

## 10. La Corte Suprema ante el manejo de la emergencia sanitaria por la Administración: ¿un caso de activismo judicial?

Alberto Sánchez E.  
Martín Gutiérrez F.

**RESUMEN:** el presente trabajo analiza la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 10.744-2022, que en fallo dividido acogió una acción de protección interpuesta por una municipalidad y un Gobierno Regional en contra de distintos órganos del Gobierno central, por no haber adoptado, en el ámbito de sus facultades, medidas estimadas como suficientes y adecuadas a la realidad de una remota localidad de la Región de Antofagasta en el contexto de la crisis sanitaria generada por la pandemia de Covid-19. El fallo constituye, en opinión de sus autores, un ejemplo de aquella especie de decisiones judiciales que cruzan la delgada frontera entre el control judicial de la Administración y la intervención judicial en políticas públicas.

**PALABRAS CLAVE:** recurso de protección, control judicial de la Administración, políticas públicas, discrecionalidad, pandemia.

**SUMARIO:** I. Introducción. II. ¿Qué es el activismo judicial? Los “indicadores” de García y Verdugo. III. ¿Estamos ante una sentencia activista? IV. Reflexiones finales: ¿nos encaminamos “hacia una juristocracia”?

*“Pero si los tribunales no deben ser fijos, sí deben serlo las sentencias, hasta el punto que deben corresponder siempre al texto expreso de la ley. Si fueran una opinión particular del juez, se viviría en la sociedad sin saber con exactitud los compromisos contraídos con ella”.*

Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, Libro XI, Cap. 6.

## I. INTRODUCCIÓN

El caso bajo análisis inicia con una acción de protección interpuesta en enero de 2022 por la Municipalidad de Ollagüe y el Gobierno Regional de Antofagasta en contra del Presidente de la República, el Ministro de Salud, el Delegado Presidencial de la Región de Antofagasta y la Delegada Provincial de la Provincia de El Loa. La acción tiene como fundamento las omisiones en que habrían incurrido estas autoridades en la comuna de Ollagüe, una comuna altiplánica rural, con una minúscula población de 319 habitantes. Según se explica en el recurso, en el contexto de la emergencia sanitaria provocada por el Covid-19, los habitantes de la comuna se verían expuestos a una situación de permanente riesgo debido al ingreso de un gran número de migrantes, de forma tanto regular como irregular, en circunstancias de que la localidad carece de la infraestructura y el equipamiento básico (recintos de alojamiento, atención sanitaria, servicios higiénicos, etcétera) para recibir a tal cantidad de personas. Los actores alegan que tal situación crea un riesgo sanitario para la población de la comuna, al no estarse practicando exámenes de Covid-19 a los migrantes, ni estárselos conduciendo a ninguna residencia sanitaria –como lo exigían las resoluciones a la sazón vigentes impartidas por la autoridad sanitaria–. Por el contrario, los migrantes, muchos probablemente contagiados, compartían con la población de Ollagüe el único medio de transporte público existente desde y hacia la comuna, a saber, un bus interurbano. Esta situación se denuncia como vulneratoria de las garantías constitucionales del derecho a la vida (19 N° 1 de la CPR), igualdad ante la ley (19 N° 2 de la Constitución Política de la República, “CPR”) y derecho a la salud (19 N° 9 de la CPR).

Evacuando su informe, el Presidente de la República solicita el rechazo del recurso por constituir, más que una petición de cautela de derechos indubitados, un “cuestionamiento al mérito, suficiencia e idoneidad de [las] medidas adoptadas” por la autoridad administrativa para hacer frente a la emergencia sanitaria (Ministerio Secretaría General de la Presidencia [2022], p. 5). Asimismo, argumenta que el recurso ha de ser rechazado por haber sido formulado en favor de un grupo indeterminado de personas –los “habitantes” de la comuna–, en circunstancias de que la acción de protección no constituye una acción popular, y ha de ser siempre interpuesta en representación o en favor de una o más personas concretas. La Delegación Presidencial Regional, por su parte, detalla en su informe una serie de acciones adoptadas por dicha autoridad respecto a los problemas relatados por los recurrentes, incluyendo la implementación de testeos preventivos en los terminales de buses de ciudades como Antofagasta y Calama, y la habilitación de centros y puntos de testeo en varias localidades de la Región de Antofagasta, incluida Ollagüe.

El Ministerio de Salud, en tanto, argumenta que mediante la acción de protección se intenta “traspasar a los tribunales de justicia la adopción de medidas para proteger garantías constitucionales art. 19 N° 1, N° 2 y N° 9, pero lo cierto es que ello supone una intervención en la adopción de políticas públicas en materia sanitaria, decisión que corresponden (sic) a quienes ejercen la Administración del Estado” (Ministerio

de Salud [2022], p. 5). Dicho Ministerio cita numerosas sentencias de Cortes de Apelaciones que rechazan o bien declaran inadmisibles acciones de protección o de amparo deducidas en contra de órganos de la Administración del Estado por considerar que se ordenan a que los tribunales reemplazasen a la Administración en el diseño e implementación de políticas públicas referidas específicamente a la emergencia sanitaria provocada por el Covid-19<sup>1</sup>. Asimismo, menciona distintas medidas adoptadas por el Ministerio para controlar el avance de dicha enfermedad en la zona, incluyendo un proyecto de instalación de una residencia sanitaria en la comuna, a lo que la municipalidad recurrente se habría negado.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta, siguiendo la línea jurisprudencial de las diversas sentencias citadas por el Ministerio de Salud, resuelve rechazar la acción de protección, para lo que realiza cuatro consideraciones fundamentales:

- (i) Primero, que las autoridades recurridas han adoptado medidas para enfrentar la emergencia sanitaria en un contexto de migración irregular<sup>2</sup>, lo que permite descartar la existencia de una omisión ilegal o arbitraria. Para la Corte de Apelaciones, la cuestión de la suficiencia de las medidas adoptadas, en tanto, “es una cuestión de carácter técnico que debe ser resuelta por los organismos respectivos y que escapa al objeto del recurso de protección” (Gobierno Regional de Antofagasta con Jopia [2022], c. 8°).
- (ii) A mayor abundamiento, que las medidas impetradas por los actores tienen una naturaleza “político-administrativa” y “responden a la ejecución de una política pública de orden sanitario” (Gobierno Regional de Antofagasta con Jopia [2022], c. 9°), potestad que la Constitución ha radicado en el Poder Ejecutivo.
- (iii) Asimismo, que al no ser la acción de protección una acción popular, el recurso no puede prosperar al no haberse individualizado a las personas en favor de quienes se recurre<sup>3</sup>.
- (iv) Por último, que la vía para canalizar las inquietudes de las autoridades recurrentes no es la acción de protección, sino el principio de coordinación previsto en la ley. Al respecto, señala que “no puede soslayarse que las entidades recurrentes tienen potestades en esta materia y que por mandato legal, deben actuar coordinadamente junto con los demás servicios que

1 Se trata de más de una veintena de sentencias, entre ellas, Norambuena con Ministerio de Educación (2020), Rendón con Mañalich (2020), Krzeminski con Piñera (2020), Carvajal Torti Sofía con Ministerio de Salud (2021); Radovic Holloway Miljenko con Ministerio De Salud (2021); y Bernal Dirinof Miguel Ángel con Ministerio de Salud (2021), todas de la corte de Apelaciones de Santiago; Universidad de Valparaíso con Mañalich (2020) y Sáez con Seremi de Salud de Valparaíso (2021, ambas de la Corte de Apelaciones de Valparaíso; y Rojas con Seremi de Salud de la Araucanía (2021), de la Corte de Apelaciones de Temuco; Jaime Esteban Guerrero Salazar con Ministerio de Salud (2020), de la Corte de Apelaciones de Concepción; León con Seremi de Salud de la Región Metropolitana (2021), Andonje con Seremi de Salud de la Región de Antofagasta (2021), Barrientos con Paris (2021), y Parada con Subsecretaría de Salud de la Región de Valparaíso (2021), todas de la Corte de Apelaciones de Arica; y Fuchslocher con Paris (2021), Tello con Paris (2021) y Millán con Paris (2021), todas de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

2 Gobierno Regional de Antofagasta con Jopia (2022), c. 8°.

3 Gobierno Regional de Antofagasta con Jopia (2022), c. 10°.

tengan incidencia en aquellos temas, para así adoptar las medidas que procuren la protección de las personas que pudieran verse amagadas en sus derechos” (Gobierno Regional de Antofagasta con Jopia [2022], c. 9°). Así, situaciones como la planteada por las recurrentes debían ser abordadas a través del cumplimiento del mandato legal de coordinación<sup>4</sup> aplicable tanto a los órganos recurrentes como a los recurridos.

Apelada esta sentencia, la Corte Suprema, en voto dividido (3-2) decide revocarla, acogiendo el recurso de protección —si bien solamente en contra del Ministerio de Salud— por estimar que su actuación “en orden a proteger la salud de los habitantes de Ollagüe fue insuficiente, en tanto no permitió hacerse cargo en su justa medida de los riesgos, en contexto de pandemia, que trajo el gran aumento de flujo migratorio a través de la comuna de Ollagüe (...). En ese sentido, las medidas adoptadas por la autoridad, si bien correctas, no bastaron en tanto no consideraron, a lo menos, el tamaño de la comuna, su población, la infraestructura de salud y de habitación con la que se cuenta, la situación socio-económica y acceso a implementos de protección, y medios públicos disponibles de transporte” (Gobierno Regional de Antofagasta con Jopia [2023], c. 8°), disponiendo a continuación que las “las autoridades recurridas deberán actuar coordinadamente con el fin de procurar la eficaz y efectiva protección de la salud de los habitantes de Ollagüe, estableciendo las medidas y planes de trabajo que sean necesarias para evitar nuevas situaciones de riesgo para la población como las descritas en este fallo” (Gobierno Regional de Antofagasta con Jopia [2023], parte resolutive).

