



PROHIBICIÓN DE FUNCIONAMIENTO DE GIMNASIOS  
MEDIANTE RESOLUCIONES SANITARIAS EN CONTEXTO DE  
PANDEMIA

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS

DIEGO MERCADO ULLOA

FELIPE BLANCHE MEZA

PROFESOR GUÍA:

Luis Villavicencio Miranda

EN VALPARAÍSO

DICIEMBRE. 2021.

## ÍNDICE

CAPÍTULO I .....	6
INTRODUCCIÓN .....	6
CAPÍTULO II.....	8
EL ARGUMENTO DE “POLÍTICAS PÚBLICAS” UTILIZADO POR NUESTRA JURISPRUDENCIA .....	8
2.1    El argumento de los tribunales de abstenerse de fallar “políticas públicas”, desde la perspectiva histórica del contencioso administrativo. ....	10
2.2    El <i>bypass</i> de los tribunales para asumir la legalidad de los actos administrativos.....	11
2.3    Revisión del auto acordado de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección.....	12
2.4    Respecto a los controles de Convencionalidad y Constitucionalidad aplicables, según la Convención Americana sobre Derechos Humanos. ....	14
CAPÍTULO III .....	18
SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS GIMNASIOS .....	18
CAPÍTULO IV.....	25
LAS RESOLUCIONES SANITARIAS COMO ACTOS ADMINISTRATIVOS .....	25
4.1    Son actos administrativos.....	25
4.2    Problema de buscar impugnar un acto administrativo.....	25
4.2.1    Axioma constitucional sobre el ejercicio de los derechos fundamentales.....	26
4.2.2    De la competencia del Ministerio de Salud. ....	27
A.    De la declaración de estado de excepción constitucional por calamidad pública.....	28
B.    De la declaración de alerta sanitaria.....	29
C.    De la potestad discrecional. ....	30
4.3    De los vicios del procedimiento administrativo. ....	32
CAPÍTULO V .....	36
LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA.....	36
5.1    Orden público económico. ....	36
5.2    Del derecho a desarrollar cualquier actividad económica y garantía del artículo 19 N°26 de la Constitución. ....	38
5.2.1    Contenido esencial del artículo 19 N°21, inciso primero .....	39
5.2.2    Los límites de la libertad económica privada .....	39
5.3    Derecho de propiedad en cuanto a la facultad de disposición y la libertad de adquirir el dominio de toda clase de bienes.....	43

5.3.1	Si la facultad del Ministerio de Salud derivase de la ley. ....	44
5.3.1.1	Reserva de legalidad.....	44
5.3.1.2	“La limitación tiene sus límites”.....	46
5.3.2	Caso en que la potestad del Ministerio emane del estado de excepción constitucional. 49	
	CONCLUSIÓN.....	51
	ANEXO.....	53

## ABREVIATURAS

<b>CA</b>	Corte de Apelaciones
<b>CADH</b>	Convención Americana de Derechos Humanos
<b>CPR</b>	Constitución Política de la República
<b>CS</b>	Código Sanitario
<b>D. F. L</b>	Decreto con Fuerza de Ley
<b>LOC</b>	Ley Orgánica Constitucional
<b>OMS</b>	Organización Mundial de la Salud
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional

## RESUMEN DE LA MEMORIA PARA OPTAR A LA LICENCIATURA

POR: Diego Mercado y Felipe Blanche

FECHA: 2021

PROF. GUÍA: Luis Villavicencio.

### PROHIBICIÓN DE FUNCIONAMIENTO DE GIMNASIOS POR RESOLUCIONES SANITARIAS EN CONTEXTO DE PANDEMIA

Debido a la presencia del ya mundialmente conocido virus Sars-Cov19, se han fijado en nuestro país un sinnúmero de medidas que afectan distintos ámbitos de la vida privada, entre ellos, el cierre de gimnasios establecido el 21 de marzo de 2020. Esta tesina, estudia las resoluciones sanitarias y analiza las facultades que tuvo en cuenta el Ministerio de Salud para ejercer tales medidas restrictivas.

Se analizará cómo el poder administrativo ha vulnerado derechos fundamentales, violando principios básicos de nuestra constitución, como los de legalidad y de juridicidad, del artículo 6 y 7 de nuestra Carta Fundamental, pues se ha excedido en el marco constitucionalmente permitido para clausurar una actividad económica, bajo la forma de una limitación. En virtud de tal daño ilegítimo, cabe su correspondiente reparación.

Para cumplir con el objetivo anterior, se han utilizado las resoluciones sanitarias y revisión de sus fundamentos jurídicos, contrastándolas con las normas jurídicas vigentes.

Palabras clave: Acto administrativo – Políticas públicas – Decreto Supremo – Vicios del procedimiento – Derechos fundamentales – Indemnización de perjuicios.

## CAPÍTULO I

### INTRODUCCIÓN

En Chile, podríamos dividir la pandemia en dos momentos. En un primer momento, que denominaremos “de inactividad”, cuya característica principal es la ausencia de contagios en el territorio nacional y la tardía reacción por parte de las autoridades de ejercer medidas de prevención contra la propagación internacional del virus. Luego, un segundo momento, desde la declaración de la OMS de que vivimos en una pandemia el 11 de marzo de 2020 (aunque los criterios de la OMS no fueron técnicos, fueron motivados por la inactividad o insuficiencia de medidas de prevención de los países, entre ellos Chile). Esta etapa estuvo caracterizada por el cierre de fronteras, declaración de Estado de Excepción Constitucional por causa de Calamidad Pública y, so pretexto de esta circunstancia extraordinaria, el Ministerio de Salud ha tomado fuertes medidas restrictivas que incluso exceden las facultades contenidas en la constitución y ley 18.415 entregadas al presidente de la república.

Nos concentraremos esencialmente en esta segunda etapa. Podremos advertir que se han dictado masivas resoluciones sanitarias con restricciones y suspensiones de derechos fundamentales, sin cumplir un estándar normativo mínimo por parte de la administración central del estado. Así mismo, tampoco se han demostrado intenciones de indemnizar o reparar los daños a consecuencia del injusto de su actuar. Sumado a esto, el poder judicial ha elevado las barreras de entrada a la administración, impidiendo la tutela de derechos, al declarar inadmisibles los recursos de protección y amparo por fundamentos que van a contrario sensu de la normativa nacional e internacional.

Es en razón de lo anterior que la investigación se estructura sobre tres ejes centrales; un primer eje, destinado a prevenir cómo han venido fallando los tribunales de justicia los recursos de protección y amparo, cuando se dirigen contra el presidente de la república y el Ministerio de Salud, en el marco de las resoluciones sanitarias y su aplicación directa o indirecta en procedimientos penales o sumarios; y en virtud de ello, analizar los fundamentos sobre los que se han premunido los jueces e identificar si son coherentes con nuestro sistema jurídico.

En un segundo eje, analizaremos los actos administrativos propiamente tal. Para esto, se contrastarán con diversas fuentes normativas, como la Constitución Política de la República, ley 18.415, ley 19.880, Código Sanitario y otras. Luego, cabrá determinar si cumplen o no con el

estándar normativo exigido por nuestro ordenamiento jurídico y si merecen o no la máxima sanción contemplada en el artículo 6 y 7 de la Constitución, la nulidad de Derecho Público.

Y en un tercer eje, aterrizaremos en el caso de estudio, el de gimnasios propiamente tal. Se buscará responder a las preguntas: ¿qué relación hay entre lo que vienen fallando los jueces con los gimnasios?, ¿qué consecuencia jurídica traería que se declaren nulos los actos administrativos, que mencionamos en el eje segundo? Y en miras a esto, responder ¿qué derechos fundamentales se vulneran a los dueños o socios de gimnasios? ¿es constitucional la remisión normativa en estos casos?, o ¿existe violación a la reserva de legalidad por parte de la administración central del estado?

Y en un eje final, que será la consecuencia necesaria de las conclusiones a las que arribemos a raíz de la discusión que nos planteamos en cada eje, debemos preguntarnos ¿tendrían entonces los gimnasios el legítimo derecho a que les sean resarcidos los daños ocasionados por el abuso de poder la administración del estado?

## CAPÍTULO II

### EL ARGUMENTO DE “POLÍTICAS PÚBLICAS” UTILIZADO POR NUESTRA JURISPRUDENCIA

En este capítulo, nos enfocaremos en presentar cómo se han venido fallando los recursos de amparo y protección en contra de las actuaciones del ejecutivo u otros organismos públicos, quienes invocan resoluciones sanitarias como fuente normativa para fundamentar sus actos, las que afectan a los particulares en distintas esferas de su vida privada.

Para ello, utilizaremos algunas sentencias, que han sido escogidas para ilustrar la lógica argumentativa de los tribunales, replicada en todas las sentencias en la materia. Se han declarado reiteradamente inadmisibles los recursos de amparo constitucional y de protección, fallando de acuerdo a argumentos muy debatibles:

#### **1. Corte de Apelaciones de San Miguel Rol N°3463-2021 confirmada por la Corte Suprema Rol N°39.712-2021<sup>1</sup>.**

Esta sentencia que declara inadmisibile un recurso de protección tiene la importancia de ser interpuesta por un gimnasio en contra del Ministerio de Salud por vulnerar la libertad a desarrollar cualquier actividad económica y falla rechazando el recurso presentado, argumentando que el acto excede las materias que son conocimiento del recurso de protección, por tratarse de medidas tomadas para hacer frente a la pandemia, lo que se enmarca en políticas públicas.

Dicha sentencia, sin embargo, fue acordada con el voto en contra del Ministro señor Contreras, quien fue del parecer de declarar admisible el presente arbitrio por estimar que los actos denunciados se enmarcan en lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, estimándose conculcadas una garantía de aquellas especialmente mencionadas en la norma aludida.

#### **2. Corte de Apelaciones de Concepción Rol N°231-2020 confirmada por la Corte Suprema Rol N°112-513-2020**

---

<sup>1</sup> En este mismo sentido argumentan las sentencias Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N°49-2021 confirmada por la Corte Suprema Rol N°5280-2021 y Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N°30.382-2021 confirmada por la Corte Suprema Rol N°42.959-2021.

Esta sentencia, declara inadmisibile un recurso de amparo constitucional, interpuesto en contra del ministerio de salud por vulnerar en grado de privación la libertad ambulatoria del recurrente. El recurrente argumenta principalmente la ilegalidad de las medidas tomadas por el ministro de salud para restringir la libertad ambulatoria, basándose en que tal restricción es propia del estado de excepción constitucional asamblea, y no del estado de catástrofe, contexto en que se tomaron dichas medidas sanitarias.

La Corte rechaza aduciendo que las medidas tomadas por la autoridad se enmarcan dentro de políticas públicas, señalando que fueron tomadas por las autoridades dentro del ejercicio de sus competencias. El razonamiento del tribunal es que, por ser actuaciones realizadas dentro del ejercicio de competencias de la autoridad, no existe desviación ni abuso, sin embargo, no hace un análisis de legalidad de tales medidas para arribar a tal conclusión. Expone la Corte que, “la medida administrativa precitada, tiene su origen en políticas públicas determinadas por el Estado de Chile, ante la pandemia de COVID 19 cuya dimensión planetaria y devastadores efectos en la salud de las personas, ha obligado a adoptar un conjunto de medidas...”.

En resumen, los argumentos que mayormente se exhiben apuntan a lo siguiente:

- 1° Que los tribunales no pueden intervenir en “políticas públicas” que ha dictado el ejecutivo, con el fin de cumplir con su obligación de prevenir la mayor cantidad de contagios posibles.
- 2° Que, es deber del estado (prácticamente) suprimir derechos fundamentales para proteger la supremacía material que imponen el derecho a la vida e integridad física de la población en general<sup>2</sup>.
- 3° Que están dictadas estas resoluciones en conformidad a la ley.
- 4° Que existen otros recursos u herramientas jurídicas que deben ejercerse en sede diversa<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Este tema, se debatirá indirectamente en el capítulo 5.

<sup>3</sup> Sobre este punto no nos pronunciaremos debido a que cada recurso tiene sus propios requisitos de admisibilidad, no obstante, nos remitiremos a ella brevemente en cuanto al control de convencionalidad. Véase también la Sentencia de la Corte Suprema Rol N°4330 del año 2005 y la Sentencia de la Corte Suprema Rol N°5972 del año 2007.

Ante esta sistematización de argumentos, debemos cuestionarnos ¿es correcta la fundamentación otorgada por el poder judicial para desechar los recursos de protección y amparo?

### **2.1 El argumento de los tribunales de abstenerse de fallar “políticas públicas”, desde la perspectiva histórica del contencioso administrativo.**

Este argumento se debilita si observamos la historia del contencioso administrativo. En nuestro país podemos observar dos períodos distintos:

En la Constitución de 1925, tal como señala Rolando Pantoja, quien comenta la sentencia caratulada “Socotransco con Fisco”, comenzando por señalar lo siguiente: “En dicho fallo, nuestro Tribunal Supremo reconoció que los órganos jurisdiccionales del fuero común no tienen competencia para pronunciarse por vía del contencioso administrativo de anulación sobre los actos administrativo, y que por lo mismo sólo pueden entrar al conocimiento de “determinados asuntos de carácter contencioso- administrativo que, por su naturaleza y por los principios ” (1964. Pág.27).

Básicamente lo que nos presenta el fallo citado por el autor, es que, existe contienda de competencia entre el presidente y los tribunales. Esto surge a raíz de que es una facultad privativa del presidente el poder dictar un Decreto Supremo, que, en este caso, disuelve la Sociedad Cooperativa de Compraventa de Transportes Colectivos Limitada (Socotransco) y luego nombrar una comisión liquidadora para cumplir tal efecto. Luego, si el juez interviniese, lo que haría es sustituir un acto administrativo por uno judicial. Acogiendo este argumento, la Corte Suprema de la época se declara incompetente en virtud del artículo 87 de la Constitución de 1925.

Sin embargo, tres años más tarde, con la misma constitución vigente de 1925, en el caso Juez de Melipilla con Fisco de 1967, Ángelo Farrán Martínez nos señala que “la Corte razonó en base al principio de Inexcusabilidad sentando un quiebre mayúsculo con la tradicional deferencia sostenida por el Poder Judicial frente a la autoridad presidencial en cuestiones de Derecho Público. Esta decisión abrió paso a la corriente judicialista de la Corte Suprema, lo que se tradujo en afirmar que, si no existía formalmente un contencioso administrativo regulado, los órganos competentes para conocer de estos asuntos eran los jueces civiles mediante los instrumentos propios del derecho civil y procesal”.

