficas de aislamiento del lugar, y la provocación de la interrupción de las comunicaciones.

³⁴⁸ Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 4658- 2017, de 16 de noviembre de 2017. Fue adoptada mediante voto de mayoría de los Ministros Sra. Egnem, Sr. Valderrama y Sr. Prado. En la disidencia concurrió la Ministra Sra. Sandoval y el Abogado Integrante Sr. Quintanilla

³⁴⁹ Sentencia del 3° Juzgado Civil de Concepción, Rol N° C- 1098- 2014, de 30 de octubre de 2015

En segunda instancia, la Corte de Apelaciones de Concepción³⁵⁰ confirmó la sentencia de primer grado, añadiendo consideraciones relativas a la conceptualización del caso fortuito³⁵¹. Agregó además, que la obligación de reparar el daño moral no pudo tener como base un reproche general de los demandantes al Estado, como un cuestionamiento político a la gestión de la Administración, sino que debió enfocarse en relación a la muerte de la víctima. Considerando que no era dable la exigencia que los órganos del Estado diesen aviso oportuno de la alerta de tsunami, atendida la ubicación geográfica del lugar donde falleció la víctima, pues se encuentra alejada de los poblados. A ello, suma el que los demandantes no lograsen acreditar la existencia de datos que hayan permitido a la autoridad local acudir en auxilio de los trabajadores recolectores que allí se encontraban. Finalmente, indica que los demandantes tampoco pudieron acreditar la falta de servicio, en orden a la obligación de la autoridad de prestar el servicio, ni la forma ni la oportunidad en que debían hacerlo, en atención a las circunstancias geográficas, el tiempo de reacción y la ausencia de comunicación.

Por otra parte, es desestimada la indemnización por pérdida de chance, ya que la demandante, bajo la misma situación, superó la emergencia y logró sobrevivir. De lo cual se concluye, que la conducta imputada a los entes del Estado no constituyó un factor que incidiera en el resultado. En cuanto a las alegaciones de falta de educación y entrega de información a la población, resolvió desecharlas igualmente, pues estimó que se trataba de argumentaciones ajenas a la realidad espacio temporal de la Isla Mocha.

³⁵⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción Rol N° Civil- 301- 2016, de 5 de octubre de 2016

³⁵¹ Con ocasión de comentar el fallo de la Corte Suprema Rol N° 1250- 2012, causa cuyos hechos igualmente se originan por la catástrofe del 27 de febrero de 2010, Gustavo POBLETE afirma que apreciar el desastre natural como un evento de fuerza mayor, se traduce principalmente en dos cuestiones relevantes para la determinación de la responsabilidad extracontractual del Estado. Pues permite excluir el nexos causal y además, puede alterar el estándar de comportamiento exigible para el órgano de la Administración, al confrontarlo con el concepto de falta de servicio. En: POBLETE ESPÍNDOLA, Gustavo. La falta de servicio ante los daños generados por desastres naturales (Corte Suprema), En: Revista de derecho, Jurisprudencia comentada, Vol. 28, N° 1, (Valdivia, Chile, julio de 2015) [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502015000100011> [Consulta: 27 de noviembre de 2017]

Luego, la Corte Suprema, conociendo del recurso de casación en el fondo deducido por los demandantes perdidosos³⁵², constató que la sentencia recurrida no analizó la normativa vigente aplicable al caso, relativa al funcionamiento de los organismos de emergencia, emitiendo sólo juicios de valor respecto al hecho que la víctima se hallaba en un lugar apartado y de escasa comunicación. Esto es, que en general, no confronta las obligaciones que el ordenamiento jurídico imponía a los órganos de la Administración, en general; ni, en particular, atiende al hecho que la autoridad sí tenía conocimiento de que había personas habitando la isla por la realización de su actividad extractiva de algas típicas de la zona, como lo son la luga y el cochayuyo.

Además, hizo recaer la carga de la prueba en los demandantes, respecto de acreditar el cumplimiento de las obligaciones del Estado, en cuanto al resguardo a la población y a la oportunidad de actuación. Señala que tales obligaciones dicen relación con la actividad de custodia y con la entrega de herramientas de cuidado y preparación a la población, para enfrentar catástrofes. Asimismo, advierte que los tribunales de instancia omiten analizar y ponderar toda la prueba rendida por la parte demandante.

Por todas las razones brevemente enunciadas, es que la Tercera Sala de la Corte Suprema en decisión mayoritaria, invalidó de oficio la sentencia, revocándola sin costas. Verifica que la sentencia de alzada incurre en la causal de casación del numeral 5° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en relación al artículo 170 N° 4 y 5, del mismo cuerpo legal.

La sentencia de reemplazo que la Corte dicta, acto seguido y sin nueva vista, es relevante desde la perspectiva de las políticas públicas, en tanto condena al Estado de Chile por la inejecución de actos, que a su juicio correspondía que hubiese realizado por mandato legal. Es decir, controla el aspecto discrecional de la decisión administrativa en lo relativo a la oportunidad y a la forma en que debió realizar las tareas que hacían frente a la catástrofe. No obstante, no sólo se limita a revisar los actos de contención de la

³⁵² Especialmente en los Considerandos 9° a 12° de la Sentencia de la Corte Suprema que invalida de oficio la sentencia recurrida, Rol N° 4658- 2017, de 16 de noviembre de 2017

emergencia. Va más allá, pues entrega directrices a grandes rasgos de lo que debió haber sido su actividad de prevención, señalando los aspectos mínimos de educación e información que debió haber puesto en práctica. Además, configura la falta de servicio al constatar la falta de regulación administrativa respecto de la actividad extractiva de algas, que los lugareños realizan desde antaño bajo el conocimiento y tolerancia de la autoridad. Asimismo indica cuáles debieron ser los contenidos mínimos a regular administrativamente.

Al razonar la Corte, acerca de las obligaciones que rigen a la autoridad administrativa -frente al acaecimiento de las catástrofes de tsunamis y terremotos, y en específico, a cómo éstas afectan a quienes se desempeñan en la actividad primaria de extracción- realiza una enunciación de normas constitucionales, legales y reglamentarias a efectos de determinar la regulación contenida en el Sistema de Protección Civil, el cual fija el rol de cada órgano administrativo, los protocolos y deberes que deben cumplir ante eventos de amenazas y desastres. En esa línea, estructura el Sistema a partir del mandato constitucional contenido en el artículo 1° inciso 5° de la Constitución Política, en el cual se consagra el deber del Estado de resguardar la seguridad nacional y de dar protección a la población y a la familia. Posteriormente, repasa la normativa vigente al momento de producirse el siniestro, respecto de las acciones que le correspondía ejecutar a cada órgano en cumplimiento de dicho deber de protección³⁵³.

En cuanto a las alegaciones y excepciones del Fisco, la Corte indica que éstas sólo dicen relación con la ejecución reactiva de los servicios de emergencia y protección civil. Sin embargo, no se hace cargo de justificar otros dos elementos, que también forman parte del sistema de protección. Tales son, primero, la prevención que es básica, necesaria y anterior a todo proceso de control de la emergencia. Y segundo, que los entes públicos encargados de actuar, fueron concebidos precisamente para funcionar ante circunstancias anormales o extraordinarias, como la de autos. Por lo que no es admisible la alegación de que la ocurrencia del terremoto de alta magnitud y el tsunami

³⁵³ Considerando 5° de la sentencia de reemplazo de la Corte Suprema, Rol N° 4658- 2017

implican la inexigibilidad de las tareas que el ordenamiento jurídico le ha encomendado a estos servicios públicos³⁵⁴.

En tal sentido, no obran en el proceso antecedentes que den cuenta que en la Isla Mocha se hayan implementado planes de emergencia, destinados a advertir a la población que desarrollaba tareas de recolección de algas, como la víctima y la demandante, ni de la adopción de medidas de seguridad básicas para prevenir emergencias de este tipo o para ejercer su actividad extractiva. Al contrario, se arribó prueba testimonial suficiente que da cuenta de la falta de capacitación, educación o preparación respecto de una actividad para nada excepcional en la zona, así como de la inexistencia de señalética que informase zonas de peligro, de seguridad o de vías de escape. Todo lo cual correspondía al Fisco acreditar en el proceso. Pues la Corte señala que este tipo de actividad de recolección, es llevada a cabo fundamentalmente por personas de recursos limitados y con precarios elementos, por lo que era rol del Estado normar su ejercicio y adoptar medidas de resguardo a través de un sistema de educación a la población, determinando zonas de seguridad, llevando un registro de los pescadores y recolectores y, en general, todas aquellas tareas necesarias para preparar a la personas de la zona³⁵⁵.

Es por este despliegue de un servicio de prevención y de coordinación deficiente, y no ajustado a los protocolos vigentes ante situaciones de catástrofes, que la Corte consideró configurada la falta de servicio³⁵⁶. Pues si bien es difícil el establecimiento de la relación causal en términos ciertos, sí es posible realizar una estimación de la probabilidad del daño, en atención al incumplimiento de deberes por los servicios públicos llamados a responder. De tal manera, que si el ejercicio de la actividad de recolección de algas era conocida por la autoridad pública, ésta debía regularla, aunque fuese someramente sobre al menos las condiciones básicas para su ejercicio seguro, y

³⁵⁴ Considerando 12° de la sentencia de reemplazo de la Corte Suprema, Rol N° 4658- 2017

³⁵⁵ Considerandos 14° y 15° de la sentencia de reemplazo de la Corte Suprema, Rol N° 4658-2017

³⁵⁶ Considerando 16° de la sentencia de reemplazo de la Corte Suprema, Rol N° 4658- 2017

advertir acerca de los riesgos en las áreas peligrosas o expuestas a los fenómenos naturales. Por lo que la ausencia de regulación y del despliegue de actividad de prevención y educación, constituyen el nexo causal con el daño producido³⁵⁷.

En consecuencia, para la Corte Suprema, a los órganos de la Administración del Estado no les correspondía tan sólo el ejercicio de una actividad reactiva ante la emergencia, sino también una preventiva regulatoria y de educación, tanto de la manera de actuar frente a catástrofes como de la actividad extractiva en la costa. De haberse cumplido con estas funciones, la víctima habría contado con la posibilidad cierta de adoptar mejores y más elaborados resguardos, que le hubieran dado chance efectiva de evitar las consecuencias dañosas³⁵⁸.

Es necesario hacer presente que en otros casos por responsabilidad del Estado por falta de servicio, originados por hechos acaecidos con ocasión del desastre natural del 27 de febrero de 2010 que asoló la costa centro sur del país, la Corte Suprema ha resuelto de manera disímil sobre la obligación del Estado de responder patrimonialmente por los daños ocasionados por el actuar de las autoridades de la Administración³⁵⁹.

Así por ejemplo, cuando se demandó al Estado por la tardía orden de la Presidenta de la República de decretar el estado de excepción constitucional, con la consecuente presencia de las Fuerzas Armadas en las localidades afectadas, a fin de evitar los denominados “saqueos”³⁶⁰, la Corte Suprema – principalmente interpretando

³⁵⁷ Considerando 21° de la sentencia de reemplazo de la Corte Suprema, Rol N° 4658- 2017

³⁵⁸ Considerandos 24° y 25° de la sentencia de reemplazo de la Corte Suprema, Rol N° 4658- 2017

³⁵⁹ LARA ARROYO, José Luis y GARCÍA- HUIDOBRO HERRERA, Luis Eugenio. 27- F ¿Terremoto en la responsabilidad del Estado? En: FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo y GARCÍA GARCÍA, José Francisco (Editores), Sentencias Destacadas 2013. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas, Ediciones LYD, (Santiago, Chile, 2014), p. 163 [en línea] <<http://lyd.org/wp-content/uploads/2016/12/pp-163-194-27F-Terremoto-en-la-responsabilidad-del-Estado-JLLara-LEGarcia-Huidobro.pdf>> [Consulta: 27 de noviembre de 2017]

³⁶⁰ Sentencia de la Corte Suprema Rol N° Civil- 4029- 2013, de 24 de diciembre de 2013, que rechazó por mayoría el recurso de casación en el fondo interpuesto contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción Rol N° Civil 1727- 2012. En el voto de mayoría, los Ministros

las disposiciones constitucionales y de la Ley N° 16.282- resolvió que la intervención de las Fuerzas Armadas, únicamente consiste en la ejecución de tareas preventivas y de coordinación, las que siempre están subordinadas a la orden de la autoridad civil. En este caso tal orden debía emanar de la Presidenta, mostrando el voto mayoritario una deferencia hacia la Administración, en tanto reconoció que la declaración del estado de excepción era una facultad y no un deber. Por lo tanto, se trató de una cuestión de mérito del todo ajena al control jurisdiccional, que el Ejecutivo dicta en el ejercicio discrecional de sus actos de gobierno. Dicho de otro modo, admite que los actos políticos constituyen un límite a su control³⁶¹.