## II. ¿QUÉ ES EL ACTIVISMO JUDICIAL? LOS “INDICADORES” DE GARCÍA Y VERDUGO

Si bien el término “activismo judicial” tiene una connotación decididamente negativa en nuestro medio, su significado en el uso cotidiano es más o menos ambiguo; muchas veces, pareciera que lo que se critica por su intermedio no es la labor misma del juez sino el contenido de la decisión criticada. También se ha empleado el término “activismo” para acusar la utilización del aparato judicial —no necesariamente por parte de jueces— para fines de persecución política.

Para los profesores José Francisco García y Sergio Verdugo —quienes han dedicado varios trabajos a esta materia—, por activismo judicial debemos entender aquellas “decisiones tomadas por jueces que siguen sus preferencias personales (ya sea morales, políticas, etc.) en contra de las normas jurídicas establecidas y conocidas, ya sea para avanzar en reformas sociales o para defender principios que se estiman como especialmente importantes, contrariando la seguridad jurídica que da el Estado de Derecho” (Verdugo y García, 2012, p. 220). Por su parte, el académico costarricense Marco Feoli, apoyándose en una serie de autores de derecho comparado, anota que el activismo judicial “refleja una revolución contra un modo formalista de entender la

<sup>4</sup> El principio de coordinación está establecido en los artículos 3° inciso segundo 5° inciso segundo de la Ley N° 18.575, de 2001, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

ley y al juez. Esta revolución llevaría a que el activismo judicial esté ligado (...) a que los jueces ya no estén restringidos a aplicar mecánicamente la ley sino a que ahora participen del proceso de formulación de políticas públicas –policy-making by the judiciary–” (Feoli, 2015, p. 180).

Por su parte, el catedrático español Manuel Atienza ha sostenido que: “una definición aceptable de activismo judicial podría ser esta: un juez activista es el que decide una cuestión jurídica de acuerdo con sus opiniones de lo que es justo, aunque ello suponga transgredir los límites fijados por el Derecho” (Atienza, 2018, 44). La definición, señala el autor, debe ser contextualizada en base a dos variables propias de la teoría del derecho continental. Primero, que el juez siempre debe decidir en base a criterios normativos previamente establecidos y, segundo, que esos criterios, por regla general, contemplan una respuesta correcta para cada caso<sup>5</sup>.

Desde una perspectiva histórica, la fuente más antigua conocida en la que se usa el término “activismo judicial” parece ser un artículo del historiador norteamericano Arthur M. Schlesinger Jr. publicado en 1947, en el que se estudia la postura de los nueve ministros de la Corte Suprema de dicho país en torno a la manera en que debe entenderse la posición de la judicatura en un Estado democrático. El autor identifica que dicha Corte estaba dividida en dos grupos. El primer grupo, liderado por los ministros Black y Douglas “cree que la Corte Suprema puede desempeñar un papel activo [affirmative] en la promoción del bienestar social”, está “preocupado por el empleo del poder judicial para su propia concepción del bien social”, y “considera a la Corte como un instrumento para lograr resultados sociales deseados”. En tanto, el segundo grupo, liderado por los ministros Frankfurter y Jackson, “aboga por una política de autocontención judicial”, se preocupa por “ampliar el rango de juicio permisible para las legislaturas, incluso si eso significa emitir decisiones que condenan en privado”, y considera a la Corte como un “instrumento para permitir que las otras ramas del gobierno logren los resultados que la ciudadanía quiere, para bien o para mal” (Kmiec, 2004, p. 1446-1447)<sup>6</sup>.

Unos años más tarde, H.L.A. Hart concordaba en que en el derecho norteamericano esta discusión se había conceptualizado en dos puntos extremos, a saber, la “Pesadilla” y el “Noble Sueño”. La “Pesadilla” hace referencia a la realización de que la tradicional distinción entre juez y legislador, según la cual el juez es un mero aplicador del derecho y no un agente creador del mismo, es ilusoria, debiendo aceptarse que, en última instancia, el juez es un legislador, y que no aplica derecho preexistente sino que lo crea siempre; un ejemplo de lo anterior sería la sentencia *Roe v. Wade*. Por otra parte, el “Noble Sueño” consistiría en la fe en la idea de que los jueces no crean derecho sino que aplican el preexistente, de modo tal que a una

5 Atienza, 2018, p. 44.

6 Kmiec, de cuyo artículo hemos obtenido esta cita, indica inmediatamente a continuación que cada una de las dos “alas” recién señaladas de la Corte Suprema “es el producto de una cosmovisión jurídica distinta” (KMIEC, 2004, p. 1447). Vale decir, la postura “activista” de los ministros Black y Douglas sería expresión de una postura legítima, que obedece a una manera legítima de concebir la posición de la judicatura respecto de los demás poderes del Estado. Como es obvio, esta es una afirmación cuya plausibilidad y consecuencias son bastante distintas en el sistema jurídico anglosajón, dominado por el *common law*, que en un sistema como el nuestro, claramente tributario del derecho continental europeo.

nueva decisión que modifica el precedente se le considera como una corrección de un error jurídico<sup>7</sup>.

Es de notar que Atienza también identifica el activismo judicial como uno de dos extremos, cuyo opuesto es lo que denomina “formalismo”, siendo uno y otro posturas que llevan a “conductas judicialmente desviadas”. Por formalismo debemos entender “una concepción que ve el derecho única o muy preferentemente como un conjunto de reglas y que rechaza interpretar las normas acudiendo a lo que son sus razones subyacentes. La desviación consiste por ello en prescindir de los fines y valores que dan sentido a la práctica jurídica (al para qué interpretar)”. El activismo, en tanto, ve en el derecho “únicamente esta última dimensión (valorativa), dejando, pues, de lado que el Derecho es también una práctica autoritativa, en la que las reglas juegan un papel esencial. La desviación consiste aquí en prescindir de los medios de las formas: en no tomar en cuenta que, si la interpretación es tan relevante para el derecho, ello se debe precisamente al papel que juega en él la autoridad” (Atienza 2018, 44).

Parece ser de la esencia del activismo judicial, entonces, la aspiración de superar o rebasar el ámbito decisonal tradicionalmente reconocido a la judicatura conforme a los postulados clásicos de la separación de poderes<sup>8</sup>, los que, en nuestro medio, encontramos expresados en el artículo 4° del Código Orgánico de Tribunales —y, antes de él, en el artículo 4° de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, de 1875—: “es prohibido al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y en general ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes”.

En el caso de nuestra Corte Suprema, son numerosos los casos de sentencias que han sido tildadas de activistas, algunas de ellas bastante mediáticas. El Observatorio Judicial, por ejemplo, manifestó recientemente que “el llamado “choque de trenes” de 2019, el fallo por el caso Quintero–Puchuncaví, las órdenes de coordinación con la autoridad pública a dueños de terrenos usurpados, o la jurisprudencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema sobre medicamentos de alto costo, podrían ser invocados como casos de activismo judicial que tienen en común el haber sido dictadas conociendo el recurso de protección” (Observatorio Judicial, 2024, p. 2-3).

A pesar de la dificultad de identificar con precisión si una sentencia puede ser calificada de activista, se han postulado *tests* o estándares al respecto. En este sentido, los antedichos profesores García y Verdugo, en un trabajo del año 2013, postulan los siguientes “indicadores” para identificar cuándo una decisión judicial puede ser tildada de activista:

7 Hart, 1977, p 971, 978.

8 Ahora bien, el constitucionalismo moderno ha articulado dos versiones distintas del principio de separación de poderes. La primera, basada en una concepción formalista del derecho y propia de una lectura literal de la tesis de Montesquieu, es aquella que acentúa la importancia de la separación estricta de funciones entre las distintas instituciones y otorga al poder judicial un papel de mero aplicador del derecho. La segunda, basada en una concepción antiformalista del derecho, predica compartir funciones, es evolutiva, adaptable y enfatiza el equilibrio de poderes en lugar de la estricta sujeción de poderes. Al respecto, véase Solanes, 2016, p. 36. o Parejo, 1997, p.16.

- (i) la sentencia intenta resolver el fondo de los casos aun cuando puedan existir razones para no hacerlo, por vía de ampliar sus propios poderes, reducir obstáculos procesales (los que “ceden ante principios sustantivos de justicia”), o seleccionar normas “ambiguas y amplias” para tomar sus decisiones, dejando sin aplicación otras normas más claras que pudieran resultar igualmente aplicables;
- (ii) la sentencia evita la deferencia a otros poderes públicos, y amplía el ámbito de acciones a controlar mediante el “mal uso” de técnicas como la proporcionalidad;
- (iii) la sentencia desconoce las “ataduras interpretativas”, o sencillamente se aparta del “texto, la estructura y la historia” de la norma que interpreta, por ejemplo yendo en contra de la voluntad clara de los redactores o de las “claras implicaciones” del lenguaje;
- (iv) la sentencia coloca “menos énfasis en el Derecho objetivo conocido”, dándole flexibilidad a los jueces para la selección de fuentes elegidas para resolver el caso. De este modo, altera el statu quo y los resultados del “proceso político”, con frecuencia estableciendo “prohibiciones nuevas a los actores políticos frente a conductas que no se encuentran directamente prohibidas por la Constitución”;
- (v) la sentencia exhibe una tendencia hacia las “decisiones con amplios resultados”, o decide “problemas que pudo no haber resuelto, sosteniendo principios más amplios que lo que el caso requiere y argumentando mucho más allá de los méritos individuales de los procesos particulares que motivaron el caso”;
- (vi) la sentencia contiene votos disidentes que “denuncian un voto de mayoría que se aparta del Derecho”;
- (vii) la sentencia no permite que prime la decisión de los órganos legislativos o ejecutivos –que se supone revestida de mayor legitimidad democrática– en casos donde dicha decisión está plasmada de manera clara en la Constitución o la ley; la sentencia, en lugar de implementar los actos del Congreso o del Ejecutivo, busca “derrotarlos”<sup>9</sup>.

Si bien no en toda sentencia activista veremos manifestados todos estos “indicadores”, la presencia de más de uno de ellos o incluso la presencia de sólo uno de ellos en gran intensidad muchas veces servirá como alerta. Manuel Atienza<sup>10</sup> también ha identificado ciertos elementos respecto a hipótesis de activismo judicial que coinciden por aquellos reconocidos por Verdugo y García.

<sup>9</sup> García y Verdugo (2013), p. 79-82.

<sup>10</sup> Atienza, 2018, p. 39-49.