Es decir, esta sentencia marca el precedente en que los tribunales sí pueden conocer de asuntos contenciosos-administrativos, especialmente cuando se trata de asuntos de protección de los derechos de las personas.

Con todo esto se busca señalar que, con un mismo texto constitucional la interpretación de un tribunal puede diferir bastante. Tanto así, que en un caso puede dar lugar a un derecho o negarlo por completo, tan solo por la facultad de interpretar “la sistematicidad” del ordenamiento jurídico.

A pesar de que ya no se encuentra vigente la constitución de 1925, nuestro sistema ha acogido esta segunda interpretación. Es decir, los tribunales ordinarios sí están plenamente facultados para revisar la legalidad de los actos emanados de la potestad reglamentaria del presidente de la república, sobre todo cuando este puede conculcar derechos fundamentales, amparados tanto por nuestro ordenamiento jurídico interno, como por la normativa internacional.

Con esta segunda interpretación, queda entonces zanjada cualquier duda acerca de la existencia de la obligación de todo el aparato estatal, de promover y garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Así, no solo la administración central queda obligada a respetar los derechos fundamentales, sino también los tribunales como órganos del estado, quienes deben promover y respetarlos. Además, en virtud del límite que les ha impuesto la constitución a los actos de soberanía, en virtud de los derechos humanos y tratados internacionales, los jueces deben admitir a tramitación y fallar conforme al mérito del proceso todo hecho que dé cuenta una vulneración a algún derecho fundamental por el cual se solicita su tutela.

## **2.2 El *bypass* de los tribunales para asumir la legalidad de los actos administrativos.**

Recordemos esta fundamentación de la sentencia de la CA de Concepción Rol N°231-2020: “4° Que, en el contexto legal antedicho, las medidas adoptadas por la autoridad se insertan dentro del marco de políticas públicas que obedecen a los deberes del Estado y cuyo contenido no es arbitrario ni ilegal, toda vez que han sido dictadas por las autoridades dentro de su competencia y en la forma que determine la ley. Por lo anterior, tampoco se advierten abusos ni

desviaciones de poder susceptibles de ser reparados por esta vía. En consecuencia, el recurso no puede prosperar. Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en las normas legales y reglamentarias citadas, en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Amparo, SE RECHAZA, sin costas, la acción constitucional de amparo interpuesta por don Jaime Esteban Guerrero Salazar. (Rol N°231/2020)

¿Qué hace en concreto la Corte de Apelaciones con esta fundamentación? Decirnos dos cosas:

1. Que, los actos administrativos están dictados en conformidad a la competencia del funcionario que las dicta, pero sin fundamentar jurídicamente por qué es competente.
2. Que, ante una pandemia es deber del estado suprimir los derechos de los ciudadanos, aun cuando no exista ley ni otra disposición que lo autorice, en base a otros derechos fundamentales a la vista.

¿Cómo podemos entender que un acto administrativo es legal, sin un juicio de contrastación previo? Adoptando la postura de que, para saber si un acto administrativo es legal o ilegal, debemos contrastar el acto administrativo con la ley, incluyendo aquellos principios expresados en las leyes y la constitución. ¿Dónde está ese examen? La Corte de Apelaciones está asumiendo que es legal, sin realizar examen alguno<sup>4</sup>.

### **2.3 Revisión del auto acordado de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección.**

El diccionario prehispánico del español jurídico define auto acordado como: “Norma de carácter general, dictada por los tribunales superiores de justicia (Corte Suprema y Cortes de Apelaciones), tendente a reglamentar materias relativas al funcionamiento de los tribunales que no se encuentran lo suficientemente precisadas por la ley y que son necesarias para la buena administración de justicia”.

---

<sup>4</sup> Veremos específicamente este tema en el capítulo 4, donde se analizará en abstracto los actos administrativos en pugna.

Observando las normas jurídicas dentro de nuestro ordenamiento jurídico que regulan los auto acordados, nos damos cuenta de que estas no pueden suplir vacíos legales, solo pueden pretender lograr una adecuada aplicación de la ley procesal. Esto es una manifestación de la superintendencia directiva, correccional y económica que corresponde a los tribunales superiores de justicia, en virtud del artículo 82 de la Constitución y artículo 3 del Código Orgánico de Tribunales.

El problema es que los auto acordados que se mencionan, regulan materias que corresponden a materias entregadas al legislador, por ende, transgrede los artículos 76, 19 N°3 inciso 4 y 19 N°3 inciso quinto de la Constitución.

¿Qué puede hacer el particular si es que evalúa impugnar estos auto acordados? Debe recurrir al Tribunal Constitucional para que resuelva la constitucionalidad de estos auto acordados, de conformidad al artículo 93 N°2 de la Constitución Política de la República y artículo 52 de la ley 17.997.

Ahora bien, este intento ya se ha realizado antes a través de una acción de inconstitucionalidad del Auto Acordado de la Corte Suprema que regula el recurso de protección, específicamente en el artículo primero, que establece el plazo de 30 días. No obstante, la solicitante incurrió en vicios que hacían inadmisibles su interposición y, para efectos de ilustrar los errores cometidos, para prevenirlos en el ejercicio de la profesión, revisaremos las prevenciones de la Sentencia del TC Rol N°2826-15-CAA:

1° Que, en virtud del artículo 63 de la ley 17.997 “el recurrente debe exponer claramente los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya y la forma en que el auto acordado afecta el ejercicio de sus derechos fundamentales”. Pero la recurrente ejecutó la acción de inconstitucionalidad redactando la acción como si fuese una acción de inaplicabilidad. El Tribunal Constitucional la ilustra, señalando la diferencia entre ambas acciones.

Dice este fallo que, el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad genera efectos relativos, es decir, al caso concreto, en cambio, la acción de inconstitucionalidad genera efectos erga omnes una vez publicada la sentencia en el diario oficial. Además, una vez declarada la inconstitucionalidad del auto acordado, este se entendería derogado, en virtud del artículo 94 de la Constitución y artículo 58 de la ley 17.997.

En razón de esto, debemos destacar que, si se ejerce una acción de inconstitucionalidad de un auto acordado, no puede redactarse en forma que solo genere efectos para el caso particular.

2° Cabe prevenir, además, que la interposición de una acción de inconstitucionalidad en contra de un auto acordado, en virtud del artículo 52 de la ley 17.997 “no suspenderá la aplicación del auto acordado impugnado”. Por ende, no resulta fructífero solicitar esta gestión.

Prevenido lo anterior, siempre se debe fundar la acción de inconstitucionalidad del auto acordado en cuestión, en base a la transgresión del principio de legalidad y cómo afecta esta transgresión a los principios del debido proceso, en especial, a los artículos 76, 19 N°3 inciso 4 y 19 N°3 inciso quinto de la Constitución.

#### **2.4 Respetto a los controles de Convencionalidad y Constitucionalidad aplicables, según la Convención Americana sobre Derechos Humanos.**

Estamos frente a tribunales de justicia que declaran inadmisibles acciones que suponen revisar vulneraciones de Derechos Fundamentales, por considerar que se trata de un tema de “política pública”, donde no cabe a los tribunales intervenir, pese a que en los hechos existe tal vulneración. Aquí, se hace notar la decisión política que el poder judicial ha tomado en cuanto a no querer inmiscuirse en un tema tan delicado como lo es ir en contra de las decisiones emanadas desde el Ministerio de Salud, en contexto de crisis sanitaria.

Luego, cabe añadir que, con esta postura de los tribunales de justicia se vulneran, a su vez, otros derechos fundamentales, como el derecho al debido proceso, tutela judicial efectiva, derecho al contradictorio, etc. Es así como se vulnera lo consagrado en la Carta Política en su artículo 76, inciso segundo: “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión.”

Además, debemos preguntarnos entonces ¿qué es una política pública? Son “las acciones del Estado para solucionar un problema definido como público” (Dávila, Soto, 2011: Pág. 20). Es un término vago, tecnócrata, que no quiere decir en sí, exento de límites, exento de control, porque a partir de esta definición, todo se puede reducir a política pública, por ejemplo, ¿cómo

se soluciona que las personas de escasos recursos tengan su vivienda propia? Con la posibilidad de postular a un subsidio habitacional (regulado por leyes), ¿cómo logramos tarifa rebajada en los escolares? Creando una tarjeta nacional estudiantil que rebaje su tarifa (que su regulación también esta reglada). Y cabe señalar que en toda política pública existen alternativas que pueden ser mejor o peor que la aplicada, no existen políticas unívocas.

Como se ha visto en el análisis de alguna jurisprudencia (Rol N°49-2021 Corte de Apelaciones de Valparaíso y Rol N°3463-2021 Corte Suprema), las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema declaran inadmisibles las acciones de amparo o protección o desestiman las acciones por tratarse supuestamente de un tema de “política pública” en contexto de pandemia. Se abstienen de pronunciarse acerca de las vulneraciones de derechos fundamentales causadas por actuaciones ilegales e inconstitucionales, dejando en indefensión a los causantes, pues ¿quién controla a la administración del estado en pandemia?

¿Están obligados los jueces a conocer esta clase de litigios y por ende tutelar los derechos que les han sido arrebatados a la ciudadanía? Obviando el artículo 19 N°3 inciso segundo y 76 de la constitución, analizaremos la normativa internacional.

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos (“CADH”), o Pacto de San José de Costa Rica, establece en su artículo 25, el derecho a la protección judicial de toda persona, a través de un “recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”, lo que en relación con el artículo 1 de la Convención, que establece la obligación de los Estados Partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, coloca a nuestros tribunales de justicia en una clara postura infractora del Pacto de San José de Costa Rica.

Al respecto, se debe señalar que, nuestros tribunales no sólo están obligados por la Constitución, sino que esta misma también obliga, en atención al artículo 5, inciso segundo, a los órganos del estado a respetar los derechos humanos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile.

En tal caso, queda nuestro país obligado a la CADH, siendo, por tanto, los tribunales responsables de realizar un “control de convencionalidad”, es decir, asegurarse de que lo obrado

en juicio y las actuaciones acusadas de vulnerar derechos fundamentales se encuentren acordes a lo señalado en la convención, y en caso contrario, restablecer el imperio del derecho, adecuándose a una interpretación que más se ajuste a la Convención.

En este sentido, se hace relevante traer a la discusión el principio *pro persona*, cuyo origen se encuentra en el derecho internacional de los derechos humanos, que según señala la jurista argentina Mónica Pinto “es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer las restricciones permanentes al ejercicio de los derechos humanos”. (1997: pp. 163-172)

En consecuencia, encontrándose los derechos humanos imbuidos por el principio *pro-persona*, debiesen los tribunales, antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto para resolver la admisibilidad del recurso, dar cabida entonces, al menos, a la posibilidad de revisar los derechos fundamentales que se estiman vulnerados por el recurrente.

Bajo la misma lógica razona la autora Ximena Medellín, “el punto de partida para la argumentación de un derecho humano en un caso concreto debería ser siempre la selección del enunciado normativo más favorable, fuera de fuente constitucional o convencional (vertiente normativa del principio *pro-persona*). Posteriormente, la norma seleccionada debería ser interpretada de forma expansiva (vertiente interpretativa)”. (Medellín, 2019: pp. 397-440)

En cuanto al control de constitucionalidad, Sagües explica que, si en un Estado concreto hay jueces inhabilitados por el ordenamiento local para verificar tal control (y, por ende, en principio, el de convencionalidad), como es el caso de Chile, en que este control se concentra únicamente en el Tribunal Constitucional, caben alternativas una de las cuales es: “(iii) diseñar – pretorianamente también– un mecanismo de elevación del caso al órgano constitucionalmente programado para operar el control de constitucionalidad. Estas vías pretorianas no resultan anómalas para asegurar el efecto útil (*effet utile*) de la Convención Americana sobre derechos Humanos, a tenor del art. 2º de la misma. y de ellas, personalmente nos parece preferible la última, que es la más respetuosa de la opción hecha por el constituyente doméstico para erigir un sistema de control de constitucionalidad.” (2010: pp. 117-136)

Bajo tales argumentos, debiese ser posible pedir a la Corte, en el determinado recurso de protección, que eleve el caso al Tribunal Constitucional para que haga un control de convencionalidad respecto de la inadmisibilidad del mismo recurso, por transgredir la CADH en su artículo 25, pues no hay derecho a un recurso efectivo en esta materia, ya que las Cortes no están permitiendo siquiera que se discuta si acaso hay una vulneración de derechos fundamentales, valiéndose del argumento simple y sin mayor desarrollo, de tratarse de un tema de “política pública”. Se podría afirmar por extensión entonces, que, en virtud de un asunto de política pública, pueden en nuestro país vulnerarse derechos fundamentales, quedando vedada incluso la posibilidad de algún pronunciamiento al respecto por parte de la judicatura.

En síntesis, los tribunales de Justicia y las Cortes de Apelaciones en particular, mediante el recurso de protección, debiesen a lo menos declarar admisibles recursos en que en los hechos se hallen notoriamente vulnerados derechos fundamentales, sin entrar a calificar a priori determinados hechos como de “política pública”, sin antes revisar a lo menos mediante un debido proceso, el problema de justicia sufrido por el recurrente, respetando de tal forma la propia Constitución y la CADH.

De una forma similar ha sido entendido también en ocasiones por la Corte Suprema, señalando que la Corte de Apelaciones no debe acudir a razones de fondo para abstenerse de tramitar un recurso de protección. Así dejó establecido la suprema Corte en causa Rol 6546-2012 “3DEG.- Que según fluye de lo anterior, el motivo en que se funda la resolución objetada excede la habilitación concedida a la Corte de Apelaciones por el citado auto acordado para declarar la inadmisibilidad de la acción cautelar que por él se regula, puesto que se ha acudido a razones de fondo relacionadas con la calificación de los hechos citados en el recurso de protección, cuya copia se agregó a fojas 2 de estos autos, para abstenerse de tramitar una acción de esta clase. Sin embargo, conforme lo dispone el numeral 2 que fuera transcrito precedentemente, solo corresponde a las Cortes de Apelaciones revisar que se haya señalado hechos que puedan afectar derechos garantidos en la Constitución política, sin entrar a estimar que aquellos no pueden ser relacionados con la vulneración de garantías”. (Rol N°6546/2012).