A partir de este fallo, algunos autores alertan sobre un posible precedente para la irresponsabilidad fiscal³⁶². Pues la discrecionalidad en la decisión administrativa, más bien debería entenderse como la libre elección que tiene la autoridad, en las medidas a adoptar para enfrentar la catástrofe. Sin embargo, ello no puede significar que incumpla con los fines que constitucionalmente se le han encomendado. Es decir, debe ejercerse la potestad atribuida porque es un poder- deber. Entonces, una vez que existe la necesidad pública debe dar cumplimiento a la función que le fue encomendada- ya sea constitucional o legalmente- para satisfacerla. So pena de incurrir en responsabilidades e incluso sanciones. En consecuencia, existe la obligación de cumplir una función y la facultad de optar por alguno de los diversos mecanismos para llevarla a cabo³⁶³. Se trata pues de una obligación de resultado, siendo la Administración soberana en la elección

Sr. Carreño, Sra. Sandoval y los Abogados Integrantes Sr. Pfeffer y Sr. Prieto; una prevención del Abogado Integrante Sr. Pfeffer; y, en la disidencia, el Ministro Sr. Muñoz

³⁶¹ LARA ARROYO, José Luis y GARCÍA- HUIDOBRO HERRERA, Luis Eugenio. 27- F ¿Terremoto... *Op. cit.* (359), pp. 172- 173

³⁶² LARA ARROYO, José Luis y GARCÍA- HUIDOBRO HERRERA, Luis Eugenio. 27- F ¿Terremoto... *Op. cit.* (359), p. 173. Los autores comparan las consecuencias jurisprudenciales de este fallo con las justificaciones de la tiranía británica, y citan el refrán *the King can do no wrong*.

³⁶³ LARA ARROYO, José Luis y GARCÍA- HUIDOBRO HERRERA, Luis Eugenio. 27- F ¿Terremoto... *Op. cit.* (359), p. 178

de los medios que adopta, no así en su actuar, que debe ser eficaz y propender a satisfacer el fin por el cual el ordenamiento jurídico le otorgó la potestad³⁶⁴.

Esta crítica se encuentra alineada con la postura del voto disidente del Ministro Sr. Muñoz, para quien- concordando las disposiciones constitucionales de los artículos 24 y 32 N° 17- la conservación del orden público interno es un deber de la Presidenta de la República, por lo que debió haber dispuesto de la Fuerzas Armadas, a fin de organizarlas y distribuir las para garantizar la seguridad nacional³⁶⁵. Esto es, una vez verificada la necesidad pública de restablecer el orden interno quebrantado, se actualiza el deber del Ejecutivo de actuar conforme al mandato constitucional.

III. III. 4. Salud: Caso “Otorgamiento de medicamento para tratamiento de enfermedad rara”

La Corte Suprema, conociendo de la apelación en una causa de protección³⁶⁶, confirmó la sentencia de alzada³⁶⁷ en fallo unánime, sin añadir nuevas consideraciones.

La recurrente es una mujer de 21 años, quien deduce la acción de protección en contra de una pluralidad de entes públicos, a saber: el Hospital autogestionado Clínico de Magallanes; el Servicio de Salud de Magallanes; la Seremi de Salud de Magallanes; y, el Fondo Nacional de Salud, estos dos últimos representados por el Consejo de

³⁶⁴ LARA ARROYO, José Luis y GARCÍA- HUIDOBRO HERRERA, Luis Eugenio. 27- F ¿Terremoto... *Op. cit.* (359), p. 181

³⁶⁵ LARA ARROYO, José Luis y GARCÍA- HUIDOBRO HERRERA, Luis Eugenio. 27- F ¿Terremoto... *Op. cit.* (359), p. 179

³⁶⁶ Sentencia de la Corte Suprema Rol Apelación (Protección) N° 38590- 2017, de 6 de septiembre de 2017. Dictada por los Ministros Sr. Muñoz, Sr. Aránguiz y Sr. Prado; y por los Abogados Integrantes Sr. Lagos y Sr. Gómez.

³⁶⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas Rol Protección N° 558- 2017, de 26 de agosto de 2017

Defensa del Estado. Solicitó a la Corte de Apelaciones de Punta Arenas que le ordenase a tales órganos que se coordinaran a la brevedad para adoptar las medidas necesarias destinadas a financiar y proveerle el medicamento llamado *Eculizumab* en la dosis y por el tiempo que el médico tratante del establecimiento de salud pública indicase, o las que la Corte estimara oportuno.

Ello, porque en el año 2016 se le confirmó el padecimiento de una extraña enfermedad, diagnosticada como *Hemoglobinuria paroxística nocturna* (HPN), la cual consiste en una hemopatía adquirida muy poco frecuente, pues sólo había doce casos diagnosticados en Chile a la fecha de interposición del recurso, la cual destruye aceleradamente las células sanguíneas, principalmente de glóbulos rojos. Se le prescribió como tratamiento el consumo del medicamento que se solicita financiar y proveer, el cual le permitiría desarrollar su vida cotidiana de una manera normal, sin detrimento de su estado de salud. Por el contrario, si éste no le fuere suministrado, se le ocasiona anemia hemolítica, aumentando el riesgo de trombosis y falla medular. Adicionalmente se le indica que debe realizarse constantemente transfusiones de sangre.

El costo mensual del medicamento, en las dosis prescritas por el profesional de la salud, se encuentra avaluado en 40 millones de pesos mensuales. Este valor es imposible de pagar para la recurrente, debido a que por una parte el medicamento no está disponible en el país y, por otra, porque está afiliada al grupo B de Fonasa, el cual no la cubre en su plan de salud. Además, sus ingresos personales tampoco le permiten asumir este desembolso, ya que recibe una remuneración bajísima, inferior al ingreso mínimo, y sólo por buena voluntad de su empleador, pues no asiste a trabajar hace más de medio año porque su condición se lo impide.

Es por ello que solicitó a la Seremi de Salud de Magallanes, a Fonasa y al Servicio de Salud de Magallanes, el otorgamiento gratuito del medicamento, frente a lo cual este último servicio solicitó evaluación médica y confirmación diagnóstica de la paciente recurrente. Para luego responder telefónicamente de manera negativa, pese a verificar la información por ella aportada. Con posterioridad a esta respuesta negativa por parte de la autoridad, la recurrente le solicitó pronunciamiento formal. El Servicio de Salud

dictó un oficio en el cual indicó que el medicamento solicitado no se encontraba en el arsenal farmacológico del Hospital Clínico de Magallanes. No obstante lo cual, el Servicio presentaría su caso a evaluación ante Fonasa central, la que finalmente también denegó su otorgamiento.

Estos hechos fueron calificados por la recurrente como arbitrarios e ilegales, pues estimó que le conculcaron las garantías constitucionales consagradas en el artículo 19 numerales 1, 2 y 9, puesto que la entrega del medicamento resulta indispensable para afianzar su salud y vida. Y que se realizó para con ella una diferencia arbitraria, pues en otros dos casos que menciona, el Ministerio de Salud había financiado y otorgado el mismo medicamento. El trato que recibió por parte de estos órganos de la Administración, también lo estima discriminatorio si se considera que el Plan Auge, las Garantías Explícitas de Salud, o la denominada Ley Ricarte Soto, sí otorgan muchos otros tratamientos, infringiendo con esto el artículo 2° de la Ley N° 20584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud.

Informando los recurridos, Fonasa expresó que la acción impetrada era de naturaleza cautelar y no declarativa de derechos, como pretendía la recurrente. Además, que la cobertura solicitada no se encontraba prevista en la ley, por lo que un acto de la Administración en el sentido solicitado constituiría una violación al principio constitucional de legalidad de los artículos 6° y 7°. Por lo tanto, su actuación no sería ilegal, correspondiéndole al Ministerio de Salud ejercer funciones de rectoría en cuanto a disponer qué tratamientos debían ser financiados. Por otra parte, alegó que el derecho de protección a la salud efectivamente protegido por la acción cautelar no dice relación con el derecho invocado, sino que con la libre elección del sistema de salud. Tampoco estimó que se vulnerara la igualdad ante la ley, toda vez que los casos a los que se refiere la recurrente, dicen relación con hipótesis de hecho diferentes.

El Servicio de Salud señaló que no es factible para Fonasa financiar el tratamiento, pues su costo excede el marco presupuestario del cual dispone; y que el Ministerio de Salud igualmente negó darle cobertura, por medio del Fondo de Auxilio Extraordinario, fundándolo en que se trata de un tratamiento permanente. Por lo que no

se trata de decisiones arbitrarias, ya que encuentran justificación en la imposibilidad de otorgar financiamiento. Y que esto no vulneraría la igualdad ante la ley, pues cada caso constituye un escenario diferente. A mayor abundamiento, no se ha presentado un caso similar en la Región, por lo que no es posible sostener que ha existido un tratamiento diferenciado para con ella. En los casos en que sí se ha otorgado cobertura, se produjeron en otras regiones y en cumplimiento de órdenes judiciales, tras acogerse recursos de protección, imputándolos al Fondo de Auxilio Extraordinario, respecto del cual el Servicio de Salud no tiene injerencia decisional.

Por su parte, el Hospital Clínico de Magallanes informó que al momento de la internación de la paciente, el recinto no contaba con un especialista hematólogo, por lo que fue necesaria su derivación a otro hospital público. No obstante, debido a las consultas que realizaron familiares de la recurrente, se proporcionó información acerca de un especialista del sector privado en la región. A la fecha de informar el recurso, la recurrente es controlada periódicamente en el Hospital Clínico, debido a que se incorporó a un hematólogo, pero éste no ha iniciado el tratamiento prescrito debido a que el Hospital no cuenta con el medicamento ya referido en su arsenal farmacológico, ni tampoco se encuentra disponible en ningún otro hospital público de la zona. Que no se ordenado su adquisición debido a que su valor excede el ítem presupuestario que el hospital ha destinado a este tipo de gastos. Tampoco ha enviado el caso a la comisión de trasplante, por lo que aún no constituye éste un tratamiento alternativo cierto. Agrega que el Formulario Nacional de Medicamentos contiene una lista del arsenal básico de medicamentos, por lo que no obsta a que cada hospital pueda incorporar otros. Sin embargo, pese a que el fármaco que requiere la recurrente no se encuentra en ninguna de aquellas listas, su inclusión resulta imposible para el Hospital Clínico atendido a su elevado costo. Además, indica que se trata de un medicamento que tampoco se establece en el Decreto N° 50, que determina los diagnósticos y tratamientos de alto costo cubierto, por lo que no sería competencia del hospital el incluirlo. Y que el financiamiento del medicamento para la recurrente supondría desatender su obligación legal de atender a los demás beneficiarios, pues se quedaría sin recursos para la adquisición del resto de los medicamentos.

Finalmente, la Seremi de Salud informó que no se encuentra en sus funciones ni atribuciones la de destinar recursos para financiar casos como el de autos, por ello es que remitió los antecedentes al Ministerio de Salud. Agrega que el Ministerio lo excluyó de la cobertura del Fondo de Auxilio Extraordinario, en atención a que constituye una enfermedad crónica cuyo tratamiento tiene una duración por toda la vida del paciente y, dada la naturaleza de emergencia del fondo, y lo acotado de los recursos públicos que lo componen, es que la decisión discrecional de la autoridad ministerial responde al criterio de utilizar este fondo para financiar de manera parcial a tratamientos temporales, cuyas prestaciones no se encuentran cubiertas por Fonasa. Señala además, que la recurrente no logra acreditar una afectación a la garantía constitucional del artículo 19 N° 1, ni tampoco del N° 2, en tanto invoca casos que no son idénticos al suyo.

La Corte de Apelaciones de Punta Arenas, estimó que las alegaciones de los recurridos que hacen referencia a impedimentos presupuestarios para otorgar cobertura en el caso en concreto, no son acreditadas documentalmente ni se condicen con el debido cumplimiento de la función pública, ni con el deber de cumplir eficiente e idóneamente con la administración de los recursos públicos. Asimismo, las alegaciones acerca de la falta de registro sanitario en el Instituto de Salud Pública de Chile- en adelante ISP- de inscripción de medicamentos, o los criterios de exclusión invocados como justificantes de la negativa de financiar el tratamiento, tampoco resultan admisibles, pues son inconsistentes frente a otros actos del Ministerio de Salud de los cuales han conocido las Cortes, a propósito de los recursos de protección, y los argumentos de derecho hechos valer en ellos.³⁶⁸ Señala que la posición del Ministerio de Salud es contraria al principio de la consecuencia de sus actos propios, y que a la

³⁶⁸ Considerandos 8° y 9°, de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas Rol Protección N° 558- 2017, de 26 de agosto de 2017. Indica como ejemplo la sentencia de la Corte Suprema Rol Apelación (Protección) N° 413- 2014. Esta causa versa igualmente sobre la negativa a otorgar cobertura por el mismo medicamento. La Corte de Apelaciones sólo advierte como diferencia con esta causa, en que en ella el recurrente es un hombre; la recurrida principal es una Isapre, mientras que la recurrida subsidiaria es el Ministerio de Salud; y que se identifican como conculcadas las mismas garantías, a excepción del numeral 9° del artículo 19 de la Constitución Política.