Este interesante *test* ha tenido incluso reconocimiento jurisprudencial. Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el control preventivo del proyecto de ley que otorgaba una serie de nuevas facultades al Servicio Nacional del Consumidor, incluidas potestades sancionatorias y normativas (STC 4012-17), el voto de minoría de los ministros Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y Nelson Pozo Silva hizo uso del *test* propuesto por los profesores García y Verdugo para –en definitiva– acusar al voto de mayoría de activismo judicial<sup>11</sup>.

En lo que sigue, utilizaremos tres de los indicadores propuestos por los profesores García y Verdugo para identificar caracteres de activismo en la sentencia en comento. Como se verá, el ejercicio irá develando que la sentencia se aparta en varios aspectos de líneas jurisprudenciales recurrentes de los tribunales superiores en materia de recurso de protección.

### III. ¿ESTAMOS ANTE UNA SENTENCIA ACTIVISTA?

#### 1. En la sentencia en comento se aprecia la búsqueda de un pronunciamiento sobre el fondo y una tendencia hacia la reducción de obstáculos procesales

En la sentencia en estudio es posible encontrar más de una instancia del primer “indicador” del *test*. Como veremos, el caso *sub lite* ofrecía a la Corte Suprema varias posibilidades de argumentación para confirmar la sentencia apelada, existiendo un arsenal de precedentes jurisprudenciales en los que apoyarse para hacerlo. Confirmar la sentencia apelada no solamente hubiera sido el camino más fácil, sino también el más ortodoxo; no obstante, la Corte Suprema decide pronunciarse sobre el fondo del asunto, obviando varios aspectos del recurso de protección que aconsejaban su rechazo por improcedente.

#### Ampliación de la legitimación activa

La sentencia es bastante generosa en cuanto al reconocimiento de legitimación activa a los recurrentes. En efecto, la acción de protección se interpuso en favor de grupos indeterminados de personas: los “habitantes de la comuna de Ollagüe” y los “migrantes”<sup>12</sup>, siendo estos grupos de personas los titulares de las garantías constitucionales que se acusan como vulneradas. Habiéndose interpuesto el recurso en estos términos amplios, la Corte Suprema no obstante consideró que las personas afectadas se encontraban suficientemente individualizadas, al haberse acompañado al recurso un listado con los nombres de 62 personas –firmado por sólo 20 de ellas–<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> STC 4012-17, control de constitucionalidad del proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, correspondiente al Boletín N° 9.369-03. Considerando 35° del voto de minoría.

<sup>12</sup> Cfr. páginas 8 y 9 del recurso de protección.

<sup>13</sup> Gobierno Regional de Antofagasta con Jopia (2023), c. 8°.

En este aspecto, la sentencia contraría diversos fallos de la propia Tercera Sala de la Corte Suprema que señalan que la acción de protección, si bien ciertamente puede ser interpuesta en favor de cualesquiera personas, debe serlo en favor de personas determinadas, pues no se trata de una acción popular. No puede ser interpuesta, por ejemplo, en favor de colectivos indeterminados de personas o genéricamente en favor de una comunidad o grupo. A modo de ejemplo, en febrero de 2024 la Tercera Sala de la Corte Suprema falló que la Asociación de Sordomudos de Chile carecía de legitimación activa para accionar en favor de las personas sordas en general, señalando que "(...) es menester para su procedencia [de la acción de protección], la existencia de un perjudicado o agraviado, esto es, alguna persona determinada que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de sus derechos; ya que como se ha sostenido reiteradamente por esta Corte, el recurso de protección no constituye una acción popular, sino que de contrario su ejercicio corresponde al directamente lesionado con el acto u omisión que se reclama" (Asociación de Sordomudos de Chile con Servicio Nacional de la Discapacidad [2024], c. 3°)<sup>14</sup>. Asimismo, en abril de 2022 la misma Sala sentenció que no existía legitimación activa para recurrir de protección en forma genérica en favor de todas las personas afectadas por el denominado "Plan Fronteras Protegidas", en el marco de las acciones adoptadas por la autoridad sanitaria para enfrentar la pandemia de Covid-19<sup>15</sup>. En abril de 2021, falló que "no es procedente que un arbitrio de la presente naturaleza se interponga en favor de "vecinos" que no se individualizan, pues en tales condiciones no se puede establecer, de una forma razonable, de qué modo aquellos se ven afectados por la construcción del edificio materia del permiso, debiendo reiterar que esta Corte ha señalado que el recurso de protección no es una acción popular" (Ugarte con Ilustre Municipalidad de Ñuñoa [2021], c. 4°). Y en diciembre de 2020 sentenció que era improcedente una acción de protección deducida en favor de cuatro personas además de "cuatro recurrentes que se individualizan y "de todas las personas que asistieron y asistirán a manifestaciones en la ciudad de Temuco", (...) desde que el recurso de protección no es de acción popular, pues requiere ser deducido en favor de persona determinada o al menos determinable (...)" (Neira con Mericq [2020], c. 9°).

Ahora bien, el razonamiento de la Corte Suprema en esta materia no ha sido consistente. Por ejemplo, reconoció la legitimación activa de la Municipalidad de Hualpén para recurrir de protección en contra de ENAP Refinerías S.A. en relación a la emergencia ambiental ocurrida el 10 de marzo de 2023, pues "el recurso interpuesto no constituye el ejercicio de una acción popular, sino la concreción de un interés municipal en relación al resguardo del medio ambiente comunal" (Ilustre Municipalidad de Hualpén con Enap Refinerías S.A. [2023], c. 2°), considerando además que las municipalidades son titulares de la acción ambiental según la legislación del ramo. Sin embargo, consideró que la Municipalidad de Caldera carecía

<sup>14</sup> En el mismo sentido, Troncoso con Gendarmería de Chile (2020), c. 2°; Asociación de Enfermeras y Enfermeros Hospital Dr. Juan Noé Crevani de Arica con Servicio de Salud Arica (2020), c. 2°.

<sup>15</sup> Zurita con Ministerio de Salud (2022), c. 2°.

de legitimación activa para recurrir de protección en contra de tres empresas por la supuesta obstaculización de la entrada a una playa a través del cobro de una entrada, al no haberse individualizado a ninguna persona en favor de la cual se reclamara<sup>16</sup>.

Del mismo modo, la Tercera Sala admitió la interposición de una acción de protección en favor del presidente del sindicato de una empresa operadora de buses de transporte público, como también en favor de “los choferes y usuarios del sistema público de transporte”, en contra de la Ministra de Transportes, por no haber adoptado medidas de protección suficientes ante la pandemia de Covid-19<sup>17</sup>; pero declaró inadmisibles por falta de legitimación activa un recurso de protección interpuesto por diez sindicatos y federaciones de funcionarios en contra de las medidas adoptadas por la autoridad sanitaria en relación al retorno a las clases presenciales, pues “la persona favorecida por la acción debe estar precisamente identificada, puesto que son los derechos y garantías relacionadas con ellas los que corresponde examinar en su afectación” (Federación de Asociaciones de Profesionales Técnicos de las Universidades del Estado de Chile con Ministerio de Salud [2020], c. 2º)<sup>18</sup>.

De este modo, la sentencia en comento, más que ir en contra de un criterio jurisprudencial asentado, parece demostrar que, tal como García y Verdugo acusan, la Corte exhibe una considerable flexibilidad en la selección de las fuentes que elige para resolver el caso<sup>19</sup>, aparentemente utilizando aquellas que mejor se adapten al resultado material buscado.

La sentencia, además, reconoce la legitimación activa de los órganos de la Administración del Estado —en este caso una municipalidad y un gobierno regional— para accionar de protección en contra de otros órganos de la Administración del Estado —en este caso, órganos pertenecientes al Gobierno central—. Ello no es precisamente una novedad en nuestra jurisprudencia; ya en el año 2006, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Valparaíso falló que un municipio se encontraba legitimado para recurrir de protección en contra de una Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA)<sup>20</sup>. Ahora bien, si se considera que los órganos de Administración local o regional pueden encontrarse bajo el control político de la oposición o de una facción contraria al Gobierno, parece evidente que acciones de protección como la del caso *sub lite* pueden favorecer la utilización de esta vía para fines políticos, sea a favor de la coalición gobernante o en contra de ella. Y para que ello ocurra —nótese— no es necesario que ni la recurrente ni la recurrida actúen de modo oportunista o desleal; después de todo, como explica Rawls a través del concepto de los “límites de la razón” (*burdens of judgement*), la naturaleza misma de la comunidad humana implica que, aun comportándose todos los actores de buena fe y de manera razonable, existirán desacuerdos legítimos sobre el contenido y extensión de los derechos

16 Municipalidad de Caldera con Cross-Media SpA (2020), c. 4º y 5º.

17 Jerez con Subsecretaría de Transportes y Telecomunicaciones (2021), c. 3º.

18 En idéntico sentido, Delgado con Escárdate (2020), c. 13º; Carreño con Guzmán (2020), c. 2º.

19 García y Verdugo, 2013, p. 81.

20 Alcalde de la Municipalidad de Concón, Francisco Chahuán Chahuán, Manuel Millones Chirino y José Núñez Barruel con Comisión Regional Del Medio Ambiente (2006), c. 4º.

fundamentales<sup>21</sup>. Lo que cabe preguntarse es si son los tribunales la sede donde debieran ventilarse estas legítimas diferencias<sup>22</sup>.

### **Ampliación de las garantías constitucionales cubiertas por el recurso de protección**

Al acoger el recurso, la Corte Suprema declara expresamente que se ha vulnerado, además de las garantías constitucionales del derecho a la vida e igualdad ante la ley, aquella contenida en el artículo 19 N° 9 de la CPR, esto es, el derecho a la salud.

Esta última garantía, por expresa disposición del artículo 20 de la CPR, no se encuentra entre aquellas cuya infracción puede invocarse como fundamento de un recurso de protección –salvo en aquella parte relativa a la libre elección del sistema de salud, tratada en el último inciso del artículo 19 N° 9 de la CPR–. Como es bien sabido, en nuestro diseño constitucional los derechos prestacionales, esto es, aquellos que “se satisfacen directamente con prestaciones económicas o de servicio que provienen del Estado o entidades privadas que actúan legalmente bajo el control del Estado” (Mohor, 2014, p. 162) no son susceptibles de fundar una acción de protección. En el caso específico del derecho a la salud, se ha dicho que ello se debe a la naturaleza “programática” de este derecho social<sup>23</sup>.