## CAPÍTULO III

### SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS GIMNASIOS

Los gimnasios "abiertos al público" desde la resolución N°200 -emitida por el Ministerio de Salud, de fecha 21 de marzo de 2020-, fueron forzados a cerrar por resolución exenta de toma de razón. Esto, lógicamente, trae aparejadas las siguientes consecuencias:

- 1° Si cierra el local, no hay ventas y ello trae la situación de que no se generan activos en la empresa o actividad y, genera pasivos puros sin ganancias que soporten la pérdida.
- 2° Siguen corriendo las obligaciones contraídas por la empresa o actividad, tales como mutuos, pago de arriendo, remuneraciones, luz, agua, etc.; aumentando los pasivos de la empresa.
- 3° La situación de suspensión de contratos de los trabajadores que rebajó el ingreso de éstos hasta un 50% lo cual es una merma directa al patrimonio que podría haberse percibido de no existir tales medidas.

Si nos apegamos a los datos duros, tenemos a septiembre del año 2020 el siguiente panorama: “A causa de la crisis sanitaria, la industria de los gimnasios en el país se ha visto fuertemente impactada por el cierre de sus instalaciones provocando una drástica caída en sus ingresos de hasta un 80% — según Alex Wiesner vocero de la industria — entrevista que dio a “Emol” durante los últimos meses de pandemia. Las medidas sanitarias adoptadas por las autoridades han sido necesarias para mitigar los riesgos de contagio, pero las pérdidas monetarias que presentan las grandes cadenas y pequeños gimnasios han aumentado significativamente, colocando en riesgo la supervivencia de muchos negocios, unido a la preocupante inestabilidad del empleo como una perspectiva real para miles de entrenadores y personal de apoyo. A diferencia de otros sectores, los gimnasios viven con la incertidumbre permanente sobre cuáles serán las condiciones en las que podrán volver a reabrir. Esto, porque es altamente probable que se obligue a operar con menos personas, implicará modificaciones al interior de las instalaciones y restringirá el número de usuarios por un tiempo determinado” (Gutiérrez y Cáceres, 2020, Pág. 6).

Esta era la situación de los gimnasios a inicio de septiembre de 2020. Luego, ya para el año 2021, la crisis era aún mayor. Entonces, jurídicamente, ¿qué buscará un gimnasio?

Evidentemente, a esa época buscaría abrir su gimnasio y/o posteriormente lograr la indemnización de perjuicios, por los daños ocasionados a su actividad económica. Para ello, debemos hacernos cargo de dos factores:

- 1° El acto administrativo<sup>5</sup>: donde habrá que analizar:
  - a. Si existe competencia e investidura previa y regular del Ministerio de Salud para decretar cierre de locales comerciales.
  - b. Si las medidas sanitarias son realmente sanitarias, es decir, si cumplen un estándar de razonabilidad técnica<sup>6</sup>.
  - c. Si viola el procedimiento del acto administrativo, al tener un vicio de forma o de fondo grave y esencial.
- 2° Determinar los límites que la constitución establece a los poderes del estado:
  - a. Determinar si existe autorización normativa para que el Ministerio de Salud frente a situaciones de crisis sanitarias pueda suspender o restringir derechos fundamentales, en específico, la libertad para desarrollar cualquier actividad económica y el derecho de propiedad.
  - b. Determinar si existió o no vulneración a los derechos fundamentales mencionados, en ponderación a los derechos que se buscan tutelar.

Todo este análisis se toma como punto de partida para determinar cuestiones relevantes respecto de la acción indemnizatoria:

- A. Si determinamos en el análisis que el acto administrativo es nulo y/o que vulnera derechos fundamentales, no siendo autorizado por el ordenamiento jurídico, ¿cuánto plazo tendría el gimnasio para demandar indemnización de perjuicios? En virtud del artículo 2332 del código civil, serían 4 años, debido a que el daño se produce a raíz de un acto administrativo antijurídico que causa daño a un particular, no empleando el

---

<sup>5</sup> Téngase presente que nuestro ordenamiento jurídico define qué es un acto administrativo y señala en el artículo 3° inciso segundo de la ley 19.880 que: Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.

<sup>6</sup> Que, esta investigación, no se hará cargo acerca de los criterios de razonabilidad técnica ya que corresponde a la ciencia determinar esos parámetros.

estado un grado de diligencia media en su actuar. Es decir, nos acogemos al estatuto de la responsabilidad civil extracontractual del estado.

Para estar frente a este escenario ¿qué debe hacerse en sede judicial? Demandar al FISCO de Chile (debido a que el Ministerio de Salud que dicta las resoluciones sanitarias pertenece al poder central del estado y no posee personalidad jurídica propia) por ello debe emplazarse al Fisco, representado por el Consejo de Defensa del Estado de Santiago, pues las Resoluciones Sanitarias fueron dictadas en la ciudad de Santiago.

¿Qué se va a demandar? En caso de existir alguno de los vicios de nulidad del acto administrativo; acción de nulidad de derecho público<sup>7</sup> más indemnización de perjuicios por los daños materiales que se hayan ocasionado, tales como, lucro cesante y/o daño emergente, discutiéndose la procedencia del daño moral en esta clase de controversias. También, podría haberse ejercido, en su época, mientras estaban cerrados los gimnasios, recurso de protección por vulneración a los derechos de libertad de desarrollar cualquier actividad económica y, dependiendo si este establecimiento vendía productos, comida, etc.; verse otras aristas de derechos vulnerados como el derecho de propiedad o no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el estado y sus organismos a los entes económicos. En consecuencia, una vez zanjado el asunto en los tribunales sobre la existencia de una vulneración a un derecho fundamental, en sede diversa, debería el gimnasio demandar responsabilidad civil extracontractual del estado y alegar por esta vía ordinaria la indemnización de perjuicios.

Cabe advertir que, hay que tener cuidado a la hora de redactar una acción de nulidad de derecho público, pues, el tribunal puede desechar la acción indemnizatoria si estima que no hubo un vicio de nulidad y, además, si la argumentación esgrime que producto de la nulidad nace el derecho a indemnización dirá que no acreditándose lo concerniente a la nulidad y siendo la indemnización consecuencia de lo primero, debe desecharse la indemnización de perjuicios.

B. Luego, al contrario de la postura anterior, está el escenario en que el resultado de la investigación se arrije a la conclusión de que el acto administrativo es válido, es decir, no tiene vicio que acarree la nulidad del acto.

---

<sup>7</sup> Véase capítulo 4 y 5 de la presente investigación, que esgrime argumentos para alegar Nulidad de Derecho Público.

En la hipótesis de que el acto sea válido ya sea porque, o está exento de vicios; o que, se trata de vicios subsanables; o bien porque existe asidero jurídico para determinar que sí es legítimo cerrar los gimnasios con estas medidas (lo que no implica que deban quedar sin reparación, como se analizará justamente más adelante). En tal hipótesis, ¿qué plazo tendrán los gimnasios para demandar? Pues, depende:

1. Si determinamos que estas facultades emanan de la declaración de Estado de Excepción Constitucional por Calamidad Pública, tendríamos un problema a raíz de las normas de la ley 18.415.

Esta ley, 18.415, que regula los estados de excepción constitucional, establece una serie de normas que dan lugar a la acción indemnizatoria por limitar el derecho de propiedad según el estado de excepción constitucional invocado, así, por una parte, establece acción de indemnización cuando existe limitación al ejercicio del derecho de propiedad, durante estado de excepción constitucional, en su artículo 17; luego, en el artículo 18, establece que el único requisito para establecer tal limitación es la notificación al afectado y, por último, en el artículo 20, establece un plazo de prescripción de la acción de un año contado desde la fecha de término del estado de excepción. Además, debemos concordar estas normas con el artículo 45 de la Constitución que señala: “También darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de sus atributos o facultades esenciales y con ello se cause daño”.

En virtud de estas normas, podemos entender dos situaciones:

- A) Que el plazo sea de cuatro años. Implica demandar responsabilidad civil extracontractual del estado, en virtud del artículo 2332 del código civil y de las normas de la Ley General de Bases de la Administración del Estado. Se llega a esta deducción, debido a que, en virtud del artículo 18, inciso segundo, de la ley 18.415, requiere que se notifique al afectado, es decir, a un sujeto de derecho en particular, ejemplo, a “Pedrito Fitness S.A”, sede de RapaNui y, además, requiere que se deje copia del documento (es decir, decreto supremo o resolución) que indique la limitación al derecho de propiedad. Situación que en todos los casos respecto de todos los gimnasios no ocurre.

¿Qué ocurre con esta hipótesis? Que, además, de tener más plazo para demandar, de 1 a 4 años, las indemnizaciones que se pueden alegar son más extensas, como el lucro cesante, daño emergente, daño moral, etc.

B) Que el plazo sea el del artículo 20, de la ley 18.415. En esta hipótesis tendríamos que entender que los mencionados requisitos (de notificar al afectado particularmente y dejar copia del documento) no son de validez del acto administrativo. Aquí el tribunal tendría que hacer una interpretación forzosa e inescrupulosa de la norma. Tendría que entenderse que no se requiere imperativamente que la notificación se practique de forma particular a los afectados, sino que atendida la emergencia sanitaria que atraviesa el país, se cumpliría el estándar de legalidad exigido por la ley 18.415, en cuanto se da a conocer de las limitaciones al derecho de propiedad a través de la televisión y publicación de las resoluciones sanitarias en el diario oficial, además, de las redes sociales del Ministerio de Salud.

Por otro lado, aunque predominase la segunda hipótesis comentada, de todos modos, debe indemnizarse el daño material directo sufrido por los gimnasios a raíz del cierre de sus locales, es decir, debe indemnizarse el lucro cesante ya que dejó de percibir ingresos debido a la actividad del estado afectando facultades esenciales del dominio como lo es la facultad de disposición (como la venta) y en esencia desarrollar la actividad económica. La diferencia con la primera hipótesis es que el plazo para demandar se reduciría sustancialmente, a un año, contado desde el término del estado de excepción constitucional, es decir, el 30 de septiembre de 2021.

2. Si determinamos que estas facultades emanan legítimamente del Código Sanitario, tendríamos que hacer otro examen:

1° Que, se estaría realizando una interpretación forzosa de las normas del Código Sanitario, pues no existe norma alguna en el Código Sanitario u otra norma análoga que autorice a priori a forzar el cierre de una actividad económica por la presencia de una circunstancia extraordinaria<sup>8</sup>.

2° Preguntarnos si el actuar lícito de la administración permite eludir la responsabilidad civil al estado por actuar “dentro de sus competencias”:

---

<sup>8</sup> Véase capítulo 4, acerca de la Alerta Sanitaria.

Y este es un punto central y problemático ya que hay que hacerse cargo de tres cosas:

- A. Hay que negar que es un actuar lícito<sup>9</sup>
- B. Intentar encausar el acto de cerrar los gimnasios en alguna hipótesis legal o constitucional donde se indemnice al particular aun cuando la administración haya actuado dentro de su competencia; es decir, intentar encuadrar este hecho como una expropiación, encuadrarlo en el artículo 45 inciso final de la constitución o artículo 17 y siguientes de la ley 18.415.
- C. Problema de interpretación del artículo 3 letra d) de la ley 19.496 sobre protección al consumidor que señala: “d) La seguridad en el consumo de bienes o servicios, la protección de la salud y el medio ambiente y el deber de evitar los riesgos que puedan afectarles”. El problema de esta norma y de la ley de protección al consumidor en general, es que utiliza conceptos abiertos, que dan mucho margen a la interpretación, pero en principio uno debería pensar que “el legislador se refiere a la exigencia, hecha a fabricantes y proveedores en general, de que los productos no causen daños, diferentes a los que sencillamente se derivan de sus defectos de cantidad o de funcionamiento”. (Barrientos. Pág.111).

No podría alegar el ente administrativo que en virtud de esta “garantía de seguridad y cuidados en la salud del consumidor” haya tenido que intervenir en toda la industria del fitness debido a:

1. Que, el titular del deber/derecho de seguridad en el consumo, no es el estado, es el consumidor, siendo el único llamado a ejercer acciones para que los entes llamados a conocer de estas controversias ejerzan sanciones si determinan infracción a esta norma.
2. Que, la autoridad sanitaria puede intervenir en la industria de oficio cuando se vulneren las normas que regulen la comercialización de determinados productos como medicamentos, pesticidas, productos pirotécnicos, alimentos, actividades de alto riesgo, etc. No estando en ninguno de estos casos los gimnasios, ya que la existencia del virus no es producto del desarrollo de la actividad física o funcionamiento del gimnasio, es algo que escapa al control de la actividad económica, ajeno a ello.

---

<sup>9</sup> Véase capítulo 4 y 5.

Ahora, cuando los gimnasios comenzaron a funcionar, hubo una serie de medidas en fase 4 para que pudieran operar, es decir, aun con la existencia del virus, pueden operar con seguridad, el problema es que si le entregamos ese arbitrio al Ministerio de Salud queda el criterio desregulado y sin control alguno pues en marzo de 2020, la situación epidemiológica era mucho menor que en septiembre de 2021 y, aun así, en septiembre de 2021, la mayoría de los gimnasios del país podían funcionar. (Hay que atender a criterios de razonabilidad técnica). Ahora bien, en el caso extremo que de todos estos argumentos que se pudieren esgrimir el tribunal señalare que el actuar del estado es lícito en atención al Código Sanitario, pues, la única consecuencia sería el rechazo de la acción de indemnización de perjuicios.

## CAPÍTULO IV

### LAS RESOLUCIONES SANITARIAS COMO ACTOS ADMINISTRATIVOS

#### 4.1 Son actos administrativos.

Que, en virtud del artículo 3 de la ley 19.880, tenemos que los actos administrativos son las decisiones formales que emiten los órganos de la Administración del Estado, los cuales pueden tener la forma de decretos supremos y resoluciones. Por un lado, el decreto supremo es la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro, por orden del aquél, sobre asuntos de su competencia. Luego, las resoluciones son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión.

En seguida, ¿qué son entonces las resoluciones sanitarias? Son decisiones formales que emite el Ministerio de Salud, un órgano que es parte de la administración central del estado, dotado de poder de decisión. Estas decisiones manifiestan una voluntad expresa, realizadas supuestamente bajo el ejercicio de una potestad pública.

#### 4.2 Problema de buscar impugnar un acto administrativo.

Es menester advertir a todo quien busque impugnar un acto administrativo que la administración posee ventaja procesal y notoria ventaja en materia probatoria, respecto de cualquier particular que intente acceder a la jurisdicción. Esto impone, entre otras cosas, al particular "la carga de accionar a la otra parte (es decir, al particular), gravada con la necesidad de poner en movimiento una acción impugnatoria para destruir la eficacia inmediata que, por su propia fuerza, alcanzan las decisiones administrativas" (Eduardo García. 1996. Pág. 493). Esta ventaja se materializa en que, la administración:

A. Posee ventaja procesal, debido a los medios que provee la ley para impugnar actos administrativos. Estos son muy heterogéneos y muchas veces, disimiles entre sí. Además, tal como señala el profesor Ferrada (2011), "se aprecia un cierto abandono del legislador en la construcción de un sistema de justicia administrativa general, dejándose entregado a la jurisprudencia la definición de sus características y elementos, lo que presenta desarrollos irregulares e imprecisos. Esto es especialmente relevante en materia de nulidad de derecho público, proceso que se ha consolidado como el contencioso administrativo general, pero cuyas dificultades de articulación han impedido su desarrollo adecuado".