Corte le corresponde aplicar el adagio según el cual *donde existe la misma razón, debe aplicarse la misma disposición*.

Respecto al criterio de exclusión aplicado por el Ministerio, la Corte de Apelaciones indicó que no procede respecto de un paciente que requiere la cobertura de por vida, pues precisamente ello es lo que se debe proteger. Tampoco es acertado que el Ministerio pretenda que cada paciente no cubierto deba recurrir de protección para que los servicios públicos involucrados cumplan con sus obligaciones legales de prestar auxilio, aun en casos extraordinarios.

Concluye que todos los recurridos han dejado de atender satisfactoriamente a la paciente, salvo el Hospital Clínico, pues no contaba con las condiciones para realizar un diagnóstico ni con el profesional especialista para brindar un tratamiento adecuado, y que con posterioridad brinda un tratamiento paliativo ante la falta del fármaco³⁶⁹. Sobre todo el Ministerio de Salud, quien no actuó conforme a los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación e impulso de oficio del procedimiento, pues puso en la paciente la carga de mover el aparataje administrativo en una compleja cadena de instituciones públicas³⁷⁰. Y que el hecho que la enfermedad sea incurable y, por lo tanto el tratamiento sea de por vida, no justifica negarle el acceso a obtener mejores condiciones de vida, que le permitan sobrellevar la enfermedad y disminuir sus complicaciones. Con ello se atenta contra el derecho a la vida, lo que implica el derecho a la salud física y psíquica.³⁷¹ En tal sentido, el derecho a la salud indicado como conculcado por la recurrente, estaría amparado por el recurso de protección en virtud del artículo 19 N° 1 de la Constitución Política, específicamente en cuanto la negativa a otorgar el medicamento se traduce en un atentado contra su integridad física. Siendo

³⁶⁹ Considerando 11°, de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas Rol Protección N° 558- 2017, de 26 de agosto de 2017

³⁷⁰ Considerando 13°, de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas Rol Protección N° 558- 2017, de 26 de agosto de 2017

³⁷¹ Considerando 14°, de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas Rol Protección N° 558- 2017, de 26 de agosto de 2017

además, un acto arbitrario que afecta la garantía de igualdad ante la ley, del numeral 2° del mismo artículo.³⁷²

La Corte de Apelaciones además calificó de incierto el tratamiento consistente en un trasplante alogénico de médula ósea propuesto por el Hospital Clínico, pues no constituye un tratamiento alternativo cierto al uso del fármaco, pues ni siquiera se ha demostrado la compatibilidad de la recurrente con alguno de sus hermanos³⁷³.

Finalmente, la Corte de Apelaciones acogió el recurso de protección contra todos los recurridos, y dispuso medidas para restablecer el imperio del derecho. No obstante fallar contra todos ellos, a quien imparte órdenes es al Ministerio de Salud, respecto de cómo debe otorgar la cobertura médica solicitada en autos, pero además, le indica cómo debe desplegar su actividad de dirección y coordinación con los demás órganos de la Administración.

La decisión judicial es completamente directiva³⁷⁴, porque indica a la autoridad con competencia sectorial cómo debe enfrentar un problema técnico y presupuestario de salud pública, particularmente en el ítem III de lo resuelto. Cabe entonces preguntarse, cuál es el límite a la tutela judicial efectiva del derecho fundamental

³⁷² Considerando 15°, de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas Rol Protección N° 558- 2017, de 26 de agosto de 2017

³⁷³ Considerando 16°, de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas Rol Protección N° 558- 2017, de 26 de agosto de 2017

³⁷⁴ En la parte resolutive de la Sentencia ya aludida, la Corte de Apelaciones dispone: *“I.- El Ministerio de salud adoptará con la mayor urgencia, todas las medidas necesarias para proceder a entregar financiamiento del medicamento Soliris o Eculizumab en las dosis y por el tiempo que determine el médico tratante de doña Yerty Perez Figueroa y dispondrá el suministro del tratamiento por un establecimiento de salud del domicilio de la recurrente, que se evaluará con la periodicidad aconsejable al caso, de acuerdo a los criterios médicos. II.- Ello incluirá que el Ministerio de Salud adopte las medidas necesarias para que el Instituto de Salud Pública autorice el uso de Soliris para el tratamiento de la actora, en los términos del inciso segundo del artículo 102 del Código Sanitario. III. Además, coordinará coherentemente con la finalidad de la decisión I, a las recurridas, quienes organizadamente, realizarán todos los procedimientos pertinentes para coadyuvar, impedidos de excusarse en dificultad o inconveniente de alguna de ellas. En este sentido el protocolo de coordinación deberá estar enfocado en la paciente para reaccionar oportunamente.”*

conculcado. Pues por una parte, la Corte de Apelaciones realiza una interpretación extensiva del derecho fundamental vulnerado a fin de brindarle protección judicial-específicamente del artículo 19 N° 1, en relación al N° 9, de la Constitución Política-. Y, por otra, acoge el recurso, dando lugar al otorgamiento de la prestación médica solicitada, pero regulando la manera en que la prestación del servicio debe ser efectuada. De este modo, primero indica que debe procederse al financiamiento, para luego ordenar que el suministro del fármaco ha de realizarse en un establecimiento de salud del domicilio de la recurrente, y señalando la periodicidad con que las evaluaciones deben llevarse a cabo. Incluso, implícitamente indica que deberá modificarse o dictarse un nuevo acto administrativo, a fin de que el ISP incorpore al fármaco en sus registros y autorice su uso para el tratamiento indicado a la paciente, de conformidad al inciso 2° del artículo 102 del Código Sanitario³⁷⁵, para lo cual se lo ordena al Ministerio de Salud en su calidad de superior jerárquico. Es decir, se inmiscuye en la relación de coordinación entre los órganos del sector, y en el contenido mismo de la decisión administrativa respecto de una política pública determinada. En ese mismo sentido, le ordena al Ministerio coordinar la actividad prestacional de las demás recurridas perdidasas, obligándole a dictar un protocolo para el caso concreto.

En resumen, la tutela del derecho fundamental conculcado se tradujo en ordenar a la Administración el otorgamiento de una determinada prestación, con injerencia en sus competencias desde que decide regular al detalle cómo ésta debe desplegar su actuación, ya sea en lo relativo a la relación de coordinación con el superior jerárquico, como en el contenido de los actos administrativos que indispensablemente deben dictarse para llevar a cabo las medidas ordenadas. La Corte de Apelaciones en el fondo lo que hace es suplir la falta de normatividad sectorial³⁷⁶, lo cual realiza sin tener una

³⁷⁵ El artículo 102 inciso 2° del Código Sanitario, reza “*Se considerarán alimentos especiales aquellos productos o preparados destinados al consumo humano con fines particulares de nutrición, utilizados en el tratamiento de determinadas patologías o condiciones de salud, que requieran de modalidades de administración no parenteral, tales como la vía oral u otras, y de supervigilancia especial por personal del área de la salud.*”

³⁷⁶ Esta falta de política pública de salud clara, respecto de la cobertura médica a enfermedades calificadas como raras, se advierte en JIMÉNEZ DE LA JARA, Jorge, y BASTÍAS, Gabriel; BURROWS,

expertiz técnica y desconociendo la elaboración presupuestaria del órgano y el evidente impacto económico en su distribución presupuestaria. La falta de legislación específica explicaría entonces por qué problemas prestacionales de derechos sociales se judicializan y por qué las Cortes con competencia constitucional intentan resguardar el cumplimiento de sus decisiones judiciales regulando asuntos de competencia administrativa³⁷⁷.

Jaime; CERDA, Jaime; CID, Camilo; FROIMOVICH, Karen; NANCUANTE, Ulises; PAVLOVIC, Sebastián; y ROMERO, Andrés. Estudios: Acceso a medicamentos de alto costo y enfermedades de baja frecuencia, Departamento de Salud Pública, Escuela de Medicina, Pontificia Universidad Católica de Chile, [en línea] <<https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=30647&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>> [Consulta: 8 de diciembre de 2017], p. 40

³⁷⁷ Este problema no es propio de Chile, en jurisprudencia comparada ya se han advertido las judicializaciones por no otorgamiento de coberturas a enfermedades raras por parte del sistema de salud pública, debido a la falta de una política pública clara por parte de los órganos sectoriales a nivel administrativo, y por la falta de lineamientos legislativos. Así por ejemplo, respecto a la situación en Guatemala el Procurador de Derechos Humanos de las Naciones Unidas advierte “Actualmente está en el Congreso la Iniciativa de Ley 4672-2013: Iniciativa que dispone aprobar ley de atención integral a las personas con sospecha o diagnóstico de padecimiento de enfermedades raras, la cual pretende que se reconozca los derechos humanos a la salud de las personas con sospecha o diagnóstico de padecimiento de enfermedades raras y que regule mecanismos para su detección, diagnóstico y tratamiento de las mismas. Esta iniciativa fue apoyada en 2016 con una marcha que solicitaba la aprobación de la ley, enmarcándola en el día internacional de las enfermedades raras. La Asociación Para Todos, la cual tiene aproximadamente 500 pacientes asociados, organizó además de la marcha, el III Congreso Internacional de Enfermedades Raras en Guatemala, festivales y recolección de donaciones. Por otra parte, la ausencia de legislación específica ha llevado a interponer amparos ante la Corte de Constitucionalidad, tal el caso del Amparo promovido por el Procurador de los Derechos Humanos (PDH), en el cual se solicita que el IGSS otorgue los medicamentos necesarios a los pacientes pediátricos diagnosticados con hemofilia A y B y otros tipos de hemofilia. Este amparo ha logrado garantizar los medicamentos para un grupo de pacientes a quienes se violentaba su derecho a la salud (...)” En: PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS, Nota conceptual. Enfermedades raras e igualdad en el goce de los Derechos Humanos, un vínculo aún no establecido, (Guatemala, marzo de 2017), [en línea] <<https://www.pdh.org.gt/biblioteca/investigacion/category/24-notas-conceptuales.html?download=2753:nc-enfermedades-raras-y-ddhh>> [Consulta 8 de diciembre de 2017], p. 8

III. III. 5. Urbanismo. Caso “Orden de demolición de muros de contención frente a aluviones”³⁷⁸

Un vecino de la comuna de Antofagasta, dedujo Recurso de Protección en contra de la Municipalidad por haber dictado el Alcalde el decreto que considera ilegal y arbitrario, por el cual se ordena la demolición del muro contiguo a su vivienda, de manera de conectar su calle- llamada Travesía de la Plaza- con un área verde que se pretende construir por la respectiva municipalidad.

Resulta que tal muro fue construido como medida de mitigación por el SERVIU, tras el aluvión que azotó a dicha ciudad el año 1991, el cual ocasionó la muerte de alrededor de cien personas. Por otra parte, informando la Dirección de Obras Hidráulicas, señaló que en el marco del estudio de perfectibilidad del Plan Maestro de aguas lluvias de Antofagasta, formuló la recomendación de no demoler tales obras, por tratarse de un área de peligro alto de aluvión, según el mapa de remociones en masa y geología creado por SERNAGEOMIN; y por no existir otros mecanismos de control en el evento de ocurrir el siniestro. La ONEMI confirmó esta información, en el sentido que no consta en los registros que provienen de dicha Dirección, que se hayan adoptado nuevas medidas preventivas que sirvan de asistencia para desviar el torrente.

La Corte Suprema estimó que en el razonamiento para resolver, ha de tenerse en cuenta no sólo las normas que rigen la actuación administrativa de la Municipalidad, sino también los principios que la deben orientar en todo momento. A continuación enumeró y definió el contenido de aquellos principios que considera aplicables al caso. Del resultado de esta conjugación, debería develarse si el decreto alcaldicio que ordena la demolición de los muros, en vistas al fin de interés público de unir la vía con las áreas

³⁷⁸ Sentencia de la Corte Suprema Rol Apelación (Protección) N° 34536- 2017, de 27 de diciembre de 2017, decisión unánime adoptada por los Ministros Sres. Muñoz, Sr. Brito, Sra. Egnem y Abogados Integranes Sr. Rodríguez y Sr. Correa.

verdes, encuentra justificación suficiente. En definitiva, si resulta legal y legítimo el acto administrativo³⁷⁹.