En el caso en comento, sin embargo, la Corte Suprema no hace reflexión alguna al respecto, ni entrega explicación para su decisión de declarar como vulnerado un derecho que no se encuentra protegido por la acción de protección intentada. En tal sentido, bien podría afirmarse que va en contra de la voluntad clara del constituyente según se expresa en el artículo 20 de la CPR, cumpliendo con ello otro de los “indicadores” de García y Verdugo.

### **¿Una sentencia “testimonial”? La aparente no consideración de la pérdida de oportunidad del recurso**

Como es bien sabido, y tal como la Corte Suprema ha fallado numerosas veces, el recurso de protección es una acción cautelar, cuya única finalidad es poner remedio a una situación que priva a alguna persona del ejercicio de determinadas garantías constitucionales, o bien perturba o amenaza dicho ejercicio. Por ende, cuando dicha perturbación o amenaza desaparece, la acción de protección pierde su objeto.

En el presente caso, el recurso de protección se interpone en enero de 2022 y la decisión de la Corte Suprema llega en julio de 2023, es decir, más de un año y cinco

21 Alm y Brown, 2020, p. 625.

22 Muchos pensadores son de la opinión de que este tipo de diferencias, en tanto reflejan las distintas y legítimas convicciones filosóficas de los ciudadanos, debieran resolverse en sede legislativa. Uno de los defensores más notables de esta postura es Jeremy Waldron, quien pone como ejemplo la distinta manera en que se desarrolló el debate sobre el aborto legal en el Reino Unido y en los Estados Unidos de América. Mientras en el Reino Unido se habría dado, en su opinión, un debate respetuoso y enriquecedor en el Parlamento, que abordó directamente el problema filosófico que planteaba el aborto, en los Estados Unidos la decisión recayó sobre los 9 ministros de la Corte Suprema, quienes emitieron la conocida sentencia *Roe v. Wade*, una decisión alambicada y difícil de comprender para el público, cuyo texto elude discutir derechamente el problema filosófico subyacente (Waldron, 2006, p. 1383-1385).

23 Bulnes, 2001, p. 141-142.

meses después de su interposición, cuando la situación sanitaria de nuestro país había mejorado de forma evidente. No subsistiendo ninguna amenaza sanitaria de magnitud comparable a la que pudiera haber existido a inicios de 2022, la Corte Suprema bien podría haber rechazado el recurso por simple pérdida de oportunidad, puesto que la amenaza que pueda haber existido a la salud de los habitantes de la comuna simplemente ya no era de la misma entidad que a inicios de 2022. En efecto, de acuerdo a estadísticas oficiales emitidas por el Ministerio de Salud, si en enero de 2022 existía en la Región de Antofagasta un total de 4.478 casos activos confirmados de Covid-2019, con una tasa de incidencia de 631,0, para julio de 2023 el número de casos activos en la misma región era de apenas 3, con una tasa de incidencia de 0,4<sup>24</sup>.

No obstante, la Tercera Sala igualmente elige pronunciarse sobre el fondo del recurso, aun cuando de su decisión, a esas alturas, escasamente podía seguirse alguna consecuencia práctica. Tanto es así que la orden que la sentencia formula al Ministerio de Salud, en el sentido de dar cuenta de las medidas adoptadas a la Corte de Apelaciones respectiva, fue ignorada por completo. El Ministerio de Salud hasta esta fecha no ha dado cuenta a la Corte de Apelaciones de Antofagasta de ninguna medida adoptada en cumplimiento de lo resuelto por la Corte Suprema, ni tampoco alguno de los recurrentes ha formulado petición alguna en tal sentido.

Todo pareciera indicar que nos encontramos ante una acción de protección testimonial, con cuya interposición —y, quizá, con cuyo fallo— se buscó un efecto más político que jurídico. En palabras de García y Verdugo, una “derrota” de la Administración más que un control jurídico y protección cautelar frente a su actuación.

## **2. La sentencia en comento no es deferente hacia la autoridad encargada de la formulación de políticas públicas**

Este tal vez sea el aspecto que más salta a la vista de la sentencia en comento. En efecto, ésta califica expresamente de “insuficientes” las medidas adoptadas por la autoridad sanitaria para hacerse cargo “*en su justa medida*” de las necesidades creadas por la situación sanitaria, teniendo en cuenta la realidad fáctica de la comuna: su tamaño, su población, “la infraestructura de salud y de habitación con la que se cuenta, la situación socio-económica y acceso a implementos de protección, y medios públicos disponibles de transporte” (Gobierno Regional de Antofagasta con Jopia [2023], c. 8°). La Corte hace notar que es obligación del Ministerio de Salud no sólo la implementación de políticas públicas en materia de salud, sino también “la adecuación de tales medidas a las circunstancias y particularidades propias de cada región” (Gobierno Regional de Antofagasta con Jopia [2023], c. 7°). Y termina ordenando a las tres autoridades recurridas —no sólo al Ministerio de Salud, único respecto del cual se acogió el recurso— actuar coordinadamente para proteger la salud de los habitantes de la comuna, estableciendo “las medidas y planes de trabajo que sean necesarias para evitar nuevas situaciones de riesgo para la población” (Gobierno Regional de Antofagasta con Jopia [2023], parte resolutive).

24 Ministerio Secretaría General de Gobierno, 2024. La tasa de incidencia se define como el número de casos activos confirmados por cada 100.000 habitantes.

Se trata de una verdadera evaluación de los méritos y la efectividad de las medidas dispuestas por la autoridad administrativa para el control de la situación sanitaria, cuestión que podría argumentarse pertenece al “núcleo duro” de la actividad administrativa; en otras palabras, al ámbito de “la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal” que la Administración debe ejecutar para atender las necesidades públicas, con el fin último de promover el bien común, en los términos del artículo 3º inciso primero de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

En este contexto, las leyes que establecen las distintas potestades administrativas mediante las cuales la Administración ha de llevar a cabo el diseño y ejecución de las “políticas, planes, programas y acciones” para perseguir el interés común, son normalmente de naturaleza programática y de baja densidad normativa, otorgándole a la Administración un margen amplio propiamente de discrecionalidad. Como dice Eva Desdentado:

“[E]n muchas ocasiones, la norma que regula la actuación administrativa se limita a establecer el fin, el objetivo a cuya consecución debe encaminarse la actividad administrativa y remite a la Administración la decisión de las medidas concretas que deben adoptarse para dicha consecución. Se trata de normas de determinación de fines de la actuación administrativa; de normas programáticas, no en el sentido tradicional de normas a las que ha de negarse toda aplicación judicial, sino en el sentido estricto de normas que establecen programas de actuación para cuya efectiva realización configuran un ámbito de decisión a favor de una autoridad determinada que tiene competencia para poner dichos programas en marcha. (...) Este tipo de normas recogen una directriz general, que guía y, en ese sentido, vincula la actividad de la Administración, pero que deja a ésta una amplia discrecionalidad como margen de acción para ejecutar el programa, es decir, para decidir las medidas concretas que habrán de adoptarse para la consecución del fin establecido por la norma y el momento concreto en el que resulta conveniente actuar” (Desdentado, 1999, p. 92-93)<sup>25</sup>.

En tal sentido, la elección de las “políticas, planes, programas y acciones” que, dada la realidad fáctica existente, resultan más conducentes al interés público, es una tarea propia y específicamente administrativa, para cuya ejecución la ley reconoce a la Administración un margen de verdadera discrecionalidad.

A nuestro juicio, las normas tales como las que se encontraban en juego en el caso *sub lite* —esto es, aquellas que establecen los deberes y facultades de la autoridad sanitaria, contenidas en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud— lo que hacen es otorgar a la autoridad sanitaria verdadera discrecionalidad, no remitirse a los denominados “conceptos jurídicos indeterminados”. Si bien la naturaleza de estas dos instituciones y las diferencias existentes entre ellas son una

<sup>25</sup> La autora luego pone como ejemplo de este tipo de potestades discrecionales precisamente a las de orden sanitario establecidas en la Ley General de Sanidad española.

materia que excede largamente el ámbito del presente trabajo, tradicionalmente se ha sostenido que “la discrecionalidad comporta la posibilidad de elección entre varias soluciones justas, mientras que los conceptos jurídicos indeterminados suponen la existencia de una sola solución justa” (Mas, 1998, p. 285)<sup>26</sup>. Y la realidad es que, en casos como el que nos ocupa, difícilmente podría alguien afirmar que existe una sola solución justa.

En efecto, si algo caracteriza a la actividad de la Administración y, en específico, a la actividad de servicio público, es la escasez de los recursos que debe gestionar para satisfacer las necesidades públicas. Con independencia de la prosperidad material de que goce un país, sus recursos públicos nunca serán suficientes para satisfacer plena, absoluta y completamente todas sus necesidades públicas. La pandemia de Covid-19 dejó, como pocas veces, esta realidad en evidencia.

En este punto, creemos importante recordar cuál es, según la escuela de pensamiento ampliamente predominante en la jurisprudencia global, la naturaleza de las garantías fundamentales. Según la influyente tesis de Robert Alexy, las constituciones contienen *reglas* –las que define como “normas que, en todos los casos, o bien se han cumplido o no se han cumplido”, y que exigen “hacer exactamente lo que dice[n], ni más ni menos” (Alexy, 2002, p. 48). Por otra parte, las constituciones también contienen principios, los que define como “normas que exigen que algo se realice en la mayor medida posible dadas las posibilidades legales y fácticas. Los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan por el hecho de que pueden encontrarse satisfechos en diversos grados, y que el grado adecuado de satisfacción no depende solo de lo que es fácticamente posible sino también de lo que es legalmente posible” (Alexy, 2002, 47-48). Conforme a la tesis de Alexy, la mayoría de las garantías constitucionales tienen naturaleza de principios, no de reglas. Este punto ha sido arduamente discutido tratándose de las libertades negativas clásicas, tales como el derecho a la vida, las libertades de conciencia y de culto, el derecho de propiedad y la libertad de expresión. Sin embargo, parece inevitable conceder que los derechos prestacionales –como el derecho a la salud– se entienden mejor como principios que como reglas, pues no es fácticamente posible que el Estado asegure permanentemente a todas las personas un acceso óptimo o ilimitado a este tipo de prestaciones. Ello implica aceptar que un derecho de naturaleza prestacional, como el derecho a la salud, puede en un caso determinado no encontrarse plena y completamente satisfecho, sin que ello implique que está siendo ilegítimamente vulnerado.