B. Posee ventaja probatoria, ya que la carga de prueba recae en quien impugna un acto de la administración. En virtud del artículo 1698 del Código Civil, “se deberá acreditar que el procedimiento aplicado por la administración posee algún vicio o tiene su origen en un acto o hecho que no constituye falta administrativa” (Jorquera; Vergara. 2019. Pág. 27). Además, para dejar sin efecto el acto o dejarlo nulo, el vicio debe ser grave y esencial, como señala el artículo 13 de la ley 19.880.

Por ello, es necesario dotar de herramientas jurídicas a quien impugne una resolución sanitaria, ya sea para defenderse de un procedimiento sumario sanitario o impugnar el acto administrativo propiamente tal. Para ello:

1º Es necesario saber que la restricción o limitación al ejercicio legítimo de un derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico es lo excepcional.

2º Cuestionar la competencia e investidura previa y regular del ministerio de salud y,

3º Si existe o no vicios de procedimiento administrativo y si éstos son o no graves y esenciales.

#### **4.2.1 Axioma constitucional sobre el ejercicio de los derechos fundamentales**

El artículo 39 de la Constitución Política de la República es claro en señalar que: “El ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo puede ser afectado bajo las siguientes situaciones de excepción: guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública, cuando afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado”.

Es decir, restringir o suspender un derecho es lo anormal, lo excepcional, y debe cumplirse en un estado de derecho democrático las formas jurídicas para conculcar el goce de un derecho fundamental.

Por ende, si existe un vicio de legalidad o inconstitucionalidad debe dejarse sin aplicación tal norma debido a que el axioma que rige nuestro ordenamiento jurídico es que todos gozamos todos nuestros derechos fundamentales salvo que se autorice constitucionalmente lo contrario.

Cabe señalar que, es necesario hacer una advertencia en esta materia. Que se invoque un estado de excepción constitucional no significa que los derechos que entienda la constitución

que pueden suspenderse o restringirse sean automáticamente suspendidos o restringidos, requieren para que ocurra tal efecto de un acto administrativo en particular. Tal actuación debe determinar medidas concretas y, a su vez, ajustarse a las exigencias contenidas en la ley 18.415, LOC que regula los estados de excepción constitucional, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política de la República. Es decir, para suspender un derecho o restringirlo, en virtud de un Estado de Excepción Constitucional, se requiere de un acto administrativo extraordinario dictado conforme a la ley 18.415.

Pero cabe, además, hacer una segunda precisión. ¿Es la declaración de un estado de excepción la única vía para conculcar un derecho fundamental? No. La verdad es que la Constitución autoriza a que otras leyes regulen, limiten o suspendan ciertos derechos específicos a raíz de un determinado hecho natural o del hombre y, en nuestro ordenamiento jurídico tenemos variados ejemplos de ello, tales como, en la expropiación, donde un órgano del estado priva a un particular del derecho de propiedad legítimamente a cambio de una indemnización; otro caso donde se priva de un derecho fundamental es el caso de la pena corporal o pecuniaria, en caso de que algún sujeto cometa un delito o crimen o una falta, la pena, afectaría en tales casos el derecho a la libertad personal o patrimonial respectivamente. No cabe duda de que hay ciertos hechos u actos que traen aparejadas consecuencias jurídicas que pueden parecer vulneratorias de los derechos fundamentales, no obstante, nuestro ordenamiento jurídico en razón de otros fines igual de valiosos ha optado por validar la restricción o supresión de un derecho fundamental a ciertas personas cuando se verifica la hipótesis regulada en nuestro ordenamiento jurídico.

#### **4.2.2 De la competencia del Ministerio de Salud.**

Debemos responder la pregunta, ¿tiene competencia el Ministerio de Salud para restringir o suspender derechos fundamentales a la población en general, o una parte del territorio? Para ello vamos a analizar dos instrumentos jurídicos que se han dictado para enfrentar la emergencia sanitaria:

- A. Declaración de Alerta Sanitaria, del 8 de febrero de 2020, por el decreto n°4 del Ministerio de Salud.
- B. Declaración de Estado de Excepción Constitucional por Calamidad Pública, el día 18 de marzo, por el decreto n°104 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

## **A. De la declaración de estado de excepción constitucional por calamidad pública.**

El 18 de marzo de 2020 se publica en el diario oficial el decreto N°104 que declara estado de excepción constitucional por causa de calamidad pública. Del estado de excepción invocado, debemos observar dos normas constitucionales, los artículos 41 y 43 de la CPR. Debiendo preguntarnos ¿estas normas otorgan competencia o ampliación de facultades al Ministerio de Salud para suspender o restringir derechos fundamentales?

El artículo 41 de la CPR señala únicamente al Jefe de Defensa Nacional para asumir la dirección y supervigilancia de las zonas declaradas bajo estado de catástrofe, designado por el Presidente de la República.

Luego, el Artículo 43 de nuestra carta fundamental, en su inciso tercero, señala que, bajo la declaración del estado de catástrofe, es el propio presidente quien detenta las facultades para restringir ciertas libertades, como la de reunión y el derecho de propiedad y otras medidas extraordinarias de carácter administrativo para el necesario restablecimiento de la normalidad de la zona.

Como se evidencia de la lectura de ambos artículos de la carta fundamental, ninguno de ellos menciona facultades extraordinarias al Ministerio de Salud debido a la declaración de un estado de excepción constitucional de catástrofe.

Por otro lado, atendiendo al artículo 44 de la constitución, que nos remite a la Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, ley 18.415, que repite la regla del artículo 39 de la CPR en su artículo 1, regula en sus artículos 6 y 7 el estado de catástrofe en particular y, en toda la ley 18.415 no menciona ni una vez al Ministerio de Salud, es más, el artículo 6 de la ley en comento señala que, declarado el estado de catástrofe, las facultades conferidas al Presidente podrán ser delegadas en los jefes de la Defensa Nacional que él designe. Es decir, la ley prevé la delegación de facultades en personas distintas del presidente que no es cualquier otra persona, debe cumplir un rol y función administrativa específico.

Queda de manifiesto, luego de la revisión de esta normativa, que quien tiene facultades para restringir los derechos que menciona el artículo 43 de la Constitución es el Presidente de la República y que podrá delegar sus facultades, en virtud del artículo 6 de la ley 18.415 en los Jefes

de Defensa Nacional designados o en el Ministro a cargo según la ley 18.415 que es el Ministro del Interior y Seguridad Pública. De ningún modo es competente el Ministerio de Salud en virtud de las normas que regulan el estado de excepción constitucional.

Por último, en esta revisión normativa, hay que atender el artículo 9 de la ley 18.415 en su inciso segundo que señala: “las atribuciones del Presidente de la República podrán ejercerse mediante decreto supremo, exento de trámite de toma de razón firmado por el Ministro del Interior bajo la fórmula “Por Orden del Presidente de la República”. Tratándose de las atribuciones correspondientes al estado de asamblea se requerirá, además, la firma del Ministro de Defensa”.

Por tanto, no tenemos ninguna norma que habilite a un ministro distinto del Ministro del Interior, a dictar actos administrativos extraordinarios en virtud de un estado de excepción constitucional de catástrofe.

#### **B. De la declaración de alerta sanitaria.**

En cuanto a la normativa sanitaria, podría pensarse que estas facultades desplegadas de facto por el Ministerio de Salud provienen del artículo 9 y 36 del Código Sanitario. No obstante, estimamos que ello no es correcto debido a:

1. Que, el artículo 9 del CS establece la potestad reglamentaria del Ministerio de Salud (Director General) en términos restringidos pues, señala en su letra b) “dictar dentro de las atribuciones conferidas por el presente código, las órdenes y medidas...”. Esto quiere decir que, dentro del Código Sanitario, debería existir alguna norma que señale que se permite al Presidente a través del Ministerio de Salud, por orden de aquél, restringir o suspender un derecho fundamental de cierta parte de un territorio afectado por alguna epidemia, pandemia o aumento notable de otra enfermedad. Sin embargo, tal norma no existe.
2. Que, el artículo 36 del CS señala que: “Cuando una parte del territorio se viere amenazada o invadida por una epidemia o por un aumento notable de alguna enfermedad, o cuando se produjeren emergencias que signifiquen grave riesgo para la salud o la vida de los habitantes, podrá el Presidente de la República, previo informe del Servicio Nacional de Salud, otorgar al Director General facultades extraordinarias para

evitar la propagación del mal o enfrentar la emergencia”. Pero esto requiere de lo siguiente:

- A) Aumento notable de alguna enfermedad que ponga en peligro a la población, como lo es el COVID-19.
- B) Informe del Servicio Nacional de Salud, que no está disponible o derechamente no existe tal informe.
- C) Algún acto administrativo que otorgue facultades extraordinarias al Ministerio de Salud. Podría señalarse el decreto N°4 del Ministerio de Salud del año 2020, no obstante, no establece facultades extraordinarias al ministro de Salud, ni establece dentro de la enumeración de facultades alguna medida tendiente a la suspensión o restricción de derechos fundamentales.

3. Que es el mismo Presidente de la República quien es claro en señalar que estas facultades no provienen del Código Sanitario, así en una entrevista en Canal 13, un canal de noticias nacional, el 1 de diciembre del año 2020, señala que:

“Sin estado de excepción no pueden haber cuarentenas porque para restringir la libertad de una comuna o de un barrio se requiere estado de excepción”.

“La alerta sanitaria solo permite restringir la libertad de una persona que está contagiada”  
(CNN Chile, 2020)

### **C. De la potestad discrecional.**

Podría señalarse por la administración o por los tribunales de justicia que, en verdad, lo que aquí opera, es una especie de potestad inherente a la función pública que le es encomendado al Ministerio de Salud. Así lo establecería el mandato constitucional del artículo 19 N°9 de la Constitución y a su vez artículo 1 del Código Sanitario. En atención a éstas, es necesario ser dotado de amplios poderes para resguardar un derecho fundamental esencial como lo es la salubridad pública, ya que el descontrol de la salubridad produciría severos daños en la salud individual de los habitantes de la república y, en definitiva, la vida.

No obstante, no puede concluirse que los organismos públicos estén dotados de poderes ilimitados, pues podría abusarse de estas “potestades discrecionales” y llegar a un abuso del derecho o arbitrariedad, así nuestro Tribunal Constitucional en la causa Rol N°1.341-09-INA ha asentado la diferencia entre ambos conceptos.

Señala el Tribunal que discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad. En primer lugar, la discrecionalidad se ubica en el terreno de la configuración de las potestades públicas. La potestad es un poder de actuación definido es un caso de remisión legal, el ordenamiento jurídico otorga la potestad. En segundo lugar, no existen las potestades discrecionales absolutas. Más bien, en la potestad discrecional hay uno o más elementos en que existe una suerte de libertad de opción, entre alternativas equivalentes.

Indudablemente, en la discrecionalidad puede existir un margen para la arbitrariedad. Pero, señala el Tribunal, arbitrariedad y discrecionalidad son conceptos antagónicos. En la arbitrariedad hay una ausencia de razones en un determinado accionar. Por el contrario, en el actuar discrecional hay motivo, un antecedente de hecho y de derecho en que se funda, hay una justificación, con fundamentos objetivos. “La posibilidad de optar, no libera al órgano respectivo de las razones justificativas de su decisión. La determinación de esa suficiencia, consistencia y coherencia es un tema del control de la discrecionalidad” (Sentencia TC Rol N°1.341-09-INA).

Este tema es un punto problemático ya que podemos tener dos visiones antagónicas, que generan efectos contrarios:

1° Entender que el ente administrativo, ante el mandato constitucional de preservar la salud pública y con ello, puede emitir actos administrativos que restrinjan o suspendan derechos fundamentales, incluso al margen de un estado de excepción constitucional. Pero ¿qué crítica se puede formular a esto? Que las potestades vienen dadas por ley y para que haya actividad discrecional, la ley debe dotar de elementos mínimos para el ejercicio de una potestad y dar alternativas para que el ente administrativo pueda elegir entre una de ellas, para cumplir el fin público que se le ha brindado. El único mandato legal que encontramos en este caso es que, el artículo 1 del Código Sanitario (en concordancia con el artículo 19 N°9 de la Constitución), establece que “el Código Sanitario rige todas las cuestiones relacionadas con el fomento, protección y recuperación de la salud de los habitantes de la República, salvo aquellas sometidas a otras leyes” ¿basta para entender que para cumplir esos fines pueda restringir o suspender garantías fundamentales? La verdad es no se establece aquí ningún elemento que nos señale esa facultad.

2° Entender que el ente administrativo carece de estas potestades, pues, la Constitución no lo autoriza. Habría un choque normativo entre los artículos 39 de la

Constitución y 19 N°26, de la Carta Fundamental versus el artículo 9 y 36 del Código Sanitario. Además, carecería de fundamento de derecho, pues el Código Sanitario no autoriza al Ministro de Salud, y la ley 18.415 autoriza solamente al Ministro del Interior a restringir las garantías señaladas en el artículo 43 de la CPR.

### **4.3 De los vicios del procedimiento administrativo.**

Si atendemos a la normativa que rige al estado de excepción constitucional invocado, tenemos que la ley 18.415 establece los requisitos que deben tener estos actos jurídicos extraordinarios, para que nazcan válidamente a la vida del derecho. Así, el artículo 9 inciso segundo de la ley 18.415, señala que: “Las atribuciones del Presidente de la República podrán ejercerse mediante decreto supremo, exento del trámite de toma de razón firmado por el Ministro del Interior bajo la fórmula “Por Orden del Presidente de la República”. Tratándose de las atribuciones correspondientes al estado de asamblea se requerirá además la firma del Ministro de Defensa”.

¿Qué se desprende de lo anterior? Que el acto administrativo extraordinario, en razón del artículo 9 inciso segundo, debe cumplir dos requisitos:

- 1) Ser dictado como Decreto Supremo. Éste no se cumple, pues todas las resoluciones sanitarias son dictadas bajo el nombre de “resoluciones”.
- 2) Ser firmado por el Ministerio del Interior. Tampoco se cumple, pues todas las resoluciones son dictadas por el Ministro de Salud.