De esta manera, la Corte Suprema señala que debe aplicarse: 1. Principio de oportunidad: Se encuentra condicionado por la finalidad perseguida en el caso concreto y por la libertad del órgano administrativo decisor para ponderar tales fines; 2. Principio de proporcionalidad: Como manifestación del principio de legalidad. Implica que la decisión administrativa debe ser razonada y razonable en atención a la finalidad del acto administrativo y los efectos en los administrados. Es decir, es un factor que debe considerar la autoridad administrativa al apreciar el ejercicio de su potestad; 3. Principio de coordinación: Señala que para que la función administrativa sea eficiente y eficaz, la actividades de los órganos del Estado deben desarrollarse- individual y colectivamente- con una disposición metódica y racional, con el menor costo financiero y social posible, de manera de dar la mayor satisfacción de las necesidades colectivas que el Estado ha asumido; 4. Principio de la unidad de la acción: Para el caso en que una misma clase de necesidad colectiva que se pretende satisfacer, es encargada como obligación positiva a diferentes órganos de la Administración; 5. Principio de la optimización en el uso de los medios: Se trata de maximizar los recursos del Estado, que son escasos, para alcanzar el bien común.

Posteriormente, la Corte se encarga de determinar qué entiende por riesgo de la naturaleza cierto³⁸⁰. Para luego indicar que si la autoridad administrativa constata la existencia de un riesgo o amenaza para la seguridad de las personas, en los términos recientemente descritos, debe implementar una política pública en formato de medidas de prevención, de manera coordinada con el resto de los órganos con competencia, sin que sea óbice que el riesgo sea sólo probable o potencial³⁸¹. Y que tales medidas gocen de ciertas características, tales como que sean proporcionales -entre el posible daño y

³⁷⁹ Considerando 7° de la Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 34536- 2017

³⁸⁰ Considerando 8° de la Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 34536- 2017

³⁸¹ Considerando 9° de la Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 34536- 2017

nivel de protección buscado-; que sean no discriminatorias; y, que sean coherentes con otras medidas ya adoptadas por la Administración, para dar solución al problema social y satisfacción a la necesidad colectiva³⁸². Es decir, al momento de dictar el acto administrativo, la autoridad debe optar por aquella decisión que resulte más beneficiosa desde el punto de vista del análisis costo- efectividad³⁸³.

De tal manera, que si se sujeta a este test el acto administrativo alcaldicio que contiene la orden de demolición y no consigue superarlo, en palabras de la Corte, será un despropósito en sí mismo³⁸⁴. La utilización de este test de proporcionalidad faculta al juez para controlar el acto administrativo en su motivación y fin, lo que como consecuencia obvia implica que la Municipalidad no pueda ejecutar una determinada política pública urbanista, debiendo adecuar su diseño a las directrices dadas por la Corte, para quien el acto devino en ilegal, si se considera al principio de proporcionalidad como integrante del principio de legalidad; y en arbitrario, por existir otras medidas menos gravosas que permiten evitar el acaecimiento de un riesgo menor.

Cabe hacer presente que si bien la Corte Suprema deja sin efecto el decreto alcaldicio, impidiendo la ejecución de un determinada política pública, y sujetando su diseño al cumplimiento de ciertas directrices que ella misma expresa en detalles. Igualmente muestra cierta deferencia técnica respecto del resto de los órganos administrativos sectoriales. En tanto da valor a los informes que ofrecen, los cuales contienen opiniones y pericias técnicas respecto de la inconveniencia de retirar o demoler los muros de contención de aluviones³⁸⁵.

En resumen, la Corte Suprema le indica al ente administrativo cómo debe proceder al detectar un riesgo, evaluarlo y adoptar decisiones respecto a él. Para luego indicar que si no es verificado en la etapa de evaluación, o no hay resultados

³⁸² Considerando 10° de la Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 34536- 2017

³⁸³ Considerando 11° de la Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 34536- 2017

³⁸⁴ Considerando 10° de la Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 34536- 2017

³⁸⁵ Considerando 12° de la Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 34536- 2017

concluyentes, o estos son insuficientes o imprecisos, la autoridad debe aplicar otro método para la adopción de la decisión de política pública más ajustada a derecho. Este método lo denomina “estrategia de gestión de riesgo”, el cual consiste en un estudio conforme al cual se deben comparar los posibles riesgos y beneficios, aplicando consideraciones políticas, económicas, tecnológicas, sociales, éticas y legales, prefiriendo aquella opción que suponga un riesgo menor³⁸⁶.

El nivel de riesgo a soportar será una decisión de la Administración, por lo tanto, deberá reflejar el sentir de la sociedad y el nivel de protección que ésta espera recibir. De ahí que sea tan relevante, legitimar tal decisión con actuaciones administrativas transparentes, que cuenten con participación ciudadana³⁸⁷.

Por otra parte, en lo referente a la motivación del acto administrativo, la Corte señala que debe esgrimirse una razón que justifique su proceder. En este punto, nuevamente llama la atención en aplicar la proporcionalidad, pero en su vertiente ponderativa, pues indica que deben identificarse los bienes jurídicos en juego en el conflicto jurídico, privilegiando la vigencia de unos por sobre otros, que considera de mayor entidad. Con mayor razón, si respecto de aquellos que se estiman menos valiosos, no existe el sustento técnico que dé certeza de optar por su conveniencia. Una decisión administrativa en el sentido contrario a este resultado ponderativo, se torna en arbitraria.³⁸⁸

La Corte Suprema resuelve el recurso de apelación revocando la sentencia, y en su lugar acoge el Recurso de Protección. Es interesante que en la parte resolutive de la sentencia se disponga hacia el futuro y no meramente se pronuncie respecto de la vulneración actual del derecho. Con lo cual la Corte lo que hace es fijar los lineamientos o directrices de una política pública de desarrollo y planificación urbana, pues ordena que el municipio recurrido se abstenga “de ejecutar cualquier acto que implique la

³⁸⁶ Considerando 12° de la Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 34536- 2017

³⁸⁷ Considerando 12° de la Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 34536- 2017

³⁸⁸ Considerando 13° de la Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 34536- 2017

destrucción de estas defensas, en tanto no se reemplace por un sistema de seguridad integral, en cuya elaboración deberán concurrir coordinadamente todas las autoridades competentes”³⁸⁹.

Desde la doctrina, se destacó que esta materia acerca de la gestión de riesgos por las agencias públicas, viniese a exigir que aquellos asuntos en que son varios los órganos administrativos quienes tienen competencia sectorial para resolver un problema público, actúen de manera unificada y coherente en la generación de una solución idónea, en razón del fin público perseguido por el Estado, entendido como un todo. Lo mismo en la gestión de los fondos públicos. De esta manera al juez se le permite evaluar la razonabilidad de las decisiones adoptada por cada ente público involucrado. Así, la coordinación se presenta como un desafío a asumir en las Administraciones modernas, donde existe una atomización de órganos respecto de la satisfacción de una misma necesidad pública, en vistas a lograr una suficiente gobernabilidad.³⁹⁰

Este razonamiento de la Corte Suprema, vuelve a aparecer en otros fallos³⁹¹, donde nuevamente exige que las decisiones administrativas en las que participan diversos entes administrativos sean adoptadas aplicando principios de coordinación y oportunidad, que permitan que la actuación conjunta sea la adecuada. De forma que los actos así desplegados, se traduzcan en la adopción eficaz de medidas tanto preventivas como correctivas. Para lograr esto, la Corte asume como presupuesto en su razonamiento, que las competencias que la ley le ha otorgado a estos órganos administrativos partícipes, así como las potestades de las que están dotados y que deben ejercer cuando sea el caso, les obliga a determinar su acción hacia el bien público.

³⁸⁹ Considerando 13° de la Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 34536- 2017

³⁹⁰ CORDERO VEGA, Luis. El test de proporcionalidad para adoptar decisiones administrativas integradas [en línea] El Mercurio Legal, Análisis Jurídico, Regulatorio económico, 28 de diciembre de 2017 <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2017/12/28/El-test-de-idoneidad-para-adoptar-decisiones-administrativas-integradas.aspx?disp=1>> [Consulta: 1° de marzo de 2018]

³⁹¹ El ya mencionado caso “Isla Mocha” Rol N° 4658- 2017, de 16 de noviembre de 2017, pero también en el caso “Isla Orrego” Rol N° 18.225- 2017, de 17 de abril de 2018 y en “Salmones” Rol N° 34594- 2017, de 22 de mayo de 2018

Esto es, evitando consecuencias dañosas. De manera tal, que el Estado deberá responder si los actos de estos entes se apartan de su fin, afectando derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico³⁹².

III.III. 6. Medio Ambiente. Caso “Plan de descontaminación como base de cálculo para el cobro de derechos municipales”³⁹³

Una empresa termoeléctrica, Aes Gener S.A., dedujo reclamo de ilegalidad municipal en contra de la I. Municipalidad de Tocopilla, debido a que su Alcalde dictó un decreto exento mediante el cual estableció el cobro de derechos municipales por diversos servicios, entre los cuales se encuentra el aseo periódico especial de espacios públicos. En él se contempla la forma de cálculo del monto a pagar, según la fuente emisora de contaminantes. La empresa reclama que dicho cálculo tiene en consideración los valores que se consagran en el Decreto Supremo N° 70, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que declara como zona saturada a la comuna de Tocopilla, y elabora el plan de descontaminación de la ciudad, que es del año 2010; y en el Decreto Supremo N° 13 de 2011, que estableció las normas de emisión para termoeléctricas y fija el valor límite de emisión. Ambos decretos fueron elaborados en base a antecedentes recabados entre los años 2005 y 2007. Esto es, con datos

³⁹² CORDERO VEGA, Luis. Los estándares de la Corte Suprema a las intervenciones administrativas integradas [en línea] El Mercurio Legal, Análisis Jurídico, Regulatorio económico, de 29 de mayo de 2018 <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/05/29/Los-estandares-de-la-Corte-Suprema-a-las-intervenciones-administrativas-integradas.aspx?disp=1>> [Consulta: 8 de junio de 2018]. El autor alude a que en la comprensión de la Corte, las “reglas de competencia” constituyen una “garantía” para la ciudadanía; mientras que las “potestades” vienen a ser “reglas de fin” para el órgano administrativo, pues determinan deónticamente su conducta.

³⁹³ Sentencia de la Corte Suprema Rol Apelación (Reclamo de ilegalidad municipal) N° 7025-2017, de 27 de diciembre de 2017, pronunciada por los Ministros Sr. Muñoz, Sra. Egnem, Sra. Sandoval, Sr. Valderrama y el Abogado Integrante Sr. Lagos.

desactualizados, que a su juicio no se condecirían con la realidad de la empresa en el presente. Por lo que el reclamante entiende que el acto administrativo no se encontraría suficientemente fundado- conforme al deber de motivación consagrado en el artículo 11 de la Ley N° 19.880- al no basarse en circunstancias de hecho vigentes, y en fundamentos técnicos aplicados de manera errada, pues la Municipalidad tomó en cuenta el máximo permitido y no los contaminantes efectivamente emitidos.

La Corte de Apelaciones rechazó el reclamo³⁹⁴, en el entendido que la motivación del acto administrativo la circunstancia de que éste se haya dictado en base a información desactualizada; ni tampoco considera que el acto le perjudique al reclamante; y, que por lo demás, la Municipalidad no cobra el derecho por la emisión de contaminantes, sino que por el retiro de los residuos. Es decir, el objeto de la obligación es otro.

Apelada esta sentencia, la Corte Suprema constata que en el expediente administrativo no se apreciaron ciertos antecedentes acompañados por la parte³⁹⁵, los cuales darían cuenta que efectivamente los contaminantes emitidos por la reclamante corresponden a una cifra menor a la indicada en el decreto alcaldicio. Lo que concuerda con que el acto del Alcalde ha infringido el deber de motivación, al regular sin ajustarse a la realidad. Además, la Municipalidad tiene el deber de actuar con eficiencia y eficacia³⁹⁶, de lo cual se concluye que para dictar su ordenanza debe contar con información suficiente. Y si no dispone de dicha información, pero ella consta en poder

³⁹⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol Reclamo de ilegalidad Municipal N° 544- 2017, de 21 de septiembre de 2017

³⁹⁵ Se refiere al Informe de la empresa presentado a la Seremi de Salud de Antofagasta, que da cuenta de la estimación de sus emisiones; a los oficios de la Superintendencia del Medio Ambiente sobre el resultado de las fiscalizaciones a sus instalaciones; al informe de fiscalización ambiental; y a la presentación que la propia Municipalidad realiza en su sitio web.

³⁹⁶ De conformidad a los artículos 3° inciso 2° de la Ley N° 18.575 y 17 letra c) de la Ley N° 19.880

de otros órganos administrativos, en este caso Superintendencia del Medio Ambiente y Seremi de Salud, debe aplicar el principio de coordinación entre los entes públicos³⁹⁷.

Por otra parte, el perjuicio a la parte estaría ocasionado por el cobro excesivo y desproporcionado de derechos, que se calculan en base a una fórmula que emplea datos obsoletos³⁹⁸. Todo ello redundaría en que si el acto no cuenta con una causa o motivación- esto es, la “razón que justifica su dictación por la Administración del Estado”- el actuar de la Administración se torna en arbitrario, pues no es posible de ser comprendido por sus destinatarios, al no ser razonable, proporcionado ni legalmente habilitado³⁹⁹.

Es decir, aun cuando la Municipalidad en el ejercicio de sus facultades⁴⁰⁰ y en el cumplimiento de su deber⁴⁰¹, dicte una ordenanza que regule el cobro de derechos bajo estos conceptos, incurre en un actuar antijurídico si el acto administrativo no se encuentra debidamente fundado en razón del interés público⁴⁰².

En consecuencia, para la Corte Suprema no basta con que la motivación del acto administrativo exista, sino que además ésta debe ser adecuada a la finalidad de interés público que persigue el acto⁴⁰³. En ese sentido, la ley imponía a la autoridad encargada de dictar el acto, disponer de los antecedentes necesarios para conocer la emisión actual de contaminantes de las empresas, y a partir de ello, determinar el monto a pagar por

³⁹⁷ Considerandos 3° y 4° de la Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 7025- 2017, de 27 de diciembre de 2017

³⁹⁸ Considerando 5° de la Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 7025- 2017, de 27 de diciembre de 2017

³⁹⁹ Considerando 8° de la Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 7025- 2017, de 27 de diciembre de 2017

⁴⁰⁰ Artículos 192 bis de la Ley n° 18.290 y 40 y siguientes de la Ley de Rentas Municipales

⁴⁰¹ Artículo 24 y tabla N° 3 del artículo 3° del Decreto Supremo N° 70 de 2010

⁴⁰² Considerando 8° de la Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 7025- 2017, de 27 de diciembre de 2017

⁴⁰³ Considerandos 12° y 14° de la Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 7025- 2017, de 27 de diciembre de 2017

concepto de derechos municipales⁴⁰⁴. A fin de cuentas, lo que hace la Corte Suprema es ordenar la implementación de la política pública en base a otro criterio técnico que la autoridad administrativa no tuvo a la vista⁴⁰⁵. Esto es, rediseña la forma de cobro de sus derechos. Aun cuando la exigencia de renovar los datos, en base a los cuales calcula el monto, implique el desembolso de un mayor gasto público. Y desde un punto de vista procesal, puede estimarse que la sentencia excede la función constitucional de jurisdicción, en cuanto imparte órdenes al ente administrativo, que regulan y condicionan su actuar hacia el futuro. Con lo que además de significar una injerencia competencial, al rediseñar los criterios técnicos para elaborar e implementar una determinada política pública, viene a resolver más allá del conflicto jurídico actual sometido a su conocimiento, decidiendo sobre el contenido de actos administrativos que se deberán dictar por la autoridad en lo sucesivo.

Al respecto, se ha argumentado que los supuestos de hechos, que justificaron la dictación de la Ordenanza, no se condecían con la realidad. Por lo que la única manera que tal acto administrativo fuera legítimo, es que obligatoriamente la Municipalidad- como órgano encargado de dictarlo- consultara a los órganos sectoriales involucrados que contaban con información suficiente y actual. Por lo que esta sentencia no resulta sólo adjudicativa de derechos, sino que tiene un contenido regulatorio en cuanto dispone los antecedentes que se deben tener en cuenta, la obligación de solicitar esta información, así como la actualización de ella en razón de la evolución de las emisiones. De manera que la motivación exista, pero sea al mismo tiempo adecuada al fin de interés público que se persigue.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ Artículo 37 de la Ley N° 19.880

⁴⁰⁵ Considerando 5° de la Sentencia de Reemplazo de la Corte Suprema Rol N° 7025- 2017, de 27 de diciembre de 2017

⁴⁰⁶ CORDERO VEGA, Luis. Planes de descontaminación y motivación de los actos sectoriales que implementan medidas [en línea] El Mercurio Legal, Análisis Jurídico, Regulatorio económico, de 29 de septiembre de 2017, <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2017/09/29/Planes-de-descontaminacion-y-motivacion-de-los-actos-sectoriales-que-implementan-medidas.aspx>> [Consulta: 1° de marzo de 2018]

Ha de tenerse en cuenta que el Plan de descontaminación sobre el cual la Corte Suprema dispone, no es tan sólo un instrumento de gestión ambiental, sino que por su contenido normativo fija una política pública de dirección de la gestión ambiental⁴⁰⁷.

En consecuencia, si con una sentencia adjudicativa la Corte lograba anular el acto administrativo reclamado, con una sentencia regulatoria consigue determinar una política pública, con lo cual excede sus atribuciones naturales e incurre en activismo judicial, pues asume directamente el rol del ente regulador sectorial⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ CORDERO VEGA, Luis. Planes de descontaminación... *Op. cit.* (406)

⁴⁰⁸ CORDERO VEGA, Luis. Planes de descontaminación... *Op. cit.* (406)

Conclusiones

1. En la concepción actual del rol del Estado Constitucional y Democrático, del derecho de la luz verde, éste ha de ejercer una actuación administrativa más activa desde el punto de vista prestacional. Por ello, la legislación le concede cada vez en mayor medida, un espacio de ejercicio de su potestad discrecional, en el diseño e implementación de políticas públicas, sobre todo en lo relativo a las competencias sectoriales más técnicas.

2. Derivado de lo anterior, si se requiere un mayor margen de apreciación para conseguir una eficiente y eficaz actuación administrativa, es necesario repensar o dar una nueva lectura al principio de legalidad. En tanto que el sometimiento de la Administración al derecho no puede reducirse a una mera aplicación automática de normas.

3. La ventaja de la discrecionalidad administrativa, es que va a entregarle a la Administración libertad de elección en su decisión, conforme a propender a lo que más se ajuste al interés público, ponderando diversos principios jurídicos que rigen su actuar.

4. Con todo, el espacio decisional de la Administración fruto del ejercicio de su potestad discrecional, no ha quedado ajeno al control judicial. Y he aquí lo interesante de dilucidar respecto a cuáles son los límites de este control, para dar aplicación al principio de frenos y contra pesos, y a la vez al principio de separación de poderes, evitando la injerencia competencial. De modo que resulte constitucionalmente legítimo el ejercicio de la potestad jurisdiccional para conocer y resolver controversias jurídicas, que se pronuncie sobre la implementación de políticas públicas. Con mayor razón si conoce para dar tutela judicial a derechos fundamentales.

5. Históricamente, el control judicial del acto administrativo discrecional se ha realizado mediante mecanismos tales como: verificación de error manifiesto de apreciación, razonabilidad del acto, motivación del acto y principio de proporcionalidad. Este último aplicado sobre todo en clave de derechos fundamentales.

6. En el método ponderativo, el conflicto jurídico se resuelve ya no en la subsunción de normas, sino aplicando principios, los cuales han sido concebidos por la doctrina como “mandatos de optimización”. Los principios han servido a la jurisprudencia por ser maleables, en tanto que no se aplican siempre de una determinada manera, pues operan *prima facie*. Sin embargo, de su aplicación sucesiva es posible deducir máximas de proporcionalidad, en caso de colisión de ellos, pero siempre guiados por las posibilidades fácticas.

7. Hay cierto consenso en que para aplicar el principio de proporcionalidad resulta útil verificar el test de utilidad o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Lo que busca este test es medir que la afectación de un derecho esté relacionado con la satisfacción de un bien jurídico como contrapartida. Es en un análisis del tipo costo- beneficio, que legitima la actuación del órgano administrativo que lleva a cabo una medida legítima y consigue un resultado lícito.

8. La elección del principio a optimizar, responde a una decisión política y técnica de la Administración, pero siempre conforme al mandato constitucional. Entonces, si el constituyente ya priorizó un principio por sobre otro, el control judicial no podrá ponderarlo, atribuyéndole más valor a la aplicación de otro principio por sobre otro.

9. La decisión judicial que razona en base a principios presenta problemas, tales como: Que no existe en el ordenamiento jurídico alguna regla que indique preferencias entre principios, en caso de colisión; que su formulación es general en cuanto alcance y sentido, no tienen definición unívoca. No obstante lo cual debe exteriorizarse esta ponderación, lo que no salva que se produzca una indeterminación en la aplicación del derecho, cuando se falla en base a principios. Quizás ello se matice con la creación de precedentes judiciales o con una jurisprudencia sostenida en un determinado sentido. De manera tal, que la aplicación constante de ciertos principios por sobre otros, puede dar lugar a reglas o figuras jurisprudenciales, que facilitan la aplicación del derecho por medio de la técnica de la subsunción. De hecho, algunos autores sostienen que el juicio de ponderación de principios persigue la universalización de reglas. Lo peligroso de esta práctica- que si bien busca crear certeza en la litigación, al permitir prever la forma judicial de resolver- es que invaden competencias normativas de los otros poderes del Estado.

O sea, el juicio de ponderación vendría a constituir un procedimiento de producción normativo, y su resultado habría que estimarlo como fuente de derecho. Por lo tanto, la interpretación judicial es creadora de derecho, pues la decisión determina una jerarquía axiológica de principios.

10. Ahora bien, respecto a cómo abordar la pregunta relativa a cuál es el rol de tribunales con competencia constitucional, frente a los excesos regulatorios discrecionales del legislador en la limitación de los derechos fundamentales, ha de tenerse presente que se trata de una cuestión relativa a la hermenéutica constitucional de los tribunales. Porque si el juez considera que la ley permitió un amplio margen regulatorio sectorial a la Administración, podrá estimar que la norma administrativa afecta la esencia del derecho fundamental- según el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política- y también aplicar el principio de proporcionalidad. Sin embargo, una decisión judicial en ese sentido podría ser anti democrática, en tanto se trata de normas que emanan de órganos técnicos y con legitimidad representativa. Pero es al mismo tiempo, una decisión constitucional, pues da tutela judicial a alguna de las garantías constitucionales consagradas en el catálogo de derechos. Es decir, la función jurisdiccional debe ajustarse a las exigencias de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, y cumplir con dichos estándares requiere de un balance adecuado que es posible conseguir mediante la suficiente fundamentación de las sentencias.

11. Una dificultad adicional para el juez que tutela el derecho fundamental, es la constitucionalización de ciertos valores, y la latente y potencial subjetivización de que tales valores se ven imbuidos por sus propias creencias. Por ello, el juez no debe perder de vista que la sociedad actual es pluralista y que el cuerpo social no es homogéneo, por lo que la interpretación y aplicación de las normas deben ser lo menos absolutas posibles.

12. En una visión neoconstitucional del Estado, el binomio de reglas y principios es ilusorio, pues ambos son normas. Y todas las normas son derrotables bajo el efecto de irradiación de la Constitución. Lo mismo que las reglas que son fruto del juicio de ponderación judicial, entre principios que se encuentran en colisión. Luego, con la consagración normativa de principios, el problema de determinar la norma aplicable

se agudiza y se genera una hipertrofia legislativa. Sumado al hecho que desde una óptica dinámica del derecho, debe considerarse que de manera residual éste contiene por ejemplo, derechos fundamentales implícitos, y que las categorías de derechos no son taxativas, y que se nutren de fuentes internacionales. Resultando confuso e incierto la manera en cómo el tribunal controlará la actuación de la Administración. No sería admisible una “ponderación de la ponderación” en aras a la claridad y certeza jurídica de las sentencias.

13. La evolución del derecho administrativo- sin perjuicio de la supervivencia o yuxtaposición incluso hasta el presente, de ciertas fases históricas- ha coincidido en la actualidad con la concepción de la acción pública, transitando del derecho de la luz roja al de la luz verde. Principalmente por ciertas condiciones contemporáneas a las cuales la actuación del Estado ha debido adaptarse. De esta manera, su frontera se ha ampliado a una esfera supranacional; ha reconocido la existencia de actividad administrativa no vinculante o derechamente proveniente de privados; y, ya no sólo desempeña un rol subordinado y de ejecución de la ley, sino que también se ha permitido diseñar y ejecutar por sí políticas públicas.