Una epidemia o pandemia constituye un buen ejemplo de lo anterior. Durante la emergencia sanitaria provocada por el Covid-19, todos los ciudadanos, en los hechos, vimos de alguna u otra manera afectada, desmejorada o amenazada nuestra salud; por ejemplo, al vernos expuestos al riesgo sanitario provocado por reuniones clandestinas o por la inobservancia por parte de terceros de medidas de seguridad tales como el uso de mascarilla. Pero de ello no se sigue que en todos aquellos casos

<sup>26</sup> Mas, 1998, p. 285. En sentido contrario al entendimiento clásico de los conceptos jurídicos indeterminados, véase la tesis formulada por Bacigalupo, 1997, 182-192.

nuestro derecho a la salud haya sido vulnerado por el Estado. Lo más que podemos puede exigírsele a la Administración en situaciones como la indicada es que haga un uso racional y eficiente de los recursos públicos con los que cuenta para enfrentar la emergencia sanitaria, y que ejerza de manera efectiva y también eficiente las potestades de organización, dirección, fiscalización y sanción con las que cuenta.

Parece innegable que las decisiones que adopta la Administración para, en cada caso concreto, gestionar los recursos escasos según la necesidad pública lo aconseje, son decisiones verdaderamente discrecionales, pues el problema que enfrenta no admite sólo una solución justa. Cada vez que la Administración asigna un recurso a un punto determinado del territorio —una ambulancia, una cama crítica, una residencia sanitaria o un punto de testeo—, ello impide que ese u otro recurso pueda ser destinado a otro lugar, donde la necesidad pública puede ser también acuciante. Si se multiplica este problema por la innumerable cantidad de situaciones particulares que debe resolver la Administración, nos encontraremos con un entramado de decisiones que deben tomarse, de casi infinita complejidad, para el que difícilmente alguien podría afirmar seriamente que existe solamente una decisión justa.

De esta manera, al decidir sobre cuestiones como dónde destinar las ambulancias, los profesionales de la salud o las camas críticas; dónde establecer residencias sanitarias o puntos de testeo; o dónde reforzar los medios de transporte con recursos públicos, la Administración goza verdaderamente de un margen de discrecionalidad, lo cual, a nuestro juicio, no pugna con una concepción de Estado Social y Democrático de Derecho.

Lo anterior ciertamente no significa que la Administración goce de absoluta libertad para llevar a cabo estas decisiones, ni que ellas sean inmunes al control judicial. La doctrina y la jurisprudencia han desarrollado distintas técnicas para el control de tal discrecionalidad. Así, por ejemplo, Bermúdez Soto, estudiando el debate sobre la discrecionalidad administrativa y la obra de Parejo Alfonso, escrita al amparo del surgimiento del Estado de Derecho<sup>27</sup>, concluye que a las técnicas clásicas (falta de competencia, desviación de poder, control por los elementos reglados del acto, los hechos determinantes, el fin de la potestad y los principios generales del derecho) se agregaron otros controles, tales como el control de la motivación, teoría del error manifiesto de apreciación, aplicación del principio de proporcionalidad, control de razonabilidad, entre otros<sup>28</sup>.

Otro de los aspectos que ha adquirido relevancia en materia de control de la discrecionalidad administrativa por parte de los tribunales es el apego por parte de la Administración al procedimiento administrativo dispuesto en la ley para la elaboración del acto<sup>29</sup>. En este sentido, Marcos Vaquer Caballería recalca la muchas veces olvidada importancia que tiene el procedimiento administrativo como mecanismo de control de la razonabilidad en el actuar administrativo: “la regulación del procedimiento nos

27 Parejo, 1993.

28 Bermúdez, 1996, 278-281. En similar sentido, Sánchez Morón, 1994, 36-90; Pierry, 1984, 479-490

29 Podríamos agregar que ello se hace evidente en aquellas materias en que el legislador ha tendido a establecer procedimientos cada vez más complejos; así ha ocurrido en nuestro país, por ejemplo, en materia de planificación urbana.

ha servido, pues, para erigirlo como uno de los cánones para racionalizar y para controlar la discrecionalidad administrativa pues, como ya se ha dicho, precisamente allí donde la legislación sustantiva menos alcanza a programar o predeterminar el resultado de su ejecución es donde más relevancia jurídica adquiere la legislación formal. Tanto más importa el camino cuando más incierto sea el destino. Y por ello, tanto (a) la justificación como (b) la limitación del poder discrecional son funciones principales del procedimiento administrativo” (Vaquer 2020, 71). Para el citado autor, entonces, existe una función informativa del procedimiento administrativo que permite recopilar la mayor cantidad de antecedentes para efectos de adoptar una decisión con mayor probabilidad de satisfacer el interés general, y otra dialéctica, muy ligada a la motivación del acto.

En consecuencia, existen varios mecanismos posibles de control de la discrecionalidad administrativa, pero lo importante, como se ve, es que la decisión que se adopte haya considerado la mayor cantidad de información disponible y pertinente y sea debidamente motivada. El derecho norteamericano tiene muy claro lo anterior desde el punto de vista de la denominada *hard look review* como lo ha retratado Sunstein<sup>30</sup>. Visto el caso concreto, arbitrario hubiera sido, por ejemplo, que la Administración concentrara las acciones de salud en las comunas con un alcalde oficialista; o que deliberadamente excluyera a las localidades con mayor proporción de habitantes extranjeros.

En el caso que nos ocupa, si nos enfocamos aisladamente en la situación de una parte de la población y en las carencias que sufre en materia de acciones de salud, ciertamente podremos afirmar que el derecho a la salud de aquellos habitantes no está siendo *completa o plenamente* satisfecho. Pero para afirmar que ello constituye una omisión *arbitraria* de la autoridad sanitaria sería imprescindible tener en consideración la distribución total de las acciones de salud por parte de la Administración al total de la población, a fin de juzgar si ella responde a parámetros de razonabilidad. En este caso, la Corte Suprema por una parte le ordenó al Ministerio de Salud coordinarse con otras autoridades administrativas para procurar la eficaz protección de la salud de los habitantes de Ollagüe, cuestión que en sí misma no implica alteración del *statu quo*, ya que básicamente reproduce un mandato legal preexistente. No obstante, la Corte también le ordenó al Ministerio de Salud adoptar medidas que –aun si no se especificó en qué debían consistir– hubieran requerido, para su ejecución, o bien un desembolso de recursos públicos o una reasignación de recursos destinados a otros fines. Presumiblemente, esta reasignación de recursos hubiera impedido la ejecución de acciones de salud dirigidas a otros habitantes o limitado su alcance.

En otras palabras, la Corte, luego de resolver que los planes, programas y acciones adoptados por la autoridad sanitaria para la comuna de Ollagüe no han sido ni suficientes ni adecuados para la realidad de la comuna, adopta, como medida para restablecer el imperio del derecho, la elevación del estándar de prestación de servicios de salud en una localidad determinada. Así, como resultado de una acción

---

30

Sunstein, 1984, p. 182.

de protección, una parte de la población en principio vería mejorada su situación sanitaria, mientras que esa mejora sería “soportada” por otra parte de la población, a través de un empeoramiento de su propia situación sanitaria. Ello, en nuestra opinión, equivale a una operación de sustitución parcial de la decisión administrativa por una judicial. La pregunta que aquí debemos hacernos, entonces, es si nos parece razonable que la asignación de recursos en materia de salud dependa de decisiones judiciales, teniendo en cuenta que ello equivaldrá a hacer esta asignación a su vez dependiente, al menos en parte, de la mayor o menor disposición de los actores locales a accionar judicialmente en contra del Gobierno.

Normalmente, los tribunales superiores de justicia han ejercido un marcado autocontrol en el control judicial de la actuación administrativa en lo que se refiere a diseño e implementación de políticas públicas. Esto, muy en línea con la teoría clásica del control de la discrecionalidad administrativa y los poderes de sustitución del juez, la cual debe buena parte de su desarrollo al intenso debate doctrinario que se dio al respecto en el derecho español en los años noventa. Por un lado, el profesor Tomás-Ramón Fernández abogaba por un control jurisdiccional pleno al amparo de la formulación del derecho a la tutela judicial efectiva, lo que habilitaría al juez a actuar con plenos poderes de sustitución<sup>31</sup>. Por otro lado, Parejo Alfonso<sup>32</sup> sostuvo una posición más antiformalista y favorable a la indeterminación normativa, defendiendo la necesaria discrecionalidad para alcanzar los fines del Estado Social, lo cual implicaba un control deferente y no sustitutivo del juez respecto de potestades discrecionales. Finalmente, Sánchez Morón<sup>33</sup> incluso argumentó en favor de la denominada discrecionalidad técnica, línea de deferencia que fue innovada por autores como Bacigalupo Saggese<sup>34</sup>. Ahora bien, cabe mencionar que el derecho español tiene la particularidad de que el legislador dispuso expresamente en el art. 71.2. de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que “los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”.