¿Estos vicios podrían afectar la validez del acto administrativo y, en definitiva, susceptibles de ser declarado nulos? Para esto debemos tener en atención el artículo 13 de la ley 19.880, que establece el “principio de la no formalización”. Señala la norma que, el vicio de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo. Luego, la administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afecten intereses de terceros.

Así la jurisprudencia, ha justificado el principio de conservación de los actos administrativos, basado en esta norma. Señala la Corte Suprema, en sentencia Rol N°3.412-2015, que la nulidad como remedio excepcional frente a la ilegalidad de un acto administrativo, sólo

procederá si el vicio es grave y esencial. Establece el supremo tribunal que, en virtud de este principio de conservación, en conjunto con otros principios generales del Derecho, como la confianza legítima que el acto genera, la buena fe de los terceros y el respeto de los derechos adquiridos y la seguridad jurídica es que “no cualquier irregularidad o defecto justifica la declaración de nulidad, sino cuando dicha anomalía conculque las garantías de los administrados” (Sentencia Corte Suprema Rol N°3.412-2015).

Es así como, frente a estos dos defectos de forma antes mencionados, y en atención a lo señalado al artículo 13 de la ley 19.880 y, el principio de conservación del acto administrativo, tenemos:

- 1) Que sean resoluciones sanitarias y no decretos supremos, no supone un vicio grave y esencial. Si se argumentara la nulidad de derecho público sólo en virtud de este argumento, debería desecharse por no cumplir el requisito de que el vicio invocado sea grave y esencial.
- 2) Podría discutirse que existe un vicio grave y esencial en razón a que las anomalías del acto administrativo afectan garantías de los administrados, no obstante, el hecho de que el nombre del acto administrativo sea resolución y no Decreto Supremo no afecta por sí mismo garantías a los particulares, esto generaría otro vicio de desviación de poder, abuso de poder o violación de ley por lo cual no cabría la aplicación de un vicio de forma o de procedimiento.
- 3) Por otra parte, el hecho de que la firma sea del Ministro de Salud y no Ministro del Interior, sí es un vicio de procedimiento administrativo que acarrea la nulidad de derecho público, puesto que:

A. Existe texto expreso que requiere la firma del Ministro del Interior para que el Presidente de la República ejerza válidamente sus facultades, en virtud del artículo 43 de la Constitución. Además, debe concordarse con lo ordenado por el artículo 44 de la Constitución, que señala: “Una ley orgánica constitucional regulará los estados de excepción, así como su declaración y la aplicación de las medidas legales y administrativas que procediera adoptar bajo aquéllos. Dicha ley contemplará lo estrictamente necesario para el pronto restablecimiento de la normalidad constitucional y no podrá afectar las competencias y el funcionamiento de los órganos constitucionales ni los derechos e inmunidades de sus respectivos titulares”.

Ahora cabe hacer un alcance respecto de la firma del Ministro del Interior pues:

- a. La ley 18.415 utiliza en su artículo 9, inciso segundo, la expresión “podrá”, es decir, en términos facultativos. No obstante, luego, en el mismo inciso, señala que tal decreto supremo “deberá” ser firmado por el Ministro del Interior. Esto quiere decir que no es facultativa la firma del Ministro del Interior. Es más bien necesaria, en los casos de estados de excepción constitucional de sitio, de emergencia y catástrofe. Y, en el caso de atribuciones tomadas en virtud del estado de asamblea, se “requerirá” además, la firma del Ministro de Defensa, nuevamente, esto no es facultativo.
- b. La ley 18.415, en el artículo 9 inciso primero, indica que: “El Presidente de la República delegará las facultades que le correspondan y ejercerá sus atribuciones mediante decreto supremo, exento del trámite de toma de razón”. Una primera lectura podría dar a entender que se pueden delegar sus facultades a cualquier persona. No obstante, esto no es así, debido a:

1. El estado constitucional de Catástrofe invocado tiene su propia regla de delegación de facultades, en el artículo 6 de la ley 18.415.

2. Que, realizando una interpretación sistemática de la norma, habría que concordarlo con el artículo 10, de la ley 18.415. El precepto establece la forma en que serán ejercidas las facultades que el Presidente puede delegar, pero las autoridades en quienes se puede depositar están señaladas en la propia ley.

Así, la norma al utilizar la expresión “las facultades que el Presidente de la República delegue en las autoridades que señala esta ley”, está haciendo alusión a que estas facultades no pueden entregarse a cualquier persona, sino sólo a aquellas que autoriza la ley 18.415.

Si se entendiera lo contrario, se daría el absurdo de que el presidente pudiera delegar sus facultades incluso en personas que no pertenecen a la administración pública, o a personas que, en su idoneidad para el cargo, no estén aptos para ello como, por ejemplo, tengamos a un Ministro de Cultura dictando cuarentenas, toques de queda, cierre de locales comerciales, etc.

3. Que, el acto de delegación, según el artículo 9 inciso primero de la ley 18.415 debe realizarse en virtud de un decreto supremo y tal decreto no existe.

4. Que, tampoco ha podido existir delegación de facultades desde el Presidente hacia el Ministro de Salud. Esto se debe a que, para que un superior jerárquico

delegue facultades a un funcionario inferior, deben cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 41 de la Ley General de Bases de la Administración del Estado. Entre otras cosas, la norma exige que la delegación recaiga en materias específicas y que el acto de delegación deba ser publicado o notificado, según corresponda. En los hechos, no se ha verificado el cumplimiento a esta normativa, por ende, no ha operado ningún acto válido de delegación alguna en el Ministro de Salud, pues no existe tal delegación de forma expresa, ni su publicación.

En consecuencia, que tales actos administrativos sean firmados por el Ministro de Salud y no por quien exige la ley 18.415, es decir, el Ministro del Interior, trae consigo el derecho a la desobediencia civil, a nuestro juicio, *ipso iure*, pues el artículo 35 de la Constitución señala que:

“Artículo 35.- Los reglamentos y decretos del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito”.

Es en virtud de esta norma, el artículo 9 inciso segundo de la ley 18.415, en concordancia con los artículos 44 y 35 de la Constitución Política de la República que se puede concluir que los actos administrativos emitidos por el Ministerio de Salud son susceptibles de ser declarados nulos. El hecho de que estos actos no estén firmados por el Ministro respectivo, da derecho *Ipsa Iure* a que esa orden emitida sea desobedecida.

Además, la constitución al utilizar la expresión “esencial” está señalando que, de faltar este requisito, el acto es susceptible de ser declarado nulo.

Por tanto, no puede concluirse entonces que, porque el Presidente de la República tenga una determinada facultad, esta pueda delegarla sin un acto formal a otra autoridad. No puede delegar esas facultades a cualquier Ministro, sería irrisorio tener, por ejemplo, al Ministro de Educación dictando normas sanitarias. Esto atenta contra nuestro Estado de Derecho.

## CAPÍTULO V

### LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

Este capítulo se dedicará a atacar los vicios de fondo de los actos administrativos que han afectado derechos fundamentales y así, afectado la actividad económica de los gimnasios con el fin de dar aún mayor solidez a nuestra postura, en caso de que para un tribunal no sea suficiente argumento la falta de investidura previa y regular, competencia y vicios del procedimiento administrativo de los actos del Ministerio de Salud para realizar tales restricciones a los ciudadanos.

Haremos primeramente una lectura general de qué se entiende por orden público económico, pues éste erige los parámetros del desarrollo de la actividad económica en nuestro país. Luego, se analizarán uno a uno los derechos fundamentales inconstitucionalmente afectados.

#### **5.1 Orden público económico.**

El sistema constitucional chileno, delinea un orden económico fundado sobre la autonomía privada, limitado por una orientación de aseguramiento de una vida digna para todos, dentro del bien común. En este contexto, al Estado le corresponde un rol de garante y promotor de tal orden económico, debiendo armonizar el bien común con los derechos vinculados directamente con la actividad económica, como son los derechos patrimoniales, el derecho a la libertad de realizar cualquier actividad económica, la no discriminación arbitraria del Estado y sus organismos en materia económica.

Tal conjunto de derechos, forman parte de la Constitución económica y del “orden público económico”, el cual, si bien no ha sido definido en la Constitución, fluye de diversas disposiciones de la Carta Fundamental y de su contexto dogmático y normativo.

El orden público económico, busca determinar el tipo de relaciones económicas que puedan surgir dentro del Estado, la forma de producción y distribución de las riquezas, siendo tales factores de naturaleza económica, pero también de orden público, por ende, necesariamente de carácter obligatorio, y, en consecuencia, nulas las convenciones que traten de atentar contra él. Así, el rol del Estado en esta materia es proteger determinadas relaciones económicas,

mientras algunas son queridas o impuestas por el Estado, existen también las que puedan ser libremente establecidas por los particulares.

Existe entonces, un conjunto de directrices emanadas desde el Estado, que tienen por fin, resguardar una cierta forma de llevar a cabo la economía de la nación, protegiendo o promoviendo ciertas relaciones jurídicas, vedando al mismo tiempo, otras formas de desarrollo económico.

Es en este rol que, al Estado como garante del orden público económico, le toca la tarea de elaborar un conjunto de derechos fundamentales que entreguen la pauta a la que las demás normas jurídicas deban adecuarse, para respetar dicho orden. Dichas normas, forman parte del entramado constitucional, denominado Constitución Económica.

El concepto de orden público económico, por otro lado, es más amplio que el de Constitución Económica, es decir, va más allá de los Derechos Fundamentales fijados en la constitución. En palabras de Nogueira, “es posible aterrizar el concepto de orden público económico, en una perspectiva comprensiva de sus elementos orgánicos y dogmáticos, señalando que comprende el conjunto de principios jurídicos y derechos de carácter económico social asegurados por la Carta Fundamental; las normas constitucionales y legales que organizan y determinan las relaciones económicas en sus aspectos fundamentales; las regulaciones administrativas de las actividades económicas establecidas por el Estado en ejecución de las leyes; los procedimientos obligatorios, de efectos inmediatos, imperativos para los particulares, orientados hacia un ordenamiento racional de las iniciativas y actividades en materia económicas dentro del marco constitucional, establecidos por la autoridad y tendientes al bien común; y las potestades conferidas a los órganos públicos de control, fiscalización y supervisión del cumplimiento de las disposiciones generales o especiales que regulan dichas actividades respecto de los particulares.” (Nogueira, 2010)

En tales circunstancias, el concepto de orden público económico, no se agota en las normas constitucionales, sino que se expande hacia las normas legales que lo regulan y a la potestad reglamentaria, que las pone en ejecución.

Por ende, nos encontramos en un contexto en el cual el orden público económico forma un todo armónico, desde la constitución, hasta los reglamentos de ejecución que ponen en movimiento dicho orden. Es así, que debe existir coherencia entre lo mandado desde la

Constitución, hacia lo ejecutado por los órganos públicos. Veremos, a continuación, de qué forma se ha vulnerado entonces este orden público económico, de carácter obligatorio para el Estado y los particulares, por parte de los organismos públicos, pasando a llevar los enunciados que le dan forma al concepto desde su cúspide, las normas fundamentales.

## **5.2 Del derecho a desarrollar cualquier actividad económica y garantía del artículo 19 N°26 de la Constitución.**

La libertad para desarrollar actividades económicas constituye un derecho asegurado y garantizado por la Constitución, dentro del marco del aseguramiento de la libertad e igualdad de oportunidades que consagra el ordenamiento jurídico, como, asimismo, dentro del marco de la tarea y finalidad estatal de desarrollo y preservación del bien común. (Nogueira, 2010)

Nuestro Tribunal Constitucional ha considerado que este derecho fundamental, contenido en el artículo 19, N°21 de la Constitución, es expresión del reconocimiento de la primacía de la persona humana y de su libre iniciativa para emprender y así realizar la plenitud de sus virtualidades para su propio bien y el de sus semejantes, colaborando en la promoción del bien común. Además, señala que este derecho, es consecuencia de la primacía de la persona, establecido en la Constitución en su artículo 1°, y que se reitera en su artículo 5° al imponer al Estado el deber de respetar los derechos de las personas e incluso de promover su ejercicio, a fin de que pueda, participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional (Sentencia TC-226, 3 octubre de 1995, considerandos 41 y 42). Ha expresado también, que se trata de una expresión de los contenidos filosófico-jurídicos del Capítulo 1 de la Constitución Política, y viene a ser una consecuencia del principio de subsidiariedad, como también del deber del Estado de resguardar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Entendemos, por tanto, que se trata de un derecho que no puede ser interpretado de manera aislada, debiendo ser su correcta inteligencia en un sentido sistemático y finalista del orden constitucional, en concordancia con el principio de primacía de la persona y el límite que debe respetar el Estado frente a los derechos esenciales, así como también, el deber de éste de promover la igualdad de oportunidades, esta vez, en el ámbito económico.

### **5.2.1 Contenido esencial del artículo 19 N°21, inciso primero**

Revisaremos únicamente el contenido del artículo 19 N°21 en su inciso primero, que resulta atinente a este trabajo, pues el inciso segundo se refiere a la actividad económica empresarial estatal.

La libertad de desarrollar actividad económica implica, entre otras, la libertad para emprender, la libertad de desarrollar la libre iniciativa económica privada dentro del marco jurídico constitucional, la libertad de acceder al mercado, la libertad para actuar y permanecer en el mercado y la libertad para salir del mercado, dentro del marco constitucional y las regulaciones legales dictadas conforme a la Constitución (Nogueira, 2010).

Si bien, tal libertad no es absoluta, pues tiene como límites los derechos fundamentales de los trabajadores y el bien común, veremos cómo se desarrollan y establecen tales límites.

El Tribunal Constitucional, en relación al alcance de la libertad de emprender, ha precisado que el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, significa que toda persona tiene la facultad de iniciar y mantener con libertad cualquier actividad lucrativa, bajo dos grandes condiciones: la primera, que la actividad no pueda considerarse en sí misma como ilícita, y lo son sólo las que la propia Constitución menciona genéricamente, esto es, las contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional, y la segunda, que la actividad económica a realizar se ajuste a las normas legales que la regulen. (Sentencia TC Rol 280, 20 octubre 1998, considerando 22°, concepto reiterado en Sentencia del TC, Rol N°462-2006).

Esta libertad para desarrollar actividad económica garantiza así, no solo la decisión inicial de entrar en el ámbito económico, sino que comprende también el mantenimiento, hasta que decida retirarse autónomamente de la concurrencia, de acuerdo a su propia conveniencia, en el proceso de actividad económica, respetando los límites del bien común y los derechos fundamentales.