14. Las implicancias que el transitar del derecho administrativo tiene para el control judicial, son que estará centrado tanto en las exigencias del acto terminal, como en los actos trámites. O sea, en el desenvolvimiento del procedimiento administrativo. De esta manera, el control judicial es más efectivo y logra palear de alguna manera la creciente actividad administrativa, por medio de su producción normativa. Este derecho se ha complejizado, debido no sólo a la cadena regulatoria- legislativo y ejecutivo- sino a la participación de entes extra administrativos, que actúan en cooperación y corresponsabilidad con los órganos de la Administración del Estado. Por lo que el derecho administrativo se desborda con la hipertrofia normativa, multiplicidad de procedimientos judiciales y sectoriales, y el trabajo común con los privados. Por otra parte, el control judicial desde la perspectiva del derecho de la luz verde ya no sólo aborda la correcta ejecución de las prestaciones de conformidad a la ley, sino la eficiencia y la eficacia de los actos administrativos vinculados con las políticas públicas.

15. Ahora bien, respecto a cómo la Administración logra concretizar los

derechos sociales del mandato constitucional por medio de la ejecución de las políticas públicas, cuyo diseño viene ya desde el legislativo o ya desde ella misma. Se ha considerado que el elemento democrático es relevante para una formulación colaborativa e integrativa de la política pública, y que ello redundará además en la gobernabilidad del Estado. Cuando esta gobernanza no es considerada buena, debido a la insatisfacción de derechos, por lo general de corte social, es que los particulares administrados judicializan sus necesidades no cubiertas por el Estado. En otras palabras, por la ausencia o deficiencia en el cumplimiento de obligaciones positivas.

16. El riesgo de las sentencias judiciales que subsanan o derechamente implementan políticas públicas, radica principalmente en que por buscar dar solución en términos de justicia material al caso concreto, eventualmente sacrifican la correcta aplicación del derecho, creando un verdadero precedente como regla general, a partir de una situación que es excepcional. Sobre todo si el fallo ha sido dictado a modo de *lege ferenda*, interviniendo con ello en las competencias de otros poderes del Estado. En ese escenario, se trata pues de decisiones judiciales que imponen la supremacía judicial por sobre el sistema normativo y la estructura democrática del Estado. De ahí que cobra relevancia, para la legitimidad de su imposición autoritaria, el rol persuasivo de la sentencia de cara a la sociedad. A fin de que ésta sea percibida como un producto del pueblo soberano, como que es de éste y no de la Corte, la autoría de la sentencia. De esta manera se salvaría la objeción contramayoritaria, erigiéndose el fallo a sí mismo como una rendición de cuentas.

17. En América Latina tras finalizar las dictaduras, hubo un choque entre la ejecución de políticas públicas de los gobiernos de transición, que aumentaron el gasto público, y el modelo neoliberal imperante, lo cual provocó un desajuste entre el progreso desde un lado, y la insatisfacción de derechos sociales, por otro. Pues los derechos fundamentales mutaron de entenderse como tan solo una limitante al poder estatal, y pasaron a concebirse como generación de espacios de libertad, cuya efectividad y funcionalidad estaba dada en relación directamente proporcional con los mecanismos de protección de derechos. Lo cual repercutió en el ámbito judicial, en la proliferación de procedimientos contenciosos administrativos. Los que en Chile fueron múltiples, según

cada sector. Sin perjuicio de la utilización del recurso de protección, como un procedimiento general destinado a controlar la actuación administrativa por medio del amparo de un derecho fundamental. Todo esto de la mano del crecimiento tecnocrático y del conocimiento económico experto, para la formulación de las políticas del gobierno, en los centros de estudio y de discusión, los que por cierto se encontraban fuertemente influenciados por ideales político partidistas.

18. No deja de ser paradójico que la especialización técnica del Ejecutivo y su anticipación a las problemáticas relacionadas con la justicia social, que a fin de cuentas le llevaron a una asunción proteccionista y garantista, haya conseguido un empoderamiento de la ciudadanía en torno a exigencias de eficacia, que si no son logradas de manera óptima, interpusieran sucesivamente acciones contra el Estado. El caso argentino sobre el sistema de pensiones durante la década de los noventa es un buen ejemplo de cómo las decisiones judiciales significaron una reorientación en el diseño de las políticas públicas por los poderes Ejecutivo y Legislativo, produciendo cambios normativos.

19. En Chile, la actuación de la Corte Suprema en la última década- especialmente en los fallos de su sala en lo constitucional y administrativo- se ha erigido como un paliativo a la inejecución de las políticas públicas adecuadas. Sin embargo, ello ha desarrollado un potencial de riesgo de activismo judicial. De hecho, en doctrina se le ha denominado como “Fenómeno de judicialización de la política”, a aquella intervención judicial en el sistema político. Siendo que históricamente se consideró que el abstencionismo de la función jurisdiccional sobre esta materia era acorde con un Estado Democrático. Ello ha encontrado justificación en la afirmación que la promoción de los derechos humanos sólo es concordante con la democracia, aun cuando esto sea ajeno a su función natural y se extralimite en su competencia, invadiendo la de los otros poderes del Estado.

20. Las objeciones democráticas plantean que la superposición de las funciones de los poderes Ejecutivo y Legislativos por los jueces, no se justifican pues estos no cuentan con legitimidad representativa ni responsabilidad política, ni son controlados por los otros poderes, ya que gozan de independencia. Lo mismo si el fallo

tiene por fundamento razones morales y subjetivas, y no aquellas normas jurídicas y democráticas que son fruto de un sistema político en su génesis. Por ello, las exigencias motivacionales de la sentencia deben cumplir con cierto estándar, pues se debe asumir como realidad dada que el juzgador es *per se* un sujeto moral. Y que, además, en el clima de desconfianza político- partidista, las soluciones judiciales han servido como una suerte de factor de equilibrio en la gobernabilidad democrática. Se constata que en la aceptación o rechazo del activismo judicial se confrontan al menos dos posturas, cada una de la cual atribuye una diferente significación al ejercicio de la función jurisdiccional. Así: (1) Una concepción democrática formalista, según la cual hay un deber de auto restricción judicial en base al principio de separación de poderes; y, (2) Una postura de aceptación del activismo judicial sin contrapesos democráticos, para la eficiente tutela de los derechos fundamentales.

21. En Chile, se han esgrimido desde la doctrina, objeciones a la justiciabilidad de los derechos sociales, los cuales dicen relación con la (1) capacidad institucional estructural o idoneidad técnica, conocimiento científico y el manejo de las variables políticas, como lo son la planificación y el costo; así como las limitaciones propias de ceñirse al caso concreto, cuando lo óptimo es que las decisiones sobre políticas públicas se adopten desde escenarios policéntricos. Sin embargo, el *judicial review* requiere la aplicación de estándares mínimos y menos exigentes, como la razonabilidad y la motivación de la sentencia, los cuales no giran en torno a la estructuración e implementación de una determinada política pública, sino que desde la perspectiva de dar una solución individual a un derecho fundamental específico vulnerado, por lo que la afectación de dicha política sería un efecto colateral de este amparo, y no el centro de la decisión judicial. Y, (2) una objeción de legitimidad democrática, pues para no quebrantar el principio de separación de poderes, no podría contener órdenes para el Ejecutivo. No obstante, es la propia Constitución Política chilena la que le ordena a las Cortes restablecer el imperio del derecho, sin limitar las medidas que puede adoptar para su consecución. A ello se agrega que los jueces no son electos popularmente, ni sus decisiones son fruto de una deliberación política, por lo que sus sentencias no podrían ir contra texto expreso de la ley. Sin embargo, por jerarquía normativa es dable que un texto se contraponga al sentido de la Constitución.

Entonces bajo ese razonamiento, sería legítima y válida una sentencia judicial *contra legem*, pero ello sólo tendría sentido en los sistemas de control difuso y que admitan la irradiación como efecto normativo de la Constitución. Lo que en Chile, tratándose de derechos fundamentales, se le reconoce a las Cortes superiores de Justicia y al Tribunal Constitucional.

22. La fundamentación de las sentencias, como exteriorización del razonamiento lógico jurídico del juez, es importante no sólo para dotar de legitimidad democrática a la sentencia, sino para propender a evitar la generación de reacciones adversas en la ciudadanía. Sin perjuicio de los desacuerdos acerca de la interpretación de las normas de la Constitución y los valores en ella plasmados, los cuales son supuestos normales en el sistema democrático de comunidades heterogéneas en su identidad, donde el derecho público evoluciona constantemente. Pero las decisiones judiciales pueden generar desacuerdos sociales e inestabilidad institucional, si la ciudadanía percibe que la Constitución no genera lealtad y compromiso.

23. Las sentencias judiciales que pueden calificarse de activistas, muchas veces resultan ser un remedio estabilizador a la tensión ciudadana que genera la consagración de derechos sociales, incluso de manera programática o aspiracional, con la efectiva materialización de los mismos. En muchas ocasiones las decisiones judiciales reiteradas hacen eco de un contexto histórico, económico y social que no ha sido atendido por el sistema regulatorio. Y, en tal sentido, promueven cambios normativos. Con todo, esta decisión debiese remitirse únicamente al control del acto administrativo- esencialmente impugnabile- y no a la elaboración técnica o a la implementación de una política pública, con la consecuente disposición del presupuesto del órgano. Pues ello corresponde a una competencia de la Administración. La deferencia técnica moderada resulta lo más apropiado, reconduciendo al órgano la planificación.

Algunos consideran que una decisión judicial equilibrada -entre el activismo judicial y la irreflexiva deferencia técnica- está en la racionalidad, entendida como la resolución de los conflictos jurídicos en base a los principios, en tanto éstos constituyen fuentes democráticas del derecho.

24. Y, asumiendo que el fenómeno del constitucionalismo ya se encuentra instalado en Chile, sería conveniente que en el proceso constituyente no se abordase el tema del activismo judicial como un problema relativo a la distribución del poder en la Constitución, o a la ampliación del catálogo de derechos justiciables, sino que se pretendiese resolver primeramente los problemas constitucionales de gobernabilidad, que a fin de cuentas – conforme hasta aquí se ha propuesto- son la causa y no el efecto del activismo judicial de las Cortes con competencia constitucional. Dicho de otro modo, el activismo judicial es sintomático de la desnaturalización del diseño institucional y competencial del Estado. Que tiene la bondad de servir de solución casuística de derechos sociales insatisfechos. Pero que al mismo tiempo encierra el peligro de la falta de certeza jurídica, que quizás es más grave que las objeciones democráticas y de justiciabilidad de los derechos, que son incluso salvables bajo ciertos argumentos ya esgrimidos en este estudio, como los propuestos por la corriente del constitucionalismo democrático.

25. Para que el Estado materialice los derechos sociales que consagra en su Carta Fundamental, es indispensable que asuma el cumplimiento de obligaciones positivas. Si se pretende que éstas satisfagan de manera eficiente el derecho amparado, el Estado debe diseñar políticas públicas, que desde un punto de vista presupuestario y técnico, lo consigan de la manera más óptima dentro de sus posibilidades. Ello trae consigo la exigencia de mantener un constante perfeccionamiento del sistema institucional de distribución de competencias. Lo óptimo en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, es que estas tareas sean asumidas por órganos de representación democrática, con responsabilidad política y sujetos a la obligación de rendición de cuentas.

26. Con todo, debe tenerse presente que un Estado con un sistema de derechos eficaz, importa una acción estatal vigorosa, con un desembolso público fuerte, con independencia de si se trata de derechos individuales o sociales. Pues los primeros no se satisfacen con la sola abstención estatal, sino que igualmente requieren que el Estado despliegue su acción a través de su aparataje, poniendo a disposición de los ciudadanos las herramientas que permiten la satisfacción de tales derechos, y los

remedios legales y judiciales para su restablecimiento en caso de vulneración. Admitiendo la premisa de que es posible accionar en contra del Estado, precisamente porque el Estado provee de un sistema de protección de derechos, incluso contra él mismo. Por consiguiente, la distinción entre derechos de autonomía baratos y derechos sociales caros, es falaz y sólo tributaria de visiones políticamente antagónicas entre conservadores que rechazan el paternalismo estatal, y progresistas que defienden el Estado de Bienestar.

27. El desajuste presupuestario que se produce en los órganos administrativos encargados de ejecutar las políticas públicas, es una consecuencia inevitable de la judicialización de los derechos sociales, y una tensión permanente entre el deber constitucional de la función jurisdiccional de tutelar derechos, y de respetar el principio de separación de poderes. Lo cual se salva entendiendo que se trata del control de una acción administrativa y no de una orden determinada de gasto público. Se genera además, un conflicto en la ponderación del derecho a tutelar, desde el punto de vista del interés público que tuvo a la vista el Ejecutivo al privilegiar la asignación de recursos público de un derecho por sobre otro, pues en la ejecución presupuestaria se decide en base a motivos políticos y técnicos que no necesariamente van a ser compartidos por el juez. De manera que el control judicial del acto administrativo puede generar un desajuste en la distribución de las competencias institucionales, pues en cuanto órgano adjudicador de derechos, no se hace cargo de la disponibilidad financiera del órgano encargado de cumplir la sentencia. En ese sentido no tiene responsabilidad presupuestaria. Ahora bien, el órgano no puede argumentar en torno al eventual descalabro económico que le ocasionaría una sentencia adversa a sus pretensiones, para evitar ser condenado. Esto, porque el cumplimiento de sus tareas y la subsecuente satisfacción de derechos que ellas encierran, importan el acatamiento de sus obligaciones legales y constitucionales.

28. Las decisiones judiciales adoptadas por la Corte Suprema chilena durante la última década, han sido decisivas en cuanto que para tutelar un derecho subjetivo público, se han debido pronunciar acerca de la ejecución de una política pública, desdibujando los contornos tradicionales que limitan la injerencia en la actividad de los

demás poderes del Estado; reformulando la intromisión competencial; dando una lectura más potente al principio de frenos y contrapesos, bajo la óptica del derecho de la luz verde. Sirviendo la proporcionalidad como una válvula amplia de control de los aspectos discrecionales de los actos administrativos, sobre todo de aquellos que contienen decisiones acerca de la ejecución de políticas públicas que materializan derechos fundamentales sociales. En otras palabras, a fin de cuentas, la proporcionalidad no ha sido más que una herramienta metodológica de interpretación, de la cual se ha valido la Corte para dotar de razonabilidad a una decisión judicial en la cual conflictúan principios jurídicos. Y, al ir más allá del textualismo de la ley, ha emitido pronunciamientos sobre políticas públicas, donde han sido paradigmas los casos de tutela de derechos sociales y de responsabilidad del Estado por falta de servicio. Por lo que este trabajo pretendió demostrar que la cuestión de fondo es la necesidad de comprender esta forma de razonar el derecho por parte de la Corte, frente a las necesidades actuales que se judicializan (las que han llevado a la adopción de sentencias de esta naturaleza-cuestionables desde el principio de separación de poderes y de la democracia-), y no un afán por criticar el activismo o dar argumentos a su favor. Todo este fenómeno judicial se morigeraría si existieran categorías claras y sistematizadas en la teoría general del derecho administrativo.

Bibliografía

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. Derechos fundamentales y gobernabilidad. Seminario internacional sobre instituciones y desarrollo, [en línea], USACH, septiembre de 2015, pp. 1- 7
<<http://www.revistas.usach.cl/ojs/index.php/politicas/article/viewFile/2542/2330>>

ARROYO Jiménez, Luis. Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo. En: ORTEGA, Luis y DE LA SIERRA, S. (coordinadores), Ponderación y Derecho Administrativo, Madrid, Marcial Pons, 2009

BARNES, Javier. Transformaciones (científicas) del derecho administrativo. Historia y retos del derecho administrativo contemporáneo [en línea] Editorial Derecho Global-Global Law Press, Serie Roja: Cuadernos universitarios de derecho administrativo, (Sevilla, España, 2011), 63p. <<http://es.globallawpress.org/wp-content/uploads/Transformaciones-cient%C3%ADficas-del-Derecho-Administrativo.-Historia-y-retos-del-Derecho-Administrativo-contempor%C3%A1neo.pdf>> [Consulta: 4 de noviembre de 2017]

BERMÚDEZ Soto, Jorge. El control de la discrecionalidad administrativa. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, (17), 1996

BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Reglas para la imposición de las sanciones administrativas en materia ambiental, En: ARANCIBIA Mattar, Jaime y ALARCÓN Jaña, Pablo, Coordinadores. Sanciones Administrativas, X Jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo (ADA), Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2014

BIDART CAMPOS, Germán J. Los derechos “no enumerados” en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional [en línea] En: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Coord. Méndez Silva, Ricardo (México D.F, México, 2002): 103- 113, <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/342/6.pdf>> [Consulta: 09 de julio de 2017]

BRYCE, James. Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas, Edición y prólogo: Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Estudio preliminar y notas: Pablo Lucas Verdú, Madrid, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionalismo, 2015

CAMACHO CEPEDA, Gladys. Publicidad y Transparencia: nuevos principios constitucionales de la actuación de los órganos del Estado en Chile, En: Ensayos jurídicos contemporáneos. Testimonio de una huella académica, Coord. Foy Valencia, Pierre, Lima, Perú: Pacífico Editores, 2006, pp. 44- 77

CARBONELL, Miguel. Presentación. En: CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica, 1º Edición, Editorial Librotecnia, Santiago, Chile, 2010

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel y SÁNCHEZ GIL, Rubén. ¿Qué es la constitucionalización del derecho?, [en línea] Biblioteca Jurídica de Instituto de Investigaciones Jurídicas de

la UNAM, México, 2012,
<<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/15/cnt/cnt3.pdf>>
[Consulta: 1° de julio de 2017]

CORDERO VEGA, Luis. El test de proporcionalidad para adoptar decisiones administrativas integradas [en línea] El Mercurio Legal, Análisis Jurídico, Regulatorio económico, 28 de diciembre de 2017
<<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2017/12/28/El-test-de- idoneidad-para-adoptar-decisiones-administrativas-integradas.aspx?disp=1>> [Consulta: 1° de marzo de 2018]

CORDERO VEGA, Luis. Jueces y políticas públicas: el caso de las ciclovías de Rancagua [en línea] El Mercurio Legal, Análisis Jurídico, Regulatorio económico, 25 de septiembre de 2013,
<<http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=902403&Path=/0D/C5/>>
[Consulta: 9 de julio 2017]

CORDERO VEGA, Luis. Lecciones de Derecho Administrativo, Segunda Edición, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2015

CORDERO VEGA, Luis. ¿Los jueces deben hacer buen derecho o razonable política pública? [en línea] El Mercurio Legal, Análisis Jurídico, Regulatorio económico, de 29 de septiembre de 2017, <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/01/30/Los-jueces-deben-hacer-buen-derecho-o-razonable-politica-publica.aspx?disp=1>> [Consulta: 1° de marzo de 2018]

CORDERO VEGA, Luis. Los estándares de la Corte Suprema a las intervenciones administrativas integradas [en línea] El Mercurio Legal, Análisis Jurídico, Regulatorio

económico, de 29 de mayo de 2018 <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/05/29/Los-estandares-de-la-Corte-Suprema-a-las-intervenciones-administrativas-integradas.aspx?disp=1>> [Consulta: 8 de junio de 2018]

CORDERO VEGA, Luis. Planes de descontaminación y motivación de los actos sectoriales que implementan medidas [en línea] El Mercurio Legal, Análisis Jurídico, Regulatorio económico, de 29 de septiembre de 2017, <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2017/09/29/Planes-de-descontaminacion-y-motivacion-de-los-actos-sectoriales-que-implementan-medidas.aspx>> [Consulta: 1° de marzo de 2018]

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio. ¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad? (128 sentencias del Tribunal Constitucional en la perspectiva de la jurisprudencia constitucional alemana, de la Cámara de los Lores y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) En: Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 12, N° 1, 2014, pp. 163- 237 [en línea] <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v12n1/art05.pdf>> [Consulta: 1° de marzo de 2018]

CUÉTARA Martínez, Juan Miguel, MARTÍNEZ López- Muñiz y VILLAR Rojas, Francisco José (Coordinadores), Derecho administrativo y regulación económica, Liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz. Madrid, España, Editorial La Ley, 2011

DÁVILA, Mireya y SOTO SOUTULLO, Ximena. ¿De qué se habla cuándo se habla de políticas públicas? Estado de la discusión y actores en Chile [en línea] En: Revista Chilena de Administración Pública, N° 17, 2011, pp. 5- 33 <<http://www.revistas.uchile.cl/files/journals/48/articles/15590/submission/copyedit/15590-43183-1-CE.pdf>>

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. Principios jurídicos y análisis económico. En: Ortega, Luis y de la Sierra, S. (coordinadores), Ponderación y Derecho Administrativo, Madrid, Marcial Pons, 2009

ERAZO, Álvaro. La gestión pública y la reforma del Estado: La concreción de los derechos sociales [en línea] Revista Políticas Públicas, USACH, Volumen 3, N° 2, 2013, pp. 91-103 <<http://www.revistas.usach.cl/ojs/index.php/politicas/article/viewFile/1023/974>>

ESCOBAR TORRES, Sebastián, HERNÁNDEZ VARGAS, Luis y SALCEDO FRANCO, Cristhian. El juez constitucional de los derechos sociales en Colombia: Una mirada crítica al activismo judicial de la Corte Constitucional Colombiana [en línea] Revista Universitas Estudiantes, Bogotá, Colombia, N° 10, 2013, pp. 125- 155, <<http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/4350738/7+el+juez+constitucional+125-156.pdf/6f7d3646-64d7-4f90-bab0-7a370cd777be>> [Consulta: 9 de junio de 2017]

FIGUEROA GARCÍA- HUIDOBRO, Rodolfo. Modelo de control judicial de los derechos económicos, sociales y culturales. En: CAZOR ALISTE, Kamer y SALAS SALAZAR, Carolina (Coordinadores), Pacífico Editores, Coord., Estudios Constitucionales, 1° Edición, Santiago, Chile, Librotecnia, 2010

FIGUEROA GARCÍA- HUIDOBRO, Rodolfo. Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión teórica [en línea] Revista Chilena de Derecho, vol. 36, N° 3, 2009, pp 587- 620 <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3102201>> [Consulta: 17 de junio de 2017]

FIGUEROA GARCÍA- HUIDOBRO, Rodolfo. Justificación del Rol de las Cortes haciendo justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular el derecho a la protección de la salud [en línea] Revista Chilena de Derecho, vol. 36, N° 2, 2009, pp. 313- 342, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372009000200005> [Consulta: 17 de junio de 2017]

GALVIS CASTRO, Felipe Alejandro. Activismo judicial y emancipación social: Notas a partir de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en Colombia y Argentina [en línea] Repositorio Digital de CLACSO. Becas, sección de cultura, Argentina, 2007, pp. 1- 29 <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/becas/2007/cultura/galvis.pdf>> [Consulta: 17 de junio de 2017]

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica. En: GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (Editor). Robert Alexy: derechos sociales y ponderación, 2º Ed., Madrid, España, Fundación Coloquio Jurídico Europeo

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Neoconstitucionalismo y Ponderación. En: ORTEGA, Luis y DE LA SIERRA, Susana, (Coordinadores), Ponderación y Derecho Administrativo, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, España, 2009

GARCÍA GARCÍA, José Francisco. El principio de proporcionalidad como parámetro de control de la legislación de interés especial. Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales, 2010, [en línea] <http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2010/22_Garcia.pdf> [consultado el 16 de julio de 2016], p. 440.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco. El Tribunal Constitucional y el uso de “tests”: Una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica. En: Revista Chilena de Derecho, vol. 38, N° 1, 2014, pp. 101- 138 [en línea] <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-34372011000100006&lng=es&nrm=iso> [Consulta: 1° de marzo de 2018]

GARCÍA GARCÍA, José Francisco. “Toma” del Instituto Nacional. En: El Mercurio Legal [en línea] <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2014/11/13/Toma-del-Instituto-Nacional.aspx>> [Consulta: 25 de noviembre de 2017]

GARCÍA GARCÍA, José Francisco y VERDUGO RAMÍREZ, Sergio. Activismo Judicial en Chile ¿Hacia el gobierno de los jueces?, Santiago, Chile, Ediciones L y D, 2013

GARCÍA P. Gonzalo y CONTRERAS V. Pablo, Derecho de acceso a la información en Chile: Nueva regulación e implicancias para el sector de la Defensa Nacional. En: Revista Estudios Constitucionales, Año 7, Vol. 7, N° 1, Santiago, Chile, 2009, pp. 137-175, [Consultado el 28 de noviembre de 2016], [en línea], <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000100005#n34>

GOMÁ, Ricard y SUBIRATS, Joan. Democratización, Dimensiones de Conflicto y Políticas Públicas en España. En: GOMÁ Ricard y SUBIRATS, Joan (Coords.) Políticas Públicas en

España. Contenidos, Redes de Actores y Niveles de Gobierno, 1º Edición, Ariel Ciencia Política, España, 1998

GRAU, M. y MATEOS, A. (Editores), Análisis de Políticas Públicas en España: enfoques y casos, Valencia, España, Editorial, Tirant lo Blanch, 2002

GUASTINI, Riccardo, Derechos implícitos, Universidad de Génova, Italia, Observatorio DOXA, Trad. de Alí Lozada Prado, Universidad de Alicante [Consulta: 09 de julio de 2017] [en línea] <<https://web.ua.es/es/observatoriodoxa/documentos/comentario-riccardo-guastini.pdf>>

GUILHOT, Nicolás. ¿Limitando la soberanía o produciendo gubernamentalidad? Dos modelos de Derechos Humanos en el discurso político de Estados Unidos [en línea] En: Revista Política, Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile, volumen 49, N° 1, 2011, pp. 219- 241 <www.revistapolitica.uchile.cl/index.php/RP/article/download/16746/17442>

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. Activismo judicial en la obtención de cobertura adicional para enfermedades catastróficas: análisis jurisprudencial 2006- 2009, [en línea], Revista Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago, Chile, vol. 8, N° 1, 2010, pp. 401- 423, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000100015> [Consulta: 17 de junio de 2017]

HERRERO, Álvaro. La incidencia de la Corte Suprema de Justicia en la formulación de políticas públicas: Una exploración empírica del caso argentino [en línea] En: Revista Política, Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile, volumen 49, N° 1,

2011, pp. 71- 106
<<http://www.revistapolitica.uchile.cl/index.php/RP/article/viewFile/16311/16917>>

HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos, Traducido por Stella Mastrangelo, Buenos Aires, Argentina, Siglo veintiuno Editores, Colección derecho y política, 2011

JIMÉNEZ DE LA JARA, Jorge, y BASTÍAS, Gabriel; BURROWS, Jaime; CERDA, Jaime; CID, Camilo; FROIMOVICH, Karen; NANCUANTE, Ulises; PAVLOVIC, Sebastián; y ROMERO, Andrés. Estudios: Acceso a medicamentos de alto costo y enfermedades de baja frecuencia, Departamento de Salud Pública, Escuela de Medicina, Pontificia Universidad Católica de Chile, [en línea]
<<https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=30647&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>>
[Consulta: 8 de diciembre de 2017]

KAHN, Paul W. Construir el caso. El arte de la jurisprudencia. Traducción e Introducción de Daniel Bonilla Maldonado. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad de Palermo e Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, (Bogotá, Colombia, 2017), 359p.

KELSEN, Hans. Esencia y Valor de la Democracia, Traducción de la 2° Edición alemana por Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra, Editorial Labor S.A., (Barcelona, España y Benos Aires, Argentina, 1934

KRAFT, Michael y FURLONG, Scott. Public Policy: Politics, Analysis and Alternatives”, 2° Edición, CQ Press, Washington, DC, Estados Unidos, 2006

JENKINS, William. Policy Analysis: A Political and organizational Perspective, Londres, Inglaterra, Martin Robertson, 1978, pp. 17 y 21. Citado en: HERNÁNDEZ, Gustavo. El análisis de las políticas públicas: Una disciplina incipiente en Colombia [en línea] Revista de Estudios Sociales, Facultad de Ciencias Sociales- Fundación Social, Universidad de Los Andes, N° 4, agosto de 1999, Bogotá, Colombia, <<http://www.redalyc.org/pdf/815/81511266007.pdf>> [Consulta: 8 de octubre de 2017]

LAHERA, Eugenio. Introducción a las Políticas Públicas, Fondo de Cultura Económica, Santiago, Chile, 2002

LAHERA P. Eugenio. Política y política públicas [en línea] CEPAL, Serie Políticas Sociales, División de desarrollo social, Naciones Unidas. El estudio forma parte del proyecto Política y Políticas públicas en los procesos de reforma en América Latina. Similitudes y Diferencias. Proyecto FRA/02/073 que la CEPAL lleva a cabo con el apoyo del Gobierno de Francia, Santiago, Chile, N° 95, 2004 <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6085/S047600_es.pdf;jsessionid=39B04BF63C1407195E0290E6874640CE?sequence=1> [Consulta: 09 de julio de 2017]

LARA ARROYO, José Luis y GARCÍA- HUIDOBRO HERRERA, Luis Eugenio. 27- F ¿Terremoto en la responsabilidad del Estado? En: FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo y GARCÍA GARCÍA, José Francisco (Editores), Sentencias Destacadas 2013. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas, Ediciones LYD, (Santiago, Chile, 2014), pp. 163-194 [en línea] <<http://lyd.org/wp-content/uploads/2016/12/pp-163-194-27F-Terremoto-en-la-responsabilidad-del-Estado-JLLara-LEGarcia-Huidobro.pdf>> [Consulta: 27 de noviembre de 2017]

LOVERA PARMO, Domingo. Toma de colegios (y protestas). Comentario de la Sentencia de la corte Suprema Rol N° 23.540- 2014, de 4 de noviembre de 2014, En: Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Vol. 22, N° 11, (Coquimbo, Chile, 2015)

[en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-9753201500010001> [Consulta: 25 de noviembre de 2017]

MAJONE, Giandomenico. Evidence, Argument and Persuasion in the Policy process, 1° Edición, Yale University Press, New Haven, Estados Unidos, 1989

MALAGÓN RUBIO, Laura Milena. Entre el constitucionalismo democrático y el constitucionalismo popular: Análisis de la jurisprudencia constitucional en la defensa de los derechos de la población LGBTI en Colombia. Trabajo presentado para optar al título de Magíster en Derecho- Profundización en Derecho Constitucional [en línea] Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Bogotá, Colombia, 2014, pp. 11-13 <<http://www.bdigital.unal.edu.co/40029/1/6701030.2014.pdf>> [Consulta: 09 de junio de 2017]

MARIOT, Nicolás. La efervescencia social como problema de investigación [en línea] En: Revista Política, Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile, volumen 44, 2005, pp. 139-164 <<http://www.revistapolitica.uchile.cl/index.php/RP/article/viewFile/26005/27313>>

MARTÍNEZ ZORRILLA, David. Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, España, 2007

MENY, Y. y THOENING, J. Las Políticas Públicas, 1° Edición, Barcelona, España, Editorial Ariel, 1992, pp. 89- 90, Citado en: HERNÁNDEZ, Gustavo. El análisis de las políticas públicas: Una disciplina incipiente en Colombia [en línea] Revista de Estudios Sociales, Facultad de Ciencias Sociales- Fundación Social, Universidad de Los Andes, N° 4, agosto de 1999, Bogotá, Colombia, <<http://www.redalyc.org/pdf/815/81511266007.pdf>> [Consulta: 8 de octubre de 2017]

MONTT Oyarzún, Santiago. Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación jurificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales. En: DE LA CUÉTARA Martínez, Juan Miguel, MARTÍNEZ López- Muñiz y VILLAR Rojas, Francisco José (Coordinadores), Derecho administrativo y regulación económica, Liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz. Madrid, España, Editorial La Ley, 2011

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno. En: CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica, 1º Edición, Editorial Librotecnia, Santiago, Chile, 2010

NOGUEIRA Alcalá, Humberto. Presentación. En: CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica, 1º Edición, Editorial Librotecnia, Santiago, Chile, 2010

ORTEGA, Luis. La ponderación en el marco del pluralismo. En: ORTEGA, Luis y DE LA SIERRA, Susana, (Coordinadores), Ponderación y Derecho Administrativo, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, España, 2009

POBLETE ESPÍNDOLA, Gustavo. La falta de servicio ante los daños generados por desastres naturales (Corte Suprema), En: Revista de derecho, Jurisprudencia comentada, Vol. 28, N° 1, (Valdivia, Chile, julio de 2015) [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502015000100011> [Consulta: 27 de noviembre de 2017]

POST, Robert y SIEGEL, Reva, Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo, Traducido por Leonardo García Jaramillo, Buenos Aires, Argentina, Siglo veintiuno Editores, 2013

PRIETO SANCHÍS, Luis. Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo. En: Ortega, Luis y de la Sierra, S. (coordinadores), Ponderación y Derecho Administrativo, Madrid, Marcial Pons, 2009

PRIETO SANCHÍS, Luis. El juicio de ponderación constitucional. En: Carbonell, Miguel. El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica, 1° Edición, Editorial Librotecnia, Santiago, Chile, 2010

PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS, Nota conceptual. Enfermedades raras e igualdad en el goce de los Derechos Humanos, un vínculo aún no establecido, (Guatemala, marzo de 2017), [en línea] <<https://www.pdh.org.gt/biblioteca/investigacion/category/24-notas-conceptuales.html?download=2753:nc-enfermedades-raras-y-ddhh.>> [Consulta 8 de diciembre de 2017]

RÍOS PETRARCA, Fernanda. Los derechos humanos se conquistan en la lucha, igualdad racial, activismo jurídico y la defensa de las causas colectivas en el sur de Brasil [en línea] En: Revista Política, Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile, volumen 49, N° 1, 2011, pp. 195. 217 <<http://www.revistapolitica.uchile.cl/index.php/RP/article/viewFile/16745/17441>>

SAFFÓN, María Paula y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia,

[en línea] En: Revista de Estudios Socio- Jurídicos, Bogotá, Colombia, vol. 13, N° 1, 2011, pp. 75- 107, <<http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1511>> [Consulta: 17 de junio de 2017]

SCHMITT, Carl. El contraste entre comunidad y sociedad como ejemplo de una distinción dualista. Reflexiones a propósito de la estructura y destino de este tipo de antítesis, Traducción de Montserrat Herrero, En: SCHMITT, Carl. La tiranía de los valores, Editorial Comares, S.L., (Granada, España, 2010)

SCHMITT, Carl. La tiranía de los valores, Editorial Hydra, 1° Edición, 1° reimpresión, Traducción de Sebastián Abad, Buenos Aires, Argentina, 2010

SCHAUER, Frederick. Pensar como un abogado: Una nueva introducción al razonamiento jurídico, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Colección Filosofía y Derecho, Madrid, España, 2013

SUNSTEIN, Cass R. La revolución en los derechos: Redefiniendo al Estado Regulador, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, España, 2016

TAMAYO, Manuel. El Análisis de las Políticas Públicas, En: BAÑÓN y CARRILLO, (Compiladores), La Nueva Administración Pública, Madrid, España, Alianza Editorial, 1997

TRON PETIT, Jean Claude. El control de la discrecionalidad administrativa en sede jurisdiccional, En: En STEINER, Christian (Editor). Procedimiento y justicia administrativa

en América Latina, México D.F., Konrad Adenauer, 2009, pp. 413- 452, [en línea], <<http://fldm.edu.mx/libreintercambio/documentos/seminario/6/Control%20discrecionalidad%20admva%20sede%20jurisdiccional%20Tron.pdf>> [consulta: 10 de julio de 2016]

VÁZQUEZ, Rodolfo. Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario [en línea] En: Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, N° 44, 2010, pp. 254 <<http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/506/596>> [Consulta: 09 de junio de 2017]

VECCHIOLI, Virginia. Profesionales del derecho, activismo jurídico y creación de nuevos derechos. Hacia una mirada comprensiva del derecho desde las ciencias sociales [en línea] En: Revista Política, Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile, volumen 49, N° 1, 2011, pp. 5- 18 <<http://www.revistapolitica.uchile.cl/index.php/RP/article/viewFile/16268/16850>>

VELASCO Caballero, Francisco. Método de la ponderación y sistema constitucional.” En: ORTEGA, Luis y DE LA SIERRA, Susana (Coordinadores), Ponderación y Derecho administrativo. Madrid, España. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2009

VERGARA ARTEAGA, Alberto. Toma del Instituto Nacional: Una mala lección sobre el Estado de Derecho, En: FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo y GARCÍA GARCÍA, José Francisco (Editores), Sentencias Destacadas 2014. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas, Ediciones LYD, (Santiago, Chile, 2015), pp. 187- 201 [en línea] <<http://lyd.org/wp-content/uploads/2016/12/pp-187-201-Toma-del-Instituto-Nacional-una-mala-lecci%C3%B3n-sobre-el-estado-de-derecho-AVergara.pdf>> [Consulta: 25 de noviembre de 2017]

VERGARA BLANCO, Alejandro. Los jueces en la era del derecho democrático. Especialización, principios y activismo judicial [en línea] En: Revista Centro de Políticas Públicas, Universidad Católica de Chile, Temas de agenda pública, año 10, N° 83, noviembre de 2025, pp. 1- 12 <<http://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2016/01/N%C2%BA-83-Los-jueces-en-la-era-del-derecho-democr%C3%A1tico.pdf>>

VERGARA, LEANDRO. El desarrollo de los derechos. En: GARCÍA AMADO, Juan Antonio, Coordinador. Razonar sobre derechos, 1° Ed., Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2016

VIERA ÁLVAREZ, Christian. ¿Hacia el gobierno de los jueces? José Francisco García - Sergio Verdugo [en línea] En: Revista Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca Activismo judicial en Chile, Año 12, N° 2, 2014, pp. 307-314, <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v12n2/art11.pdf>> [Consulta: 21 de julio de 2017]

WEBER, Max. La objetividad del conocimiento propio de las ciencias sociales y de la política social, En: Revista de Economía Social [Consultado el 12 de diciembre de 2016] [en línea] <<http://ocw.innova.uned.es/ocwuniversia/filosofia/filosofia-de-las-ciencias-sociales/bibliografia-1/WeberObjetividad.pdf>>