La tesis del “autocontrol” viene avalada por una profusa jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones de nuestro país, incluyendo diversas sentencias que dicen relación precisamente con las medidas adoptadas por la autoridad sanitaria a propósito de la pandemia de coronavirus —muchas de ellas citadas por el Ministerio de Salud en el informe evacuado en este caso—. La Corte Suprema también ha seguido el camino de la deferencia en varias oportunidades. Por ejemplo, durante el año 2020 dictó una serie de sentencias en las que, o bien rechaza acciones de protección deducidas en contra de la autoridad sanitaria por no adoptar determinadas medidas, o bien confirma su inadmisibilidad, señalando que “es manifiesto que el mérito, oportunidad, conveniencia y eficacia de tales medidas queda radicado de manera privativa en las

31 Fernández, 1994.

32 Parejo Alfonso, 1993, pp. 96-104. Muy en la misma línea, Parejo Alfonso, 1997.

33 Sánchez Morón, 1994, p. 129.

34 Bacigalupo, 1997, 182-192.

autoridades recurridas, toda vez que responden a la ejecución de una política pública de orden sanitario” y que “la acción constitucional de protección no es la vía idónea para impugnar las supuestas omisiones que se reprochan a tales autoridades, desde que ello importaría arrogarse potestades que el Constituyente ha radicado de manera exclusiva en el Poder Ejecutivo, más aún en un Estado de Excepción Constitucional” (Fenats Histórica Hospital Hernán Henríquez Aravena con Hospital Dr. Hernán Henríquez Aravena y otro [2020], c. 2° y 3°)<sup>35</sup>.

Lo anterior debiese ser más patente aun tratándose de la denominada regulación de los riesgos, particularmente aplicable en materia sanitaria, donde el conocimiento experto tiene un papel fundamental, de manera que el legislador se limita a definir tan sólo los objetivos, las competencias del ente administrativo y el cauce procedimental que asegure la mejor decisión. Esteve Pardo ha sostenido al respecto que “en la regulación de riesgos son las referencias que ofrece el conocimiento científico y técnico las que se toman en consideración para la adopción de decisiones sobre admisión, o rechazo, de riesgos y para la posterior gestión del riesgo permitido en la que también resulta determinante el conocimiento que sobre el mismo se adquiriera. En cualquier caso, no es la norma jurídica sino el conocimiento técnico el que ofrece la referencia que se toma en consideración” (Esteve Pardo, 2021, p. 218).

Ahora bien, el que en el año 2024 la Corte Suprema dicte una sentencia que califique el mérito o la suficiencia de políticas públicas no debiera resultar sorprendente. La jurisprudencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema durante los últimos años se ha apartado varias veces de la línea tradicional, entrando a ejercer un control sobre el mérito, la oportunidad o eficacia de las medidas y políticas adoptadas por la autoridad administrativa. El profesor Luis Cordero ejemplifica este cambio jurisprudencial a través de una serie de decisiones que ha adoptado la Corte Suprema en una serie de materias, entre ellas: (i) El orden y la seguridad públicas, con motivo de las cuales la Tercera Sala se ha pronunciado derechamente sobre la idoneidad y eficacia de las medidas adoptadas por la Administración del Estado en materia de persecución policial y prevención del delito<sup>36</sup>; (ii) Las medidas dispuestas por la autoridad sanitaria para el control de la pandemia, algunas de las cuales la Corte Suprema ha calificado de arbitrarias, por estimar que establecen diferencias de trato carentes de motivación suficiente<sup>37</sup>.

35 En idéntico sentido, Ilustre Municipalidad de Tomé con Huber (2020), c. 2° y 3°; Olivares con Dirección de Presupuestos (2020), c. 2° y 3°; Kunz con Ministerio de Hacienda (2020), c. 2° y 3°; Fuentes con Servicio de Salud Valdivia Hospital Base (2020), c. 2° y 3°; Junta de Vecinos Cinco El Santo y otros con Secretario Regional Ministerial de Salud del Bío Bío y Jefe Defensa Regional del Bío Bío (2020) c. 2° y 3°, entre muchas otras. Resulta interesante notar que la práctica totalidad de estas sentencias contienen o votos disidentes o prevenciones de los ministros Muñoz y Vivanco. Tratándose de aquellas sentencias que confirman el rechazo del recurso por una Corte de Apelaciones, existe uno o más votos disidentes de estos ministros por acoger el recurso; y tratándose de aquellas sentencias que confirman la inadmisibilidad, existe una o más prevenciones de estos mismos ministros.

36 Cordero, 2022. El autor se refiere, entre otras sentencias, a las dictadas en los casos *Meier Müller Víctor con Consejo de Defensa del Estado (2021)*, *Gloria Ema Cornejo Vidal por sí y en representación de Forestal Terroba y Compañía Limitada con Ministro del Interior y Seguridad Pública y otros (2022)* y *Patricia Andrea Lira Nienhuser con Gobernación Provincial de Arauco y otros (2022)*, todos ellos relacionados a la denominada “violencia rural” en la Región de la Araucanía.

37 Cordero, 2021. El autor menciona, por ejemplo, las sentencias dictadas en sede de protección respecto de determinadas medidas para las zonas en cuarentena, tales como la prohibición de funcionamiento de determinados establecimientos —y no de otros— (*Librería Giorgio San Pedro Limitada con Seremi De Salud Región del Bío Bío [2021]*) y la prohibición de asistir a misa (*Vargas con Paris [2021]*).

De este modo, al igual como se señaló a propósito de la ampliación de la legitimación activa, esta cambiante jurisprudencia parece indicar que la Tercera Sala no siempre se guía por principios o convicciones relativos a la extensión e intensidad que deba tener el control judicial sobre la actuación administrativa en sede de protección. Por el contrario, dicha extensión e intensidad se hacen depender más bien del resultado material buscado y varían según el caso concreto; incluso, en casos como el comentado, en el que el escaso conocimiento científico-técnico del órgano judicial en la materia parecía hacer del acto recurrido un reducto ajeno al control judicial.

### 3. Uso de normas amplias y reticencia a utilizar normas claras

En íntima relación con lo anterior, la sentencia en comento, para tachar de ilegal y arbitraria la actuación del Ministerio de Salud, recurre a normas particularmente amplias, a saber, los artículos del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fijan la competencia del órgano recurrido. Así, por ejemplo, se cita el art. 1° de dicha norma, que establece que la autoridad sanitaria ejercerá “la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones”; el artículo 4° de la misma norma, que establece las funciones del Ministerio de Salud en materia sanitaria; y el artículo 12, que detalla las funciones específicas de las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud, incluyendo la de “*adecuar los planes y programas a la realidad de la respectiva región*”. Todo ello abonaría a la conclusión de que el órgano recurrido omitió ejercer debidamente las amplias potestades que le han sido conferidas por el ordenamiento jurídico.

Estamos efectivamente ante normas redactadas en términos sumamente amplios, como sucede en todos los casos en que la ley confiere potestades discrecionales a la Administración. Se trata de una amplitud y una imprecisión previstas y queridas por el legislador, consciente éste de que no es posible para la ley anticiparse a todos los escenarios que pueden surgir en los hechos, ni dictar la manera en que ha de concretarse el interés público en cada caso específico. Como incluso García de Enterría reconocía, “la existencia de potestades discrecionales es una exigencia indeclinable del gobierno humano; éste no puede ser reducido a una pura «nomocracia» objetiva y neutral, a un simple juego automático de normas” (García de Enterría y Fernández, 1992, p. 454). Muchas veces, entonces, el legislador ha de limitarse a establecer los fines que la Administración ha de perseguir con el ejercicio de sus potestades, remitiéndose en lo demás al juicio subjetivo de la Administración. En materias propias de la regulación de riesgos, según indicamos, esta tendencia es aún más evidente y necesaria.

Ahora bien, tal como advierten García y Verdugo, la amplitud con que el legislador ha decidido perfilar muchas potestades discrecionales puede convertirse en un arma de doble filo en manos de un juez “activista”, conspirando tanto contra la voluntad de la Administración como contra la del mismo legislador. En efecto, si la norma que establece la potestad admite una multiplicidad de soluciones diversas, todas las cuales son en principio igualmente justas –por ello se habla de “indiferentes

jurídicos”—<sup>38</sup>, el juez bien puede apoyarse en esta misma norma para argumentar que la solución adoptada por la Administración debió ser otra. Esta sustitución de la decisión administrativa por la judicial es, precisamente, lo que la doctrina tanto nacional como comparada han buscado siempre evitar, a través de la definición de los mecanismos de control de la discrecionalidad administrativa ya referidos. Más allá de los supuestos que habilitan el control judicial, al juez le está vedado sustituir a la Administración en la toma de la decisión misma.

#### IV. REFLEXIONES FINALES: ¿NOS ENCAMINAMOS “HACIA UNA JURISTOCRACIA”?

*Toward a Juristocracy* (“Hacia una Juristocracia”) es el inquietante título con el que Martin Loughlin, el influyente académico británico, titula uno de los capítulos de su más reciente trabajo. Según explica, forma parte de la esencia del constitucionalismo contemporáneo la transferencia de una dosis considerable de poder desde los órganos democráticamente electos hacia órganos con jurisdicción constitucional —sea que se trate de tribunales constitucionales especializados, como en el modelo alemán, o bien de tribunales ordinarios dotados de competencia para resolver conflictos sobre garantías constitucionales, como en el modelo norteamericano—<sup>39</sup>. Ello supone que en varias decisiones del ámbito público que tradicionalmente competían al legislador o al Ejecutivo, ahora tiene la última palabra la judicatura constitucional. Al decir del académico alemán Matthias Kumm, en un contexto en el que la Carta Fundamental ha pasado a ser una “constitución total”, llamada a ordenar o informar la práctica totalidad de los ámbitos de la vida social, “[e]l proceso político democrático, la toma de decisiones por el Ejecutivo y la toma de decisiones judiciales ordinarias se convierten en implementación de las normas constitucionales, sujeta a la supervisión de un tribunal constitucional. La constitución total transforma al Estado legislativo parlamentario en una juristocracia” (Kumm, 2019, p. 344-345)<sup>40</sup>.

Así las cosas, el que los tribunales en ocasiones se sientan llamados a ejercer un control sobre la idoneidad, corrección o suficiencia de las políticas públicas, o sobre los resultados de su implementación, es algo que no debiera resultar sorprendente. Después de todo, están inmersos en un proceso de alcance verdaderamente mundial;

38 García de Enterría y Fernández, 1992, p. 456.

39 Loughlin, 2022, p. 127-132. Nótese que, en el caso chileno, la competencia de los tribunales ordinarios para conocer de la acción de protección los haría caer en la misma categoría que los que este y otros autores denominan “tribunales constitucionales”, es decir, tribunales con jurisdicción para resolver asuntos relativos a garantías constitucionales.