### **5.2.2 Los límites de la libertad económica privada**

El primer alcance que se debe hacer aquí es que el estado de excepción constitucional de catástrofe no contempla la posibilidad de restringir este derecho. En razón de esto, nos remitiremos únicamente a la posibilidad de que la potestad utilizada por el Ministerio de Salud para restringir derechos fundamentales de los gimnasios a través de resoluciones sanitarias emanaría del Código Sanitario.

La actividad económica privada tiene algunos límites expresos, determinados constitucionalmente, en el artículo 19 N°21, inciso 1° de la Constitución, como son la moral, el orden público o seguridad nacional y las normas legales que la regulen.

Así, la libertad para desarrollar actividad económica debe concretarse dentro de las normas legales que la regulen, que legitiman la intervención de los poderes estatales de dirección de la economía en miras del bien común y del deber de asegurar el derecho a las personas de participar en igualdad de oportunidades en la vida nacional, según prescribe el artículo 1° de la Constitución.

Estos límites intrínsecos establecidos por los propios preceptos que regulan el derecho a desarrollar actividad económica han sido desarrollados por jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde sus primeros momentos.

Así, el Tribunal Constitucional, al analizar el vocablo “regular”, al que se refiere el artículo 19 N°21, señala que, si bien, conforme al Diccionario de la Real Academia, debe entenderse como “ajustado y conforme a reglas”, ello no podría jamás interpretarse en el sentido de que se impida el libre ejercicio del derecho. Por otra parte, señala que, si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, éstas claramente, de acuerdo al texto de la Constitución, deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo. Entender de otra forma la expresión “las normas legales que la regulen”, significaría violentar las claras normas del artículo 19° N°21, y sería también aceptar que el administrador puede regular el ejercicio de los derechos constitucionales sin estar autorizado por la Constitución (Sentencia Rol 167, 6 de abril de 1993, considerando 12).

Este mismo concepto ha sido reiterado por el Tribunal, marcando así un precedente, pues en el año 2006, en Sentencia Rol N° 467, hace uso del mismo argumento señalado en el párrafo precedente, al comenzar su considerando 27° así: “siguiendo la misma corriente, el también citado fallo rol 167 declara ...”, seguido de la transcripción del considerando 12 de la sentencia Rol 167, de 1993, ya desarrollado.

Resulta ahora, muy ilustrativo para este trabajo, analizar una importante sentencia del Tribunal Constitucional en la materia, del año 1992, sentencia Rol N°146, por la semejanza que posee con el problema jurídico que aquí desarrollamos.

Tal sentencia se pronuncia sobre un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del decreto supremo del Ministerio de Obras Públicas N°357, de 1992, presentado por un grupo de treinta diputados. El decreto supremo impugnado, establece una reglamentación para la colocación de carteles en los caminos públicos del país, señalando que para los de uso comercial, se pueden instalar dentro de la faja adyacente de 300 metros medidos desde la cerca del predio, y para los de uso propagandístico, no se pueden instalar dentro de tal faja, debiéndolo hacer más allá de esta.

Señalan, de esta forma, los requirentes que tal regulación, hace imposible la actividad económica relacionada con la publicidad en los caminos en que el predio deslinda con los caminos públicos, afectando también a los dueños de estos, pues afectaba su derecho a contratar el arrendamiento de los espacios donde regularmente se podría instalar un letrero.

De acuerdo a esto, los requirentes señalaron que el decreto infringe los números 21 y 24 del artículo 19 de la Constitución. El primero, porque se está regulando una actividad económica a través de un decreto supremo (misma hipótesis que en nuestro caso de estudio), en circunstancias que le corresponde hacerlo al legislador. El segundo, porque el Presidente de la República, a través del decreto, limita el ejercicio del derecho de propiedad de los titulares de bienes inmuebles adyacentes a los caminos públicos, lo que, de acuerdo a la norma de la Constitución, queda también sujeto a la potestad del legislador. Este segundo derecho fundamental afectado, será desarrollado en un apartado posterior.

El Tribunal Constitucional, razona en su considerando 9°, utilizando el mismo criterio señalado anteriormente, de que en caso alguno puede bajo el pretexto de regular una actividad, llegar a impedirse el ejercicio de esta. Luego, en su considerando 10°, expresa que el decreto supremo ha excedido ampliamente el campo de acción de la autoridad administrativa en esta materia, pues prohíbe el desarrollo de la actividad económica de publicidad en las fajas adyacentes de los caminos públicos.

Señala también, que, si bien es efectivo que el legislador haciendo uso de su facultad de “regular” puede establecer límites y restricciones al derecho a desarrollar cualquier actividad económica, esta facultad no le corresponde al administrador, sino que, al legislador. Así expresamente señala la Constitución en el artículo 60 (actual artículo 63), N°2, al establecer que sólo son materias de ley, las que la Constitución exija que sean reguladas por ley. Estas

atribuciones están entregadas exclusivamente al legislador, al disponer el constituyente que el derecho a desarrollar actividad económica se asegura “respetando las normas legales que la regulen”. Razona así que, para que la autoridad administrativa pueda reglamentar ciertas limitaciones al ejercicio de los derechos constitucionales, debiese estar autorizada por la Constitución, autorización que no existe en relación a esta materia en el artículo 19, N° 21, de la Carta Fundamental.

Reitera luego el Tribunal Constitucional concluyendo que, “la Constitución otorga al legislador la facultad de regular la actividad económica, atribución que no corresponde al administrador”, y “si entendemos por regulación la prohibición de hacer publicidad en las fajas adyacentes de los caminos debe concluirse que esta atribución comprende sólo a la ley y no a la norma reglamentaria”.

Luego de arribar a dichas conclusiones, el Tribunal establece que se desprende con toda claridad que el decreto supremo N°357, de 1992, se aparta de las disposiciones del artículo 19 N°21 de la Constitución, violentando, además, el inciso segundo el artículo 7° de la Constitución, por atribuirse la autoridad más facultades de lo que expresamente se le han conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Queda claro entonces, que el Tribunal Constitucional entiende que la competencia para regular, limitando o restringiendo el ejercicio del derecho, es única y exclusivamente, en nuestro ordenamiento jurídico, del legislador.

De igual forma razona Nogueira, al señalar que “la actividad reglamentaria sólo puede actuar en esta materia por remisión legislativa, especificando, complementando y ejecutando el mandato legal, sin invadir el campo de reserva legal, vale decir, únicamente puede desarrollar los aspectos específicos señalados en la remisión, sin contradecir ni exceder el mandato legal, de lo contrario se incurrirá en infracción de la Constitución por vulneración de los artículos 6° y 7° de la Constitución” (Nogueira, 2010).

Cabe reforzar nuestra postura, además, con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, en sentencia Rol N°207, de 1995, al señalar que la regulación legal de toda actividad económica y las modificaciones que se introduzcan en el futuro, deben necesariamente armonizarse con el marco fundamental y obligatorio consagrado en la Constitución. Así, “una pretendida regulación de una actividad económica debe tener presente los derechos legítimamente adquiridos por las

personas al amparo de la norma vigente al momento de su adquisición” (Sentencia TC Rol N°207, 1995).

Recalquemos que, la libertad de desarrollar actividad económica no puede ser afectada en su contenido esencial por la actividad reguladora del legislador, como ocurre con todos los demás derechos asegurados constitucionalmente, en virtud del artículo 19 N°26 de la Constitución, pues no es posible bajo el pretexto de regular un accionar privado, llegar a obstaculizar o impedir la ejecución de actos lícitos amparados por el derecho consagrado en el artículo 19 N°21 de la Carta Fundamental.

Tenemos entonces, por una parte, que si bien al regular, se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio del derecho a desarrollar actividad económica, sin que sea posible que dicha regulación se interprete en el sentido de impedir el libre ejercicio de tal derecho, y, por otra parte, que tales regulaciones deben ordenarse por ley, y no mediante normas de carácter administrativo, según subyace de los artículos 7 y 19, N°21 de la Constitución.

Es así, que el Ministerio de Salud no puede restringir el ejercicio de este derecho mediante actos administrativos. Únicamente podría haberlo hecho en la hipótesis de que se trate de reglamentos de ejecución de una ley que expresamente permita la restricción del derecho a desarrollar libremente actividad económica, y más aún, tal ley ni si quiera podría impedir totalmente ese derecho, sino únicamente regularlo, sin pasar a llevar su contenido esencial.

Por último, “corresponde al Tribunal Constitucional, a través de las diversas acciones de control de constitucionalidad preventivas y reparatoras, ponderar la armonización de este derecho con los demás derechos, como asimismo aplicar los principios de razonabilidad y de proporcionalidad respecto de las actividades legislativas reguladoras restrictivas de este derecho, como ocurre también en el derecho comparado, en Alemania, Austria, España, Francia, Italia, como también en el caso latinoamericano” (Nogueira, 2010).

### **5.3 Derecho de propiedad en cuanto a la facultad de disposición y la libertad de adquirir el dominio de toda clase de bienes**

En este apartado habrá que hacer dos distinciones. Por un lado, una línea argumentativa frente a la hipótesis en que se estime que la potestad reglamentaria del Ministerio de Salud, que afecta el derecho fundamental de propiedad, emana del Código Sanitario. Por otro lado, una

segunda línea argumentativa, en el caso en que se estime que tal facultad ha obrado en virtud del estado de excepción constitucional.

### **5.3.1 Si la facultad del Ministerio de Salud derivase de la ley.**

En esta primera hipótesis habrá una doble dimensión de afectación del derecho, por un lado, el derecho de propiedad correspondiente a los dueños de gimnasios. Luego, no podemos olvidar el derecho de propiedad de los clientes de estos gimnasios, que recae sobre el contrato de servicios que celebraron con la institución deportiva.

#### **5.3.1.1 Reserva de legalidad**

Entendemos que, en este caso, la regulación que hace el Ministerio al derecho de propiedad de los gimnasios y, en consecuencia, al derecho subjetivo de los clientes de hacer uso de tal servicio, vendría indirectamente autorizada por la constitución, a través del Código Sanitario, en cuanto permite que la ley limite la propiedad en virtud de su función social, comprendida en este caso, por la salubridad pública.

Tenemos entonces que, la Constitución respecto del derecho de propiedad, establece que puede ser limitado por las obligaciones que deriven de su función social sólo en virtud de ley común.

Así también lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia. La Constitución exige que los derechos fundamentales sólo puedan ser configurados y regulados por el legislador, “estando prohibida las limitaciones o el establecimiento de formas, condiciones y requisitos para ejercerlos establecidas por la potestad reglamentaria del gobierno y la administración” (Nogueira, 2010).

En tanto, el Tribunal Constitucional, en sentencia Rol 146, que revisamos a propósito del derecho a desarrollar actividad económica, también se pronuncia respecto al derecho de propiedad, en sentido similar. Primero, se refiere a la reserva de legalidad establecida por el artículo 19 N°24, y a que, en ningún caso, ni aun por ley, se pueda afectar la esencia del derecho, limitándolo, deduciendo que:

“[...] es evidente que los dueños de las fajas adyacentes de los caminos en su calidad de propietarios de dichos espacios sólo podrían ver afectado el ejercicio de su derecho de propiedad por normas legales y que además deriven de su función social y que no afecten la esencia del derecho de propiedad.

En el caso del decreto supremo N° 357, de 1992, del Ministerio de Obras Públicas, no se ha cumplido con estos requisitos, pues en virtud de una norma reglamentaria se ha impuesto a los dueños de las fajas adyacentes de los caminos limitaciones al ejercicio de su derecho de propiedad sobre estos terrenos.”

En igual sentido queda establecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 21, del Derecho a la Propiedad Privada, al declarar que sólo en virtud de la ley se puede subordinar el uso y goce de la propiedad al interés social, y que su privación sólo podrá ser realizada por ley, en razón de utilidad pública o interés social, con su justa indemnización. En base a lo prescrito, razona la Corte Interamericana, declarando que:

“[...] Por su parte, el artículo 5 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sólo permite a los Estados establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, “mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”. En toda y cualquier circunstancia, si la restricción o limitación afecta el derecho a la propiedad, ésta debe realizarse, además, de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 21 de la Convención Americana”. (Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, 2003,)

Revisemos entonces, cómo supuestamente estaría cumpliendo el Ministerio de Salud con esta reserva de legalidad para limitar el ejercicio del derecho de propiedad.

Al analizar la ley que se esgrime como sustento de las directrices del Ministerio de Salud, nos encontramos con un Código Sanitario que en su artículo 36 lo único que permite es, otorgar al Director General (Ministro de Salud), facultades extraordinarias para evitar la propagación del mal o enfrentar la emergencia. Se prescribe una hipótesis que malamente podríamos estimar se trata de una regulación del derecho de propiedad, establecida por el legislador. Vemos entonces aquí una transgresión explícita de los márgenes que entrega la Constitución para limitar el derecho de propiedad, pues débilmente respaldado por una supuesta facultad extraordinaria, el Ministerio estaría regulando derechos patrimoniales a través de simples reglamentos.

Luego, podemos ver un paralelo con nuestro caso, también en sentencia rol N°146 del Tribunal Constitucional, respecto al argumento de que la habilitación vendría dada por el Código Sanitario. Así, el Tribunal razona:

“Que, no cabe considerar al respecto la argumentación que se fundamenta en que sería el artículo 16 del D.F.L. N° 206, de 1960, y el artículo 104 de la ley N° 18.290 los que habrían establecido estas limitaciones al dominio.

De la sola lectura de las normas legales antes citadas resulta nítidamente que éstas no han establecido limitación alguna al dominio de los propietarios. [...] Que dicha autoridad actúe conforme al reglamento no puede significar en caso alguno que ésta se atribuya facultades que sólo corresponden a la ley, pues ello importaría conculcar no sólo el artículo 19, N° 24, de la Constitución Política, sino también su artículo 7° transcrito en el cuerpo de este fallo, y el artículo 6°, inciso primero, de la Ley Fundamental [...].”

Dejamos por establecido entonces, que en el cuerpo legal al que se ciñe la autoridad administrativa para conculcar el derecho de propiedad, no existe una configuración en sus aspectos o elementos definitorios o característicos, trazados con adecuada densidad normativa, ni cuáles son sus delimitaciones, o sobre la base de qué supuestos fácticos se torna procedente exigirla (Sentencia TC Rol N°370-2003). Todos estos elementos han sido exigidos por el Tribunal Constitucional como elemento de la reserva legal en materia de propiedad privada.

#### **5.3.1.2 “La limitación tiene sus límites”.**

Si, aun no siendo suficiente la reserva de legalidad como tope a las actuaciones del Ministerio, habrá que dilucidar entonces, hasta qué punto es legítimo que la autoridad limite este derecho. Ya bien, el artículo 19 N°24 prohíbe, en su inciso tercero, la privación de los atributos o facultades esenciales del dominio.

Bajo esta misma lógica opera el artículo 19 N°26 de la Constitución , respecto a la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales. Destacable es que, en la reforma constitucional de 1989, por ley N°18.825, se haya suprimido el inciso segundo que tenía este numeral, el cual versaba: “Se exceptúan las normas relativas a los estados de excepción constitucional y demás que la propia Constitución contempla”. Esto refuerza la idea de que, ni aún en estado de excepción constitucional, pueden afectarse los derechos fundamentales en su esencia, sin autorización expresa de la Carta Fundamental, concedida a la ley.

El tema básico aquí, es identificar y distinguir claramente los conceptos de limitación y de privación del derecho de propiedad o de alguna de sus facultades esenciales. Salvador Mohor parte de una concepción amplia de limitación como “el conjunto de normas de derecho objetivo en cuanto, sometiendo la conducta externa de los individuos a los requerimientos del orden establecido, configuran un obstáculo impuesto al desenvolvimiento espontáneo de una actividad”.

Luego, distingue tres categorías de limitaciones, de las cuales nos quedaremos con las que aplican a nuestro caso, las limitaciones funcionales, según define son aquellas “cuyos efectos se producen sobre el ejercicio del derecho, condicionándolo al cumplimiento de ciertas condiciones u obligaciones” (Mohor, 1989).

El Tribunal Constitucional, por otra parte, en sentencia de 2009 ha distinguido al acto de privación del acto regulatorio, en cuanto el primero tiene por objeto sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el segundo, “tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa...” (Sentencia TC, Rol N°1295-08-INA, seis de octubre de 2009, considerando 93°).

Podemos concluir entonces, que estamos frente a limitaciones funcionales, por cuanto el ejercicio del derecho de uso y goce de los gimnasios, está supeditado a la condición de que puedan volver a abrir cuando la “condición epidemiológica” lo permita, es decir, según se decrete el avance de paso de una comuna, de acuerdo al plan “Paso a paso”.

Entonces, si bien se trata de una limitación del derecho de propiedad, y no directamente de una privación, resulta importante revisar la gravedad de esta limitación, para verificar que no se trate realmente de una privación de las facultades esenciales del dominio, como señala el artículo 19 N°24. Es decir, las limitaciones restrictivas no pueden afectar el contenido esencial del derecho o de alguna de sus funciones esenciales: uso, goce y disposición.

El Tribunal Constitucional, ya en sentencia Rol N°43 de 1987, reiterada posteriormente (v. gr. sentencia Rol N° 9352-20), ha establecido una línea jurisprudencial, precisando que el contenido esencial de un derecho es afectado:

“[...] desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por

todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su "esencia" cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se "impide el libre ejercicio" en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entranan más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”.

Así también, en sentencia Rol N°146, el Tribunal Constitucional ha expresado que “ni aún por ley se puede afectar la esencia del derecho con medidas que impliquen reducir gravemente el derecho de uso, goce o disposición”, lo que se desprende del artículo 19 N°26.

Luego, el Tribunal Constitucional en un fallo significativo sobre la materia de indemnización de daños por afectación de algunos atributos esenciales del dominio o propiedad, ha precisado la necesidad de indemnizarlos y la inconstitucionalidad que implica afectar tales atributos esenciales del dominio de forma gratuita (Nogueira, 2010). Así, el Tribunal Constitucional determina que, si bien el Decreto Supremo impugnado en la causa “no priva totalmente de los atributos de uso y goce de la propiedad, en el hecho hace ilusorio estos atributos, de lo que resulta en la realidad una privación de ellos que causa un daño que debe ser indemnizable por la autoridad.” (Sentencia Tribunal Constitucional, roles N°245 y 246 acumulados).

Resulta interesante otro razonamiento que hace el Tribunal Constitucional en este mismo fallo, pues destaca que, si la Constitución, en su artículo 45, establece que en ciertos estados de excepción las limitaciones del dominio dan derecho a indemnización, con mayor razón deberán indemnizarse las limitaciones que se establezcan en un periodo de normalidad constitucional y que causen daño.

Esta misma lógica de indemnizar el daño causado por una limitación, debido a la afectación de un atributo esencial del dominio, es utilizada por el Tribunal Constitucional en sentencia Rol N°1141-08-INA, en su considerando vigésimo, en cuanto determina que la medida legal que debe soportar el propietario afectado sí le causa un daño, por el menor precio de un bien raíz, del cual puede seguir disponiendo, lo que haría constitucionalmente necesario que sea indemnizado, pero esa necesidad de indemnización no afecta el carácter de limitación y no de privación que se debe atribuir a la medida impuesta. Es decir, el hecho de que el afectado deba

ser indemnizado, no transforma la limitación en una privación, sin embargo, el daño debe ser resarcido igualmente.

Ahora, estableciendo de manera aún más explícita el hecho de que una limitación sea tan gravosa que afecte el contenido esencial del derecho de propiedad, en la misma sentencia Rol N°1141-08-INA, señala el Tribunal que, si el acto de regulación o de limitación afecta en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales del propietario, éste podrá argumentar que se le ha privado del dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que éste conllevaba. Se trata de lo que el derecho comparado ha denominado desde hace casi un siglo “regulaciones expropiatorias”.

Señala asimismo el Tribunal Constitucional, que la Constitución “contiene una distinción muy útil para acometer esta tarea, pues trata como equivalentes la privación de la propiedad con la de cualquiera de sus atributos y facultades esenciales”, y fundado en ello, ha estimado que “ciertas regulaciones resultan inconstitucionales por privar a los propietarios de atributos esenciales de su dominio.” (Sentencia TC Rol N°1141-08-INA).

Así, el Tribunal Constitucional ha asumido que es el daño patrimonial efectuado al particular por una regulación expropiatoria o por una expropiación que priva al propietario de una de las funciones esenciales del dominio. Este daño debe ser indemnizado cuando afecta el contenido esencial del derecho de propiedad o de alguno de sus elementos esenciales (Nogueira, 2010).

Estamos entonces frente a la misma hipótesis que en nuestro caso, en que el ejercicio de los atributos esenciales del derecho de propiedad se hace ilusorio, debido a una regulación impuesta por actos administrativos, concordando por tanto con lo prescrito por la Constitución en su artículo 19 N°26, respecto a la prohibición de privar al derecho de propiedad de alguno de estos atributos esenciales, por lo tanto, debiendo ser indemnizado.

### **5.3.2 Caso en que la potestad del Ministerio emane del estado de excepción constitucional.**

En esta hipótesis tenemos norma expresa de la Constitución, en su artículo 45°, inciso segundo, pues establece el derecho a indemnización respecto de las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad, en los estados de excepción, cuando estos “importen privación de alguno de sus atributos o facultades esenciales y con ello se cause daño”. Es curioso destacar que

este es el único caso en que la Carta Fundamental autoriza expresamente la indemnización del daño causado por limitaciones al derecho de propiedad, ya que esta indemnización no está contemplada en el artículo 19 N°24, inciso 3° para tiempos de normalidad. Sin embargo, como ya hemos revisado, tal indemnización en tiempos de normalidad sí acontece, en cuanto la limitación se transforma en una privación de los atributos esenciales que conforman el derecho de propiedad.

En este caso, existe un mandato directo del constituyente de indemnizar el daño causado por una limitación, y nos encontramos con el problema tratado en el capítulo 3 de este trabajo, pues nos encontramos con que la ley orgánica que regula los estados de excepción, número 18.415, regula la indemnización a que da lugar la limitación al ejercicio del derecho de propiedad en su artículo 17, y en el artículo 18 siguiente, exige a la autoridad que se notifique al afectado por tal limitación, cuestión que no sucede en los hechos.

Estaríamos, por tanto, frente a una limitación durante un estado de excepción constitucional que no ha sido practicada en la forma legal, ni indemnizada en la forma que manda la Constitución, siendo, por tanto, en esta hipótesis mucho más clara la transgresión legal y constitucional realizada por la administración para la afectación del derecho de propiedad.

## CONCLUSIÓN

El objetivo principal de esta investigación fue advertir la existencia de vicios de forma y fondo de actos administrativos emanados del Ministerio de Salud para prohibir el funcionamiento de gimnasios deportivos. Luego, quisimos demostrar cómo este ente administrativo se entromete en funciones propias del poder legislativo, al violar el principio de legalidad establecido en nuestra carta fundamental.

Todo esto, con el fin último de que los profesionales del área jurídica puedan abordar casos en esta materia, logrando anular estos actos. De esta manera, se lograría extender el plazo para alegar la debida indemnización de perjuicios y extender la responsabilidad del Estado por el ilícito de su actuar, o bien, buscar otras vías para poder reclamar estas indemnizaciones.

Luego, en atención al desarrollo de la investigación, se da cuenta de que uno de los móviles más importantes para demandar al Estado por parte de un gimnasio, sería lograr reabrir el mismo y buscar la reparación del daño a su actividad económica. No obstante, ante lo primero, cabe señalar que, al tiempo de entrega de esta investigación, ya no existe estado de excepción constitucional de catástrofe, por ende, un estudio acerca de un recurso de protección sería anacrónico, pues los gimnasios ya están operativos.

A pesar de lo anterior, decidimos igualmente mantener el capítulo II, con el fin de que el receptor de esta tesina tenga cuidado a la hora de argumentar en otra sede, ya que lo normal, es que los tribunales inferiores sigan la jurisprudencia establecida por los tribunales superiores de justicia. Por ello, el nivel jurídico de estas demandas debe ser de alto nivel, no dejando espacio a dudas y, en segundo lugar, en cuanto a la reparación del daño producto de cerrar los locales y mermar la fuente de ingreso de los gimnasios tenemos que:

1° Una de las vías estratégicas era plantear un juicio donde se demandará al FISCO de Chile Nulidad de Derecho Público e indemnización de perjuicios, evitando usar un lenguaje donde la indemnización de perjuicio nazca a partir del hecho ilícito del Estado necesariamente, pues, probablemente, el juez deseche la nulidad de derecho público y consecuentemente a ello, la indemnización de perjuicios.

Para afrontar esta acción con argumentos sólidos, los capítulos IV y V versan sobre los vicios en que ha incurrido el Ministerio de Salud en la dictación de estos actos administrativos,

generando, en consecuencia, daños a la industria del *fitness*. Incluso, estos capítulos podrían servir de base para fundar una acción de restitución, basado en que las multas que pudieren haberse cobrado a los gimnasios u otras personas, no se encuadran bajo la legislación vigente. En consecuencia, deben restituirse esos dineros, pues el Estado se está enriqueciendo injustificadamente, o también podrían utilizarse estos argumentos para fundar una nulidad penal, o una reclamación de multa administrativa del artículo 171 del Código Sanitario.

2° Otra de las vías estratégicas, es encuadrar la acción de indemnización de perjuicios en alguna de las hipótesis que establece la Constitución o la ley 18.415 en cuanto a la indemnización de perjuicios. Aquí debe tenerse en consideración que el plazo para interponer indemnización de perjuicios disminuye a un año, debido a lo establecido en la ley 18.415. Además, no cabría, en principio, la indemnización por daño moral o daño emergente producto de la limitación al derecho de propiedad.

Para finalizar, es necesario advertir que las facultades utilizadas por el Ministerio de Salud no emanan del Código Sanitario. Para esto demostrar esto, se realizó una sistematización de argumentos en los capítulos III y IV, respecto a por qué no cabría señalar que estos actos administrativos son válidos en razón de las normas sanitarias.

Hay que recordar que no existen potestades autoconvocadas de un órgano público so pretexto de una circunstancia extraordinaria, ya que en virtud del artículo 6 y 7 de la Constitución, nadie puede irrogarse facultades o poderes que no tiene bajo pretexto de operar una circunstancia extraordinaria.

## ANEXO

Documentos oficiales revisados obtenidos del Diario Oficial versión electrónica sistematizados en tres categorías:

- 1) **EXPRESO:** Que el acto administrativo señalado contiene una norma expresa para cerrar los gimnasios.
- 2) **TÁCITA:** Que el acto administrativo no tiene una norma expresa, pero deja vigente la o las resoluciones anteriores que sí contienen la prohibición expresa.
- 3) **LIMITA O LIBERA:** Había casos de resoluciones que establecían meras limitaciones, o pareciera ser que liberaban la prohibición de funcionamiento, pero, el instructivo de medidas sanitarias seguía con la orden de cierre de gimnasios por lo cual en la realidad nunca existió tregua para estos establecimientos.

**TABLA: SOBRE RESOLUCIONES SANITARIAS CON PROHIBICIÓN EXPRESA O TÁCITA DE FUNCIONAMIENTO DE GIMNASIOS Y OTROS SECTORES ECONÓMICOS CON AMENAZA DE MULTA EN PROCEDIMIENTO SUMARIO SANITARIO O APLICACIÓN DE UNA SANCIÓN PENAL.**

Resolución del Ministerio de Salud	Fecha de la resolución publicada en el diario oficial	Cierre o prohibición	Punto en que lo expresa
Nº200	21 de marzo de 2020	EXPRESA	Nº4
Nº203	25 de marzo de 2020	EXPRESA	Nº27,
Nº208	26 de marzo de 2020	EXPRESA	Nº27
Nº210	26 de marzo de 2020	EXPRESA	Nº27
Nº212	28 de marzo de 2020	EXPRESA	Nº27
Nº215	30 de marzo de 2020	EXPRESA	Nº27
Nº217	31 de marzo de 2020	EXPRESA	Nº27
Nº227	01 de abril de 2020	TÁCITA	Nº9
Nº236	03 de abril de 2020	TÁCITA	Nº6
Nº241	04 de abril de 2020	TÁCITA	Nº6
Nº242	06 de abril de 2020	TÁCITA	Nº12

N°244	07 de abril de 2020	TÁCITA	N°6
N°247	09 de abril de 2020	TÁCITA	N°14
N°261	14 de abril de 2020	TÁCITA	N°8
N°282	16 de abril de 2020	TÁCITA	N°7
N°289	21 de abril de 2020	TÁCITA	N°8
N°322	29 de abril de 2020	TÁCITA	N°12
N°323	30 de abril de 2020	TÁCITA	N°4
N°326	05 de mayo de 2020	TÁCITA	N°5
N°327	07 de mayo de 2020	TÁCITA	N°12
N°334	12 de mayo de 2020	TÁCITA	N°4
N°341	<b>13 de mayo de 2020</b>	<b>LIBERA SUJETO A RESTRICCIONES</b>	N°40; que deja sin efecto el capítulo VI, de la resolución N°217.
N°349	<b>15 de mayo de 2020</b>	<b>EXPRESA; extendiendo sus efectos a la resolución N°341</b>	N°1; que modifica y agrega esta cláusula a la resolución N°341
N°357	<b>20 de mayo de 2020</b>	<b>TÁCITA</b>	N°5; deja constancia que las medidas de la resolución N°341 y modificación es a esa resolución

			<b>seguirán vigentes.</b>
N°373	22 de mayo de 2020	TÁCITA	N°8
N°396	29 de mayo de 2020	TÁCITA	N°8
N°403	30 de mayo de 2020	TÁCITA	N°10
N°409	03 de junio de 2020	TÁCITA	N°6
N°417	04 de junio de 2020	TÁCITA	N°6
N°424	09 de junio de 2020	TÁCITA	N°12
N°448	11 de junio de 2020	TÁCITA	N°9
N°467	18 de junio de 2020	TÁCITA	N°8
N°477	20 de junio de 2020	TÁCITA	N°6
N°478	23 de junio de 2020	TÁCITA	N°8
N°479	26 de junio de 2020	TÁCITA	N°13
N°504	03 de julio de 2020	TÁCITA	N°9
N°520	10 de julio de 2020	TÁCITA	N°17
N°552	14 de julio de 2020	TÁCITA	N°9
N°562	17 de julio de 2020	TÁCITA	N°9
N°575	24 de julio de 2020	TÁCITA	N°9
<b>N°591</b>	<b>25 de julio de 2020</b>	<b>EXPRESA</b>	<b>N°37,38,39.40 .41; según lo implementa el plan PASO A PASO, que comienza a regir desde esta fecha.</b>
<b>N°593</b>	<b>28 de julio de 2020</b>	<b>TÁCITA</b>	<b>N°12; que deja vigente lo expuesto en la</b>

			<b>resolución N°591</b>
N°606	30 de julio de 2020	TÁCITA	N°8
N°614	01 de agosto de 2020	TÁCITA	N°9
N°616	04 de agosto de 2020	TÁCITA	N°6
N°635	07 de agosto de 2020	TÁCITA	N°12
N°668	13 de agosto de 2020	TÁCITA	N°10
N°693	21 de agosto de 2020	TÁCITA	N°13
N°697	25 de agosto de 2020	TÁCITA	N°7
N°719	28 de agosto de 2020	TÁCITA	N°11
N°723	01 de septiembre de 2020	TÁCITA	N°10
N°736	04 de septiembre de 2020	TÁCITA	N°10
N°742	11 de septiembre de 2020	TÁCITA	N°11
N°772	15 de septiembre de 2020	TÁCITA	N°6
N°777	17 de septiembre de 2020	TÁCITA	N°12
N°778	17 de septiembre de 2020	TÁCITA	N°11
N°804	25 de septiembre de 2020	TÁCITA	N°13
N°831	02 de octubre de 2020	TÁCITA	N°14
N°840	08 de octubre de 2020	TÁCITA	N°9
N°849	10 de octubre de 2020	TÁCITA	N°12
N°868	17 de octubre de 2020	TÁCITA	N°12
<b>N°869</b>	<b>17 de octubre de 2020</b>	<b>APARENTE LIBERACIÓN, con límites que indica que comienza a regir el 19 de octubre. El problema es ¿en qué fase pueden los gimnasios? Y eso venía dado por un</b>	<b>Letra d. Añádase un numeral 68 bis, a la resolución 591</b>

		<b>instructivo, no por resolución que era en FASE 5<sup>10</sup> junto con Discoteques<sup>11</sup>.</b>	
N°880	22 de octubre de 2020	LIMITA TÁCITAMENTE resolución 591, modificada por la 869, en FASE 4	N°8
N°894	24 de octubre de 2020	TÁCITA	N°14
N°930	30 de octubre de 2020	TÁCITA	N°14
N°934	05 de Noviembre de 2020	TÁCITA	N°14
<b>N°945</b>	<b>07 de Noviembre de 2020</b>	<b>LIMITA EXPRESAMENTE</b>	<b>Modifica el N°67 de la resolución 591 del M. de Salud.</b>
N°946	07 de Noviembre de 2020	TÁCITA	N°13
N°958	11 de Noviembre de 2020	TÁCITA	N°11
N°964	14 de Noviembre de 2020	TÁCITA	N°14
N°979	18 de Noviembre de 2020	TÁCITA	N°12
N°1.005	20 de Noviembre de 2020	TÁCITA	N°14
N°1.014	25 de Noviembre de 2020	TÁCITA	N°11
N°1.020	28 de Noviembre de 2020	TÁCITA	N°14
N°1.038	02 de Diciembre de 2020	TÁCITA	N°13
<b>N°1.042</b>	<b>04 de Diciembre de 2020</b>	<b>LIMITE EXPRESO</b>	<b>Modifica la resolución</b>

<sup>10</sup> [https://www.cnnchile.com/pais/gimnasios-reabren-fase-4-19-octubre\\_20201017/](https://www.cnnchile.com/pais/gimnasios-reabren-fase-4-19-octubre_20201017/). CITAN TWITTER DONDE CECILIA PEREZ JARA, en Twitter, señala que es en FASE 4 APERTURA.

<sup>11</sup> <https://oasisfm.cl/entrevistas/gimnasios-covid-19-coronavirus-apertura-pandemia-fase-3>. ENTREVISTA CON MARCELA DÍAZ. (7 meses sin ingreso).

			<b>N°591 del M. de Salud.</b>
N°1.046	05 de Diciembre de 2020	TÁCITA	N°13
N°1.057	10 de Diciembre de 2020	TÁCITA	N°12
N°1.063	12 de Diciembre de 2020	TÁCITA	N°14
N°1.094	16 de Diciembre de 2020	TÁCITA	N°13
N°1.100	19 de Diciembre de 2020	TÁCITA	N°15
N°1.106	23 de Diciembre de 2020	TÁCITA	N°14
N°1.139	30 de Diciembre de 2020	TÁCITA	N°11
N°1.154	02 de Enero de 2021	TÁCITA	N°7
N°1	04 de Enero de 2021	TÁCITA	N°11
N°16	09 de Enero de 2021	TÁCITA	N°11
N°23	13 de Enero de 2021	TÁCITA	N°11
<b>N°43</b>	<b>15 de Enero de 2021</b>	<b>EXPRESA; Solo se permite el funcionamiento de gimnasios en fase 4: Apertura Inicial</b>	<b>Capítulo V</b>
<b>N°34</b>	<b>16 de Enero de 2021</b>	<b>TÁCITA; pues deja vigente en lo dispuesto en la resolución N°43 del M. de Salud.</b>	<b>N°11</b>
N°49	20 de Enero de 2021	TÁCITA	N°11
N°57	22 de Enero de 2021	TÁCITA	N°11
N°72	27 de Enero de 2021	TÁCITA	N°10
N°95	03 de febrero de 2020	TÁCITA	N°10
N°101	06 de febrero de 2021	TÁCITA	N°11
N°134	10 de febrero de 2021	TÁCITA	N°12
N°137	13 de febrero de 2021	TÁCITA	N°11
N°141	16 de febrero de 2021	TÁCITA	N°11

N°152	20 de febrero de 2021	TÁCITA	N°13
N°167	25 de febrero de 2021	<b>PERMITE APERTURA EN FASE 2<sup>12</sup>. Pero nótese que luego poco a poco, van decretando cuarentenas hasta dejar al país casi al 93% en fase 1.</b>	<b>Modifica resolución N°43, del Ministerio de Salud. Prohibición de funcionar en fase 1.</b>
N°271	20 de marzo de 2021	RETROCEDE A FASE 1 BÁSICAMENTE TODO VALPARAÍSO	Y la prohibición es en fase 2 (a esta altura el 75% del país app; estaba en fase 1.
N°414	30 de abril de 2020	<b>EXPRESA<sup>13</sup>, en concordancia con el instructivo versión 5 de gimnasios. Podrán funcionar en FASE 4.</b>	<b>Los gimnasios no podrán funcionar en espacios cerrados.”. N°66. Modifica la resolución n°43 año 2021</b>
N°430	06 de mayo de 2021	TÁCITA	N°12
N°438	08 de mayo de 2021	TÁCITA	N°12

<sup>12</sup> <https://www.duna.cl/noticias/2021/02/23/apertura-de-gimnasios-en-fase-2-estas-son-las-medidas-sanitarias-para-funcionar-en-transicion/>

<sup>13</sup> <https://lanoticiaonline.cl/deporte/los-gimnasios-no-pueden-abrir-en-fase-de-transicion/>

Nº442	13 de mayo de 2021	TÁCITA; aquí prácticamente la V región está en fase 2	Nº14
Nº446	14 de mayo de 2021	TÁCITA	Nº14
Nº481	19 de mayo de 2021	TÁCITA	Nº15
Nº483	22 de mayo de 2021	TÁCITA	Nº12
Nº485	26 de mayo de 2021	TÁCITA	Nº12
Nº497	29 de mayo de 2021	TÁCITA	Nº12
Nº498	03 de junio de 2021	TÁCITA	Nº11
Nº527	04 de junio de 2021	TÁCITA	Nº14
Nº543	10 de junio de 2021	TÁCITA	Nº11
Nº554	12 de junio de 2021	TÁCITA	Nº11

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

- García de Enterría, Eduardo. Fernández, Tomás Ramón (1996). Curso de Derecho administrativo (7ª edición, reimpresión, Madrid, Civitas).
- Barrientos, Francisca y otros. (2013). LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES. COMENTARIOS A LA LEY DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES. Thomson Reuters.
- Nogueira A., Humberto, “Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales Tomo 4. Constitución económica, derechos patrimoniales, amparo económico y derecho a un medio ambiente libre de contaminación.”, primera edición, agosto de 2010.

### ARTÍCULOS

- Pantoja, Rolando (1964): DERECHO ADMINISTRATIVO. Reflexiones sobre la competencia judicial en materia contencioso-administrativa de anulación.
- Farrán, Ángelo (2017): LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN CHILE: UN ANÁLISIS EN RETROSPECTIVA.
- Medellín Urquiaga, X., 2019: Principio Pro-Persona: Una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos. Estudios Constitucionales, pp. 397-440.
- Pinto, M., 1997. El principio pro homine: Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En: La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Argentina: Editores del Puerto, pp. 163-172.
- Sagüés, N., 2010: Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad. Estudios Constitucionales, pp. 117-136.
- Dávila, Mireya. Soto, Ximena. 2011: ¿De qué se habla cuándo se habla de políticas públicas? Estado de la discusión y actores en el Chile del bicentenario. Estado, Gobierno, Gestión Pública. Revista Chilena de Administración Pública.
- Gutiérrez, Yahel. Cáceres, Marcela (2020). Impacto de la pandemia de COVID-19 en la industria de los gimnasios en Chile. Biblioteca del Congreso Nacional.

Ferrada, Juan Carlos (2011). Los procesos administrativos en el Derecho chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI.

Jorquera, María. Vergara, Francisca. (2019). CARGA DE LA PRUEBA EN LAS ACCIONES CONTENCIOSAS ADMINISTRATIVAS. Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para optar al de Licenciada en Ciencias Jurídicas.

Mohor A., Salvador, “Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización”, en Revista Chilena de Derecho, Volumen 16 N°2, julio-agosto de 1989, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1989, pág. [283]-308.

## **JURISPRUDENCIA**

Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N°49-2021 confirmada por la Corte Suprema Rol N°5280-2021.

Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel Rol N°3463-2021 confirmada por la Corte Suprema Rol N°39.712-2021.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N°30.382-2021 confirmada por la Corte Suprema Rol N°42.959-2021.

Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción Rol N°231-2020 confirmada por la Corte Suprema Rol N°112-513-2020.

Sentencia Tribunal Constitucional Rol N°2826-2015-CAA.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N°4330 del año 2005.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N°5972 del año 2007.

Sentencia Causa Rol N° 6546/2012 Corte Suprema, Sala Tercera (Constitucional) (2012).

Sentencia Tribunal Constitucional sobre Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad. Rol N°1.341-09-INA. Considerando Decimocuarto.

Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema Rol N°3.412-2015. Considerando Cuarto.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, 28 de febrero de 2003, serie e N°98

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 43-1987.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 146-1992.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 207-1995.

Sentencia del Tribunal Constitucional, roles N° 245 y 246 acumulados, de 2 de diciembre de 1996, párrafos 38-42.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 280-1998, considerando 22°,

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 370-2003 Considerando 31°

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 467-2006.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°1141-08-INA, diecisiete de marzo de 2009, párrafos 19° y 20°.

## LINKS

Definición de Auto-Acordado del Diccionario Prehispánico del Español Jurídico. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/auto-acordado>

Entrevista Sebastián Piñera acerca de extensión de Cuarentena. CNN Chile. Disponible en: [https://www.cnnchile.com/pais/presidente-pinera-estado-excepcion-cuarentenas\\_20201201/?fbclid=IwAR2rWFnsL5VGhoaD2NSRsXAjV7INl36IgAPtV5E4B-fe5RImhDrmaBZvJJM](https://www.cnnchile.com/pais/presidente-pinera-estado-excepcion-cuarentenas_20201201/?fbclid=IwAR2rWFnsL5VGhoaD2NSRsXAjV7INl36IgAPtV5E4B-fe5RImhDrmaBZvJJM)

Noticia acerca de apertura de gimnasios en fase 4, CNN Chile en Twitter. Disponible en: [https://www.cnnchile.com/pais/gimnasios-reabren-fase-4-19-octubre\\_20201017/.](https://www.cnnchile.com/pais/gimnasios-reabren-fase-4-19-octubre_20201017/)

Entrevista con Marcela Díaz. Asociación de Gimnasios de Chile: "Pedimos que nos dejen abrir en fase 3". Disponible en: [https://oasisfm.cl/entrevistas/gimnasios-covid-19-coronavirus-apertura-pandemia-fase-3.](https://oasisfm.cl/entrevistas/gimnasios-covid-19-coronavirus-apertura-pandemia-fase-3)

Noticia acerca de cómo funcionarían los gimnasios en transición, fase 2. Disponible en:  
<https://www.duna.cl/noticias/2021/02/23/apertura-de-gimnasios-en-fase-2-estas-son-las-medidas-sanitarias-para-funcionar-en-transicion/>

Noticia acerca de que los gimnasios no podrán operar en fase de transición, fase 2. Disponible en:  
<https://lanoticiaonline.cl/deporte/los-gimnasios-no-pueden-abrir-en-fase-de-transicion>