40 La idea de una “constitución total”, a nuestro juicio, subyace en todas aquellas sentencias que reconocen a la Carta Fundamental o a sus disposiciones un efecto de “irradiación” sobre el resto del ordenamiento jurídico, consecuencia que se hace fluir del principio de supremacía constitucional expresado en el artículo 6° de la CPR (Por ejemplo, STC N° 1287, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, c. 36° y 61°; STC N° 1710, declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, c. 40°, 85° y 88°; STC N° 5278, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil, c. 12°; entre muchas otras). Esta doctrina es reconducible a la famosa decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso Lüth, de 1953, en el cual se falló que la Constitución de dicho país “erigía un sistema objetivo de valores en su sección sobre derechos fundamentales (...) [que] debe aplicar como un axioma constitucional a lo largo de todo el sistema jurídico” (Möller, 2012, p. 11).

el *zeitgeist* jurídico-político, si se quiere, a cuyo influjo sería ilusorio esperar que la judicatura de nuestro pequeño país se resistiera.

Por nuestra parte, somos de la opinión de que, en un caso que atañe al ejercicio de una potestad claramente discrecional como lo es la formulación de políticas públicas, el control judicial debe ejercerse de modo que no equivalga a una simple sustitución de la decisión administrativa. Por cierto, es razonable y necesario que los tribunales puedan revisar si los actos discrecionales de la Administración se apoyan en un análisis sólido de los antecedentes de hecho pertinentes, si han recabado la información suficiente y necesaria para adoptar la decisión, y si han tenido en cuenta los insumos aportados y las inquietudes hechas valer por los distintos interesados en el procedimiento. No obstante, si de ese examen aparece que la Administración así lo hizo, y que adoptó una decisión razonable de entre las muchas posibles, tal decisión no debiese quedar sujeta a sustitución por parte de otro órgano.

Para lo anterior, el examen del procedimiento administrativo que sirvió de base al acto administrativo sometido a revisión judicial adquiere fundamental relevancia. Como señala Malaret García, en los contextos jurídicos de baja densidad normativa —como el que nos ocupa— “la programación que proporciona el ordenamiento jurídico es negativa y por consiguiente el control judicial de su aplicación administrativa debe responder también al modelo de un control negativo (...). [H]ay que insistir en que el estándar de revisión judicial deberá ser fijado de modo que garantice que cuando la administración decide (en entornos complejos, utilizando criterios técnicos) haya ponderado o evaluado racionalmente los factores relevantes —la información producida y analizada por los propios servicios, suministrada por los distintos actores— y que esta toma en consideración se explicita luego en la motivación de manera adecuada, operando como necesaria justificación o racional defensa de la decisión adoptada. Los tribunales deben garantizar (...) que la Administración se ha implicado en un proceso racional, enjuiciando verdaderamente el alcance y contenido de los datos y documentos que constan en el expediente y fundamentando su decisión en un análisis razonado” (Malaret García, 2019, 39).

Finalizamos señalando que hace ya más de cien años, el presidente de los Estados Unidos —país donde la facultad de la judicatura para controlar los actos de la Administración quedó asentada ya en 1803, con la sentencia *Marbury v. Madison*— declaraba que en dicho país “la posición que ocupan los tribunales es de una importancia mayor que en cualquier otro gobierno, puesto que, en lugar de ocuparse únicamente de los derechos del ciudadano frente a sus pares, como sucede en otros Estados, se pronuncian sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos tal como son ejercidos a través de sus funcionarios legislativos y ejecutivos” (Boudin, 1911, p. 239)<sup>41</sup>.

41 “The courts occupy a position of importance in our government such as they occupy in no other government, because, instead of dealing only with the rights of one man face to face with his fellow-men, as is the case in other governments, they here pass upon the fundamental governmental rights of the people as exercised through their legislative and executive officers”. La cita corresponde al discurso de Theodore Roosevelt frente al Congreso del Estado de Colorado el 29 de agosto de 1910.

Esta centenaria reflexión resuena hoy con renovada relevancia. En la era de la “constitución total”, en la que prácticamente cualquier conflicto puede ser planteado en términos de garantías constitucionales, el proceso político consiste en buena parte en resolver desacuerdos legítimos sobre el significado y el contenido de estas garantías. En tales condiciones, si se permite que los distintos órganos de la propia Administración accionen de protección unos contra otros, y que tales acciones tengan éxito —aun si es en la forma de una sentencia “testimonial”—, cabe preguntarse si no se está favoreciendo también que la propia discusión política se traslade a los tribunales. Si, como reconoció el histórico ministro del Tribunal Constitucional Federal alemán Ernst-Wolfgang Böckenforde, los tribunales están ya cerca de ser los “señores de la Constitución”<sup>42</sup>, ¿no corremos el riesgo de convertirlos también en árbitros del proceso político?

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Alexy, Robert (2002): *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford, Oxford University Press)
- Alm, Kristian y Brown, Mark (2020): “John Rawls’ Concept of the Reasonable: A Study of Stakeholder Action and Reaction Between British Petroleum and the Victims of the Oil Spill in the Gulf of Mexico”, *Journal of Business Ethics* (2021) 172, pp. 621-637. Disponible en <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s10551-020-04474-9.pdf>
- Atienza, Manuel (2018): “Siete Tesis sobre el Activismo Judicial”, *Grand Place. Pensamiento y Cultura*, N° 10, 2018, pp. 39-47. Disponible en [https://marioonaindiafundazioa.org/wp-content/uploads/2021/09/GRAND-PLACE-10\\_interactivo.pdf](https://marioonaindiafundazioa.org/wp-content/uploads/2021/09/GRAND-PLACE-10_interactivo.pdf).
- Bacigalupo, Mariano (1997): *La Discrecionalidad Administrativa* (Madrid, Ed. Marcial Pons).
- Bermúdez, Jorge (1996): “El Control de la Discrecionalidad Administrativa”, *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, XVII (1996), pp. 275-284. Disponible en <https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/343/319>.
- Böckenforde, Ernst-Wolfgang (2016): “Constitutional Jurisdiction. Structure, Organization and Legitimation”, en Ernst-Wolfgang Böckenförde, Mirjam Künkler y Tine Stein (eds.), *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*. Volume I (Oxford, Oxford University Press), pp. 186-205.
- Boudin, L.B. (1911): “Government by Judiciary”, en *Political Science Quarterly*, Vol. 26, No. 2 (Jun., 1911), pp. 238-270. Disponible en <https://www.jstor.org/stable/pdf/2141031.pdf>.
- Bulnes Aldunate, Luz (2001): “El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980”, *Revista Actualidad Jurídica* N° 4 – Julio 2001, pp.131-148.
- Cordero Vega, Luis (2021): “El 2021 en la Tercera Sala de la Corte Suprema: revisión judicial en tiempos de cambio”. *El Mercurio Legal*, 30 de diciembre de 2021

- Cordero Vega, Luis (2022): "Crónica de una advertencia". *El Mercurio Legal*, 28 de octubre de 2022
- Desdentado Daroca, Eva (1999): *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico* (Pamplona, Editorial Aranzadi).
- Esteve Pardo, José (2021): *Principios de derecho regulatorio. Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- Feoli Villalobos, Marco (2015): "El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 22 – N° 2 (2015), pp. 173-198. Disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/rducn/v22n2/art06.pdf>.
- Fernández, Tomás-Ramón (1994): *De la Arbitrariedad de la Administración* (Madrid, Editorial Civitas).
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón (1992): *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II (Madrid, Editorial Civitas).
- García García, José Francisco y Verdugo Ramírez, Sergio (2013): "Activismo judicial: un marco para la discusión", *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 153, Noviembre 2013, pp. 63-82. Disponible en <https://derecho.udd.cl/centro-justicia-constitucional/files/2015/09/Activismo-Judicial.pdf>
- Hart, H.L.A. (1977): "American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and The Noble Dream", *Sibley Lecture Series*, University of Georgia, Vol 11, No. 5, pp. 969-989. Disponible en [https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=lectures\\_pre\\_arch\\_lectures\\_sibley](https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=lectures_pre_arch_lectures_sibley).
- Kmiec, Keenan D. (2004): "The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"", *California Law Review* Vol. 92, 2004, pp. 1441-1478. Disponible en <https://lawcat.berkeley.edu/record/1119359/files/fulltext.pdf>.
- Kumm, Mattias (2019): "Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law", *German Law Journal*, Vol. 07 No. 04, 341-369. <https://doi.org/10.1017/S2071832200004727>.
- Loughlin, Martin (2022): *Against Constitutionalism* (Boston, Harvard University Press).
- Malaret García, Elisenda (2019): *Autonomía Administrativa, Decisiones Cualificadas y Deferencia Judicial* (Pamplona, Editorial Aranzadi).
- Mas Alonso, María José (1998): *La solución justa en las resoluciones administrativas* (Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch).
- Ministerio de Salud (2022). Informe evacuado respecto de la acción de protección deducida en causa Rol Protección-280-2022 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta.
- Ministerio Secretaría General de Gobierno (sitio web), Cifras Oficiales Covid-19. Disponible en <https://www.gob.cl/pasoapaso/cifrasoficiales/#datos>.
- Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2022). Informe evacuado respecto de la acción de protección deducida en causa Rol Protección-280-2022 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta.

- Mohor Abuauad, Salvador (2014): "El Recurso de Protección y los derechos sociales: Una deuda pendiente", *Revista de Derecho Público*, Edición Especial (Marzo 2014), pp. 161-165. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/126818/El-recurso-de-proteccion-y-los-derechos-sociales-una-deuda-pendiente.pdf?sequence=1>
- Möller, Kai (2012): *The Global Model of Constitutional Rights* (Oxford, Oxford University Press)
- Observatorio Judicial (2024): "El recurso de protección como instrumento del activismo judicial". Marzo 2024. Disponible en <https://observatoriojudicial.org/wp-content/uploads/2024/03/Informe-63-El-recurso-de-proteccion-y-el-activismo-judicial-2.pdf>.
- Parejo Alfonso, Luciano (1993): *Administrar y Juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias* (Madrid, Editorial Tecnos).
- Parejo Alfonso, Luciano (1997): "¿Existe una reserva constitucional de ejecución? Apuntes para la individualización de la función ejecutiva en el orden de las funciones estatales". *Cuadernos de Derecho Público*, Universidad Carlos III de Madrid, 1, pp. 42-52. Disponible en <https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/04e77c9e-9952-4e54-9c31-c1e26551e272/content>.
- Pierry, Pedro (1984): "El Control de la Discrecionalidad Administrativa" *Revista Chilena de Derecho* Vol. 11 (1984), pp. 479-490.
- Sánchez Morón, Miguel (1994): *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial* (Madrid, Editorial Tecnos).
- Solanes Mullor, J. (2016). "Administraciones independientes y Estado Regulador. El impacto de la Unión Europea en el Derecho Público Español". Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones. Congreso de los Diputados.
- Sunstein, Cass R. (1983): "Deregulation and hard look doctrine". *The Supreme Court Review*, Vol. 1893, pp. 177-214.
- Vaquer, Marcos (2020): "¿Para qué sirve el procedimiento administrativo?" *Estudios sobre el Procedimiento Administrativo*. III Instituciones (Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch), pp. 54-82.
- Verdugo, Sergio y García, José Francisco (2012). "De los principios constitucionales al activismo judicial. El voto de minoría en el caso "Municipalidad de Pucón", *Sentencias Destacadas*, Núm. 9 (2013). Santiago, Fundación Libertad y Desarrollo, pp. 219-258. Disponible en <https://lyd.org/wp-content/uploads/2016/12/pp-219-258-De-los-principios-constitucionales-al-activismo-judicial-El-voto-de-minoria-en-el-caso-Municipalidad-de-Pucon-.pdf>.
- Waldron, Jeremy (2006): "The Core of the Case against Judicial Review", *Yale Law Journal*, Vol. 115, No. 6, April 2006, 1346-1407. Disponible en [https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/9638/54\\_115YaleLJ1346\\_April2006\\_.pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/9638/54_115YaleLJ1346_April2006_.pdf?sequence=2&isAllowed=y).

**NORMAS CITADAS**

CHILE, Código Orgánico de Tribunales, publicado en el Diario Oficial el 9 de julio de 1943.

CHILE, Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, promulgada el 13 de octubre de 1875.

ESPAÑA, Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

**JURISPRUDENCIA CITADA**

*Federación de Asociaciones de Profesionales Técnicos de las Universidades del Estado de Chile con Ministerio de Salud (2020)*: Corte Suprema, 22 de octubre de 2020 (recurso de protección), Rol N° 127.204-2020.

*Ilustre Municipalidad de Tomé con Huber (2020)*: Corte Suprema, 7 de mayo de 2020 (recurso de protección), Rol N° 43.097-2020.

*Kunz con Ministerio de Hacienda (2020)*. Corte Suprema, 11 de mayo de 2020 (recurso de protección), Rol N° 44.121-2020.

*Olivares con Dirección de Presupuestos (2020)*: Corte Suprema, 11 de mayo de 2020 (recurso de protección), Rol N° 44.140-2020.

*Municipalidad de Caldera con Cross-Media SpA (2020)*: Corte Suprema, 13 de mayo de 2020 (recurso de protección), Rol N° 25.128-2019.

*Junta de Vecinos Cinco El Santo y otros con Secretario Regional Ministerial de Salud del Bío Bío y Jefe Defensa Regional del Bío Bío (2020)*: Corte Suprema, 1° de julio de 2020 (recurso de protección), Rol N° 44.062-2020.

*Fuentes con Servicio de Salud Valdivia Hospital Base (2020)*: Corte Suprema, 3 de agosto de 2020 (recurso de protección), Rol N° 62.897-2020.

*Delgado con Escárte (2020)*: Corte Suprema, 11 de septiembre de 2020 (recurso de protección), Rol N° 27.621-2019.

*Asociación de Enfermeras y Enfermeros Hospital Dr. Juan Noé Crevani de Arica con Servicio de Salud Arica (2020)*. Corte Suprema, 14 de septiembre de 2020 (recurso de protección), Rol N° 72.003-2020.

*Troncoso con Gendarmería de Chile (2020)*: Corte Suprema, 23 de septiembre de 2020 (recurso de protección), Rol N° 112.379-2020.

*Fenats Histórica Hospital Hernán Henríquez Aravena con Hospital Dr. Hernán Henríquez Aravena y otro (2020)*: Corte Suprema, 1° de octubre de 2020 (recurso de protección), Rol N° 76.543-2020.

*Carreño con Guzmán (2020)*: Corte Suprema, 22 de octubre de 2020 (recurso de protección), Rol N° 127.300-2020.

*Neira con Mericq (2020)*: Corte Suprema, 29 de diciembre de 2020 (recurso de protección), Rol N° 5.542-2020.

*Librería Giorgio San Pedro Limitada con Seremi De Salud Región del Bío Bío (2021)*: Corte Suprema, 22 de marzo de 2021 (recurso de protección), Rol N° 150.549-2020.

*Vargas con Paris* (2021): Corte Suprema, 29 de marzo de 2021 (recurso de protección), Rol N° 19.062-2021.

*Ugarte con Ilustre Municipalidad de Ñuñoa* (2021): Corte Suprema, 26 de abril de 2021 (recurso de protección), Rol N° 150.485-2020.

*Meier Müller Víctor con Consejo de Defensa del Estado* (2021): Corte Suprema, 13 de mayo de 2021 (recurso de casación), Rol N° 97.186-2020.

*Jerez con Subsecretaría de Transportes y Telecomunicaciones* (2021), Corte Suprema, 24 de septiembre de 2021 (recurso de protección), Rol N° 22.446-2021.

*Zurita con Ministerio de Salud* (2022): Corte Suprema, 18 de abril de 2022 (recurso de protección), Rol N° 71.481-2021.

*Gloria Ema Cornejo Vidal por sí y en representación de Forestal Terroba y Compañía Limitada con Ministro del Interior y Seguridad Pública y otro* (2022): Corte Suprema, 3 de octubre de 2022 (recurso de casación), Rol N° 9.036-2022.

*Patricia Andrea Lira Nienhuser con Gobernación Provincial de Arauco y otros* (2022): Corte Suprema, 18 de octubre de 2022 (recurso de protección), Rol N° 12.740-2022.

*Gobierno Regional de Antofagasta con Jopia* (2023): Corte Suprema, 7 de julio de 2023 (recurso de protección), Rol N° 10.744-2022.

*Ilustre Municipalidad de Huaplén con Enap Refinerías S.A.* (2023): Corte Suprema, 6 de diciembre de 2023 (recurso de protección), Rol N° 119.753-2023.

*Asociación de Sordomudos de Chile con Servicio Nacional de la Discapacidad* (2024): Corte Suprema, 26 de febrero de 2024 (recurso de protección), Rol N° 247.177-2023.

*Parada con Subsecretaría de Salud de la Región de Valparaíso* (2021): Corte de Apelaciones de Arica, 21 de julio de 2021 (recurso de protección), Rol N° 574-2021.

*Barrientos con Paris* (2021): Corte de Apelaciones de Arica, 6 de agosto de 2021 (recurso de protección), Rol N° 643-2021.

*Andonie con Seremi de Salud de la Región de Antofagasta* (2021): Corte de Apelaciones de Arica, 23 de agosto de 2021 (recurso de protección), Rol N° 635-2021.

*León con Seremi de Salud de la Región Metropolitana* (2021): Corte de Apelaciones de Arica, 25 de agosto de 2021 (recurso de protección), Rol N° 671-2021.

*Gobierno Regional de Antofagasta con Jopia* (2022): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 23 de marzo de 2022, Rol N° 280-2022.

*Alcalde de la Municipalidad de Concón, Francisco Chahuán Chahuán, Manuel Millones Chirino y José Núñez Barruel con Comisión Regional Del Medio Ambiente* (2006). Corte de Apelaciones de Valparaíso, 26 de julio de 2006 (recurso de protección), Rol N° 140-2006.

*Universidad de Valparaíso con Mañalich* (2020): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 23 de marzo de 2020 (recurso de protección), Rol N° 8843-2020.

*Sáez con Seremi de Salud de Valparaíso* (2021): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 25 de junio de 2021 (recurso de protección), Rol N° 14.085-2021.

*Norambuena con Ministerio de Educación* (2020): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de marzo de 2020 (recurso de protección), Rol N° 23.315-2020.

*Rendón con Mañalich* (2020): Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de marzo de 2020 (recurso de protección), Rol N° 24.468-2020.

*Krzeminski con Piñera* (2020): Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de marzo de 2020 (recurso de protección), Rol N° 24.542-2020.

*Carvajal Torti Sofía con Ministerio de Salud* (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de abril de 2021 (recurso de amparo), Rol N° 553-2021.

*Radovic Holloway Miljenko con Ministerio De Salud* (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de mayo de 2021 (recurso de amparo), Rol N° 618-2021.

*Bernal Dirinof Miguel Ángel con Ministerio de Salud* (2021): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de septiembre de 2021 (recurso de protección), Rol N° 4.132-2021.

*Jaime Esteban Guerrero Salazar con Ministerio de Salud* (2020): Corte de Apelaciones de Concepción, 9 de septiembre de 2020 (recurso de amparo), Rol N° 231-2020.

*Rojas con Seremi de Salud de la Araucanía* (2021): Corte de Apelaciones de Temuco, 8 de julio de 2021 (recurso de protección), Rol N° 3.535-2021.

*Fuchslocher con Paris* (2021): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 4 de agosto de 2021 (recurso de protección), Rol N° 784-2021.

*Millán con Paris* (2021): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 15 de noviembre de 2021 (recurso de protección), Rol N° 1.209-2021.

*Tello con Paris* (2021): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 16 de noviembre de 2021 (recurso de protección), Rol N° 1.203-2021.

STC N° 1287-08-INA (2009): Tribunal Constitucional, 8 de septiembre de 2009 (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

STC N° 1710-10-INC (2010): Tribunal Constitucional, 6 de agosto de 2010 (declaración de inconstitucionalidad).

STC N° 4012-17-CPR (2018): Tribunal Constitucional, 18 de enero de 2018 (control preventivo de constitucionalidad).

STC N° 5278-18-INA (2019): Tribunal Constitucional, 4 de junio de 2019 (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucional)