

ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO
2024
UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES

FACULTAD
DE DERECHO



EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO**

2024

**UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2024

© VV. AA., 2024

© Ediciones Universidad Diego Portales, 2024

Primera edición: noviembre de 2025

ISBN 978-956-314-643-1

Universidad Diego Portales

Dirección de Publicaciones

Av. Manuel Rodríguez Sur 415

Teléfono (56 2) 2676 2136

Santiago – Chile

www.ediciones.udp.cl

Edición: Domingo Lovera

Corrección y estilo: Lorena Sánchez García

Diseño: Mg estudio

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2024 UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

DIRECTORES

Domingo Lovera
Reynaldo Lam

COMITÉ EDITORIAL

Lidia Casas Becerra
Javier Couso Salas
Jorge Correa Sutil
Rodolfo Figueroa García-Huidobro
Matías Guilloff Titun
Dominique Hervé Espejo
Domingo Lovera Parmo
Judith Schönsteiner



EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

ÍNDICE

Presentación	11
DERECHO CONSTITUCIONAL	15
<i>Claudia Heiss</i> , “A 20 años de la reforma constitucional de 2005: una mirada desde la ciencia política”	17
<i>Gustavo Poblete Espíndola</i> , “La responsabilidad del Estado por actuaciones policiales”	25
<i>Angélica Torres Figueroa</i> , “Fuerzas Armadas y control del orden público”	43
<i>Gabriel Acuña Valencia</i> , “Reflexiones sobre el Gobierno Judicial y posibles cambios a un nivel comparado”	55
<i>José Francisco García</i> , “Presidencialismo expansivo. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Rol 15.180-2024”	77
<i>Danitza Pérez Cáceres</i> , “La educación no sexista en la Ley integral contra la violencia: comentarios a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional del 08 de abril de 2024”	99

DERECHO ADMINISTRATIVO	115
<i>Guillermo Jiménez, “El nuevo sistema de contratación pública”</i>	117
<i>Vicente Bustos Sánchez y Sebastián Winter Del Bosco, “Crónica de un león sin dientes. Las paradojas de la potestad sancionadora en la trayectoria del Servicio Nacional del Consumidor”</i>	139
<i>Ignacio Peralta, “La acción de protección y la desprotección de la salud: el caso de los remedios de alto costo”</i>	163
DERECHO AMBIENTAL	183
<i>Claudio Sebastián Tapia Alvial, “El nuevo derecho penal ambiental económico: riesgos, nudos y desafíos”</i>	185
<i>Paloma Infante Mujica, “Novedades y desafíos de la Ley para la Naturaleza-SBAP para la conservación de la biodiversidad en Chile”</i>	205
<i>Juan Pablo Leppe Guzmán, “El caso ‘Asociación de municipios del lago Llanquihue con Servicio de Evaluación Ambiental Región de Los Lagos’”</i>	225

DERECHO TRIBUTARIO**241**

Martín Vila, “Al finalizar la vigencia de la Ley I+D. Una evaluación necesaria”

243

Rodrigo Rojas Palma, “¿Cuál es el tratamiento tributario de la explotación del litio en Chile? Un análisis a la luz de recientes Fallos Judiciales”

265

Sergio Alburquenque, “ ‘Prácticas patológicas’ del Servicio de Impuestos Internos: a propósito de la sentencia del tribunal constitucional Rol 14.252-23-INA, de 16 de enero de 2024”

283

Bárbara Vidaurre Miller, “¿Al fin paz, o sólo una pausa? Aplicación del impuesto municipal a las inversiones pasivas. Revisión de fallo de la Corte Suprema, en causa Rol 137.873-2022 de junio 2024, y su relación con el principio constitucional de la legalidad de los tributos”

299

CÁTEDRA HUNEEUS**309**

Cheryl Saunders, “Reflections on Constitution making in Chile, 2019-2023”

311

PRESENTACIÓN

El Derecho Público continúa siendo un terreno fértil en el panorama nacional. A pesar de haber concluido, ya hace un tiempo, dos procesos constituyentes, son muchos los temas de análisis que, desde la academia o la experiencia constitucional vivida, pueden y deben ser valorados. Por ello, la presente edición del Anuario de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales —la número 13, para ser precisos— continúa siendo un espacio para reflexionar sobre los principales acontecimientos sociales, políticos y económicos que presentan una mirada *iuspublicista* en Chile.

El debate nacional, desde el ordenamiento jurídico y con la Constitución Política de 1980 vigente, debe enfrentar las problemáticas acuciantes de la sociedad chilena y ofrecer soluciones jurídicas a tono con sus necesidades actuales. De esta manera, este número reúne a académicas y académicos nacionales e internacionales, con el objetivo de contribuir a una reflexión sobre los retos que continúa dejando el texto constitucional, luego de dos intentos de redefinir sus bases y preceptos.

De este modo, la obra que se presenta se divide en cinco secciones que incorporan debates dogmáticos o jurisprudenciales desde el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Ambiental y, por primera vez en las ediciones de este Anuario, el Derecho Tributario. Estos, a tono con la misión editorial de este proyecto, son redactados desde un lenguaje claro y sencillo para, ojalá, servir como una plataforma de divulgación y conocimientos para la ciudadanía y para la política pública.

La sección de Derecho Constitucional se abre con un trabajo en el que se conmemoran, críticamente, los 20 años de la importante reforma constitucional de 2005. Enseguida, se incluyen trabajos que estudian temas relativos al rol de la Fuerzas Armadas en el control del orden público o la responsabilidad del Estado por la actuación de las policías. Asimismo, se ofrecen análisis jurisprudenciales asociados a la Ley Integral contra la violencia o la llamada “Ley Corta de Isapres”, esta última con una reflexión sobre la interacción entre los poderes en el campo legislativo entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional. Por último,

una mirada nacional y comparada a los problemas de independencia e imparcialidad que presenta el Poder Judicial de Chile.

Como parte de las contribuciones en temas de Derecho Administrativo, sus autores escriben sobre la potestad sancionadora en el Servicio Nacional del Consumidor, la contratación pública a la luz de la reforma de la Ley de Compras Públicas y la línea jurisprudencial que concede acceso a remedios de alto costo tras la interposición de acciones de protección.

Desde la sección de Derecho Ambiental se ofrecen textos que analizan las consecuencias que la Ley de Delitos Económicos desencadena con la modificación de ilícitos que protegen el medio ambiente como bien jurídico. Igualmente, los principales desafíos que afronta la reciente implementación de la Ley N° 21.600, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas y una mirada jurisprudencial a casos de actualidad nacional en materia ambiental.

En la sección de Derecho Tributario —como hemos dicho, esta es la primera edición del Anuario en la que hemos incluido una sección destinada, específicamente, al análisis tributario constitucional—, se reúnen autores y autoras para debatir sobre líneas jurisprudenciales que interpretan sobre el cobro de los tributos, las disfunciones en la práctica administrativa del Servicio de Impuestos Internos y los efectos del litio en la tributación minera. Por otro lado, se conversa sobre un estudio nacional y comparado sobre los incentivos tributarios en la investigación y desarrollo, otorgado por la Ley 20.241 de 2008.

Por último, en la sección reservada para la Cátedra de Derecho Constitucional, Jorge Huneeus Zegers, contamos con la contribución de la abogada y académica australiana Cheryl Saunders, expresidenta de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional y profesora emérita de la Universidad de Melbourne. La profesora Saunders nos ofrece un interesante trabajo en el que reflexiona sobre las experiencias que dejan los dos procesos constitucionales vividos en el país, las que sitúa —incluso extrayendo lecciones— en la experiencia global de creación constitucional.

Como en todas sus ediciones pasadas, este Anuario no sería posible sin la colaboración de su comité editorial, cuyos integrantes sugieren temas a tratar, así como posibles autores y autoras. Estas últimas, a su turno, son en quienes descansa esta edición. Ellos y ellas ofrecen gentilmente sus trabajos y reflexiones, las que hacen posible, año a año, un nuevo número. La dirección del Anuario de Derecho Público y la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales les transmiten su agradecimiento por acceder a la invitación y formar parte de este proyecto.

Además, como es tradición en esta publicación, la autoría de los artículos que se ofrecen para la lectura responde a la intención de cuidar una adecuada equidad de género.

Por último, la edición de estilo de este número estuvo a cargo de Lorena Sánchez García, quien con su agudeza y celeridad hizo posible que esta versión viera la luz mucho antes de lo previsto.

Sin más, nos complace invitarles a la lectura de sus diversos textos y a su reflexión, ya que los mismos se presentan con la finalidad de contribuir a la formación, a la cultura jurídica y a la discusión pública en el derecho público nacional.

Domingo Lovera

Reynaldo Lam

Directores del Anuario de Derecho Público

Santiago, septiembre de 2025.

DERECHO ADMINISTRATIVO

LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y LA DESPROTECCIÓN DE LA SALUD: EL CASO DE LOS REMEDIOS DE ALTO COSTO

*Ignacio Peralta*¹

Resumen

El texto examina críticamente la línea jurisprudencial que concede acceso a remedios de alto costo tras la interposición de acciones de protección. Para ello, primero, repasa un caso reciente en el cual la Corte Suprema ordenó entregar un remedio de alto costo a una persona que había recibido negativas del Fondo Nacional de Salud y del Ministerio de Salud. Segundo, explica que, en general, los tribunales deberían tener cuidado al intervenir en políticas públicas, pues carecen de legitimación democrática y tienen información insuficiente. Tercero, explica cómo dicho problema es agudizado por la acción de protección, ya que es un procedimiento que se aplica de manera expansiva y opera en márgenes estrechos. Cuarto, explica cuál es la lógica que predomina en las acciones de protección, la que suele ignorar el impacto que tienen las sentencias en el desarrollo de políticas públicas. Quinto, ofrece una reinterpretación en clave minimalista de la acción de protección que busca hacerse cargo de algunos problemas esbozados.

1. ¿La Corte Suprema al rescate?

Al momento de escribir estas líneas no ha pasado siquiera un año desde la destitución de Sergio Muñoz de la Corte Suprema. A Muñoz, cuando era ministro, se le atribuían varias líneas jurisprudenciales polémicas. Entre estas, la referida a la

¹ Abogado de la Universidad de Chile. Investigador del Centro Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez. Correo electrónico: iperalta@gmail.com. El autor agradece a Tomás Izquierdo, Sofía Abuhadba, Domingo Lovera y Alejandra Zúñiga por comentarios que enriquecieron este trabajo.

provisión de remedios de alto costo vía acción de protección. Ante críticas por los costos financieros que irrogaban dichos fallos, en su momento, Muñoz proclamó: “[entonces] que deroguen la garantía al derecho a la vida y pongan que lo más importante son las finanzas públicas”.²

Se podría haber pensado que tras su partida dicha línea jurisprudencial habría sido abandonada. Eso no ocurrió. Por esto, busco analizar el razonamiento detrás de esta línea jurisprudencial a partir de un caso recientemente resuelto por la Corte Suprema, para así esbozar algunas consideraciones generales. El caso en cuestión,³ fallado por la Corte Suprema el 2 de julio de 2025, involucraba a una persona de 42 años que padecía del síndrome de hiperquilomicronemia familiar. Dicha persona interpuso una acción de protección en contra del Fondo Nacional de Salud (Fonasa), y del Ministerio de Salud (MINSAL), por haber denegado el financiamiento del medicamento Waylivra, el cual fue prescrito por su médico tratante. El financiamiento del remedio, según consta en la sentencia, tendría un valor anual de 888 millones de pesos chilenos. Mientras Fonasa denegó explícitamente su financiamiento, el MINSAL no respondió la solicitud de financiamiento, lo que se interpretó como una negativa implícita. Ante la negativa de estos organismos públicos, se presentó una acción de protección, una acción cautelar de emergencia consagrada en la Constitución Política de Chile,⁴ cuya función es asegurar el respeto y vigencia de cierta parte del catálogo de derechos fundamentales consagrados en la Constitución.⁵ Acudiendo a un conjunto de ideas que, al menos desde 2018, ha cobrado fuerza en Chile,⁶ los representantes arguyeron que, al omitir proveer ese remedio, se estaba vulnerando arbitrariamente su derecho

2 Colegio de Abogados de Chile, “Si no, que deroguen la garantía al derecho a la vida y pongan que lo más importante son las finanzas públicas”, 17 de diciembre de 2018.

3 Corte Suprema, Rol 21.815-2025, 02-07-2025. La reconstrucción del caso es realizada a partir de lo reseñado en la sentencia recién mencionada, y de lo reseñado en Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 25.243-2024, 09-05-2025.

4 Art. 20.

5 Art. 19.

6 Su evolución es explicada en Martínez Estay, José Ignacio y Poyanco Bugueño, Rodrigo Andrés, “El derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre medicamentos de alto costo”, en Estudios Constitucionales, vol. 20, N°2, (Universidad de Talca), 2022, pp. 18-26. Su fórmula general es la siguiente: “una persona recurre de protección reclamando por la negativa de los servicios públicos de salud a financiar medicamentos de alto costo, en situaciones de enfermedades poco usuales. La denegación se funda en la inexistencia de un respaldo legal o de fondos públicos asignados que permitan dicho financiamiento. Frente a esto, los tribunales consideran que la decisión impugnada judicialmente pone en peligro, de manera arbitraria, la vida o la integridad física de los recurrentes, porque se basa en fundamentos exclusivamente económicos, por lo que debe ser dejada sin efecto, y ordenan la entrega del medicamento o tratamiento solicitado”. Martínez Estay, José Ignacio y Poyanco Bugueño, Rodrigo Andrés, op. cit., pp. 18-19.

fundamental a la vida⁷ y la igualdad ante la ley⁸ dado que dicho remedio constituiría la única alternativa para detener el progreso de su enfermedad potencialmente mortal.

Frente a ello, el MINSAL señaló en su informe que debía velar por una distribución adecuada y armónica de los recursos públicos asignados anualmente en la ley de presupuestos, lo que supone una distribución priorizada de recursos subordinada a criterios objetivos y técnicos concordantes con la evidencia científica existente sobre el beneficio para la sobrevida o calidad de vida de las personas. Además, señaló que la judicatura, al realizar una interpretación de carácter individual sin atender los criterios objetivos y técnicos de la autoridad sanitaria, obliga al sistema público a destinar recursos no previstos para ese fin, distorsionando la planificación sanitaria. Agregó que no había un actuar ilegal o arbitrario, ya que se había limitado a actuar según la normativa aplicable, la cual le ha otorgado a la autoridad sanitaria la atribución de evaluar los diagnósticos y tratamientos cubiertos por el sistema. Por su parte, Fonasa señaló que, desde el año 2015, con la publicación de la Ley N°20.850, el Estado estableció un procedimiento reglado para cubrir financieramente medicamentos de alto costo que sean efectivos, según ciertos protocolos, garantizando accesibilidad en condiciones de calidad y eficiencia. Agregó que este procedimiento es transparente, público y participativo, para evitar arbitrariedades en las decisiones de política pública. Añadió que el remedio en cuestión no tenía cobertura porque no superó los criterios objetivos establecidos en el procedimiento legalmente creado: así, no habría una decisión arbitraria.

Al enfrentarse a dichos argumentos, la Corte de Apelaciones, en su sentencia de fecha 9 de mayo de 2025, señaló que la falta de cobertura del medicamento “no obedece a un capricho infundado sino que responde a que el tratamiento en comento no ha sido capaz de pasar los criterios objetivos establecidos en un procedimiento previamente creado, el que cuenta con etapas sucesivas que, precisamente, buscan eliminar todo tipo de arbitrariedad en la toma de decisiones

7 Art. 19 N°1. El argumento se focaliza en el derecho a la vida, y no en el derecho a la salud, pues “en Chile los aspectos prestacionales del derecho a la salud no están expresamente cubiertos por el recurso de protección, [por lo que] se han intentado vías de judicialización alternativas. La más utilizada ha sido argumentar que la denegación de tratamientos médicos o medicamentos no sólo infringe el derecho a la salud, sino que también el derecho a la vida o a la integridad física reconocidos en el N.º 1 del art. 19 de la Constitución, que sí están protegidos por la referida acción constitucional” (Martínez Estay, José Ignacio y Poyanco Bugueño, Rodrigo Andrés, op. cit., p. 13). Sobre el debate respecto a la conexión entre el derecho a la vida y el derecho a la salud, ver Zúñiga, Alejandra, “El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: una relación necesaria”, en Estudios Constitucionales, vol 9, N° 1, (Universidad de Talca), 2011, pp. 37-64.

8 Art. 19 N°2.

de política pública en materia de financiamiento de tratamientos de alto costo”⁹. Agregó que “no puede predicarse que el Ministerio de Salud o Fonasa cometieran un acto ilegal o arbitrario, pues han actuado dentro de sus estrictas facultades y siempre justificando con razones válidas su proceder”.¹⁰ Por ello, rechazó el recurso y denegó acceso al remedio.

Esta decisión fue luego revocada en segunda instancia por la Corte Suprema. Para llegar a su decisión, la Corte recalcó que el inciso cuarto del artículo 1 de la Constitución señala que el Estado “está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional, su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.¹¹ Además, señaló que las consideraciones administrativas y económicas “no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico (...) que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por la recurrida”.¹² Con base en esto, resaltó que, con la negativa a dar el remedio, el Estado “ha incurrido en un acto arbitrario que amenaza una garantía fundamental (...) y, en tal virtud, procede que se adopten las medidas necesarias para asegurar el pleno ejercicio de la garantía conculcada”.¹³ No obstante, la Corte acotó que dicha decisión “no alcanza ni define, de modo alguno, la implementación y diseño de políticas públicas, pues tal labor excede las facultades de esta Corte y corresponde, en propiedad, a una función de otros órganos del Estado”.¹⁴

El hecho de que amerite tan poco análisis por parte de la Corte Suprema el pago de dicho medicamento probablemente será catalogado por algunos como una demostración de la majestad del Estado de Derecho: se habría demostrado que, por muy costoso que fuera un remedio, esto, ante el derecho a la vida, sería irrelevante. A fin de cuentas, los derechos fundamentales, protegidos en nuestra Carta Magna, tienen valor, no precio. Con todo, hay razones para ser más escépticos, como intentaré mostrar en lo que sigue.

9 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 25.243-2024, 09-05-2025, C° 8.

10 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 25.243-2024, 09-05-2025, C° 9.

11 Corte Suprema, Rol 21.815-2025, 02-07-2025, C°6.

12 Corte Suprema, Rol 21.815-2025, 02-07-2025, C° 7.

13 Corte Suprema, Rol 21.815-2025, 02-07-2025, C° 10.

14 Corte Suprema, Rol 21.815-2025, 02-07-2025, C° 11.

2. El diseño de políticas públicas y la acción de protección

Para explicar la relación entre la acción de protección y el diseño de políticas públicas, procederé en dos pasos. Primero, expondré por qué los tribunales *en general* no están capacitados para diseñar o ejecutar políticas públicas debido a su estructura. Segundo, expondré cómo estos problemas generales son magnificados por el diseño de la acción de protección.

Es muy común escuchar reclamos cuando un tribunal (sea este ordinario o especial) toma decisiones que modifican la voluntad del legislador. También es común (si bien menos) escuchar reclamos en contra de tribunales que toman determinaciones que se inmiscuyen en decisiones de la administración. Esto se debe, a grandes rasgos, a que el poder judicial tiene menos legitimación democrática que estos otros poderes del Estado, y a que no está institucionalmente capacitado para diseñar políticas públicas, ya que carece de *expertise* e información relevante.

Lo primero es fácil de explicar. En Chile, tanto el poder ejecutivo como legislativo, a diferencia del judicial, cuentan con legitimación democrática directa: son electos por los ciudadanos.

Lo segundo amerita una explicación algo más larga. Para desarrollarla, partiré de la premisa de que la forma en que se distribuyen los recursos públicos (entre ellos, los que financian remedios) debe obedecer a una política pública de alcance general. Bajo esta premisa, argumentaré que los tribunales son incapaces de desempeñar adecuadamente la función de diseñar políticas públicas, pues no están estructurados para eso (asumiré que la capacidad de una institución de desempeñar cierta función depende de su estructura¹⁵). Esto, pues existen dos contradicciones entre la función de crear políticas públicas y la estructura judicial. Primero, una contradicción entre la función de generar políticas públicas de alcance general desde una mirada prospectiva y la estructura judicial, que impone una mirada particular y retrospectiva. Segundo, una contradicción entre la función política de crear políticas públicas y la independencia judicial.

Primero, el diseño de una política pública se caracteriza por el despliegue de una visión prospectiva respecto a cómo configurar la sociedad. Pero los tribunales no pueden realizar aquello adecuadamente, pues lo propio del ejercicio de la jurisdicción es la atención al caso particular, lo que es incompatible con la comprensión de este como una oportunidad para avanzar alguna

15 Atria, Fernando, "Legislación, Jurisdicción, Administración", en Atria, Fernando, Correa, Rodrigo; y López, Julián (dir.), *Una vida en la Universidad de Chile: Celebrando al profesor Antonio Bascañán Valdés*, (Thomson Reuters), 2013, p. 149.

finalidad (cuestión propia de la Administración).¹⁶ Así, lo que caracteriza a los tribunales es una mirada retrospectiva sobre ciertos hechos particulares que llegan a su atención a partir de un caso litigioso. Por esto, los casos que se presentan ante los tribunales y la evidencia y argumentos que son necesarios para llegar a una decisión dependen de los litigantes, no del tribunal que conoce del caso. En tal medida, el único dato objetivo con que cuenta el Tribunal para asumir la existencia de una carencia social es la presentación de una acción judicial.¹⁷

Esto trae serios problemas. En primer lugar, impide un desarrollo racional de una política pública, porque las normas que emiten una corte no dependen de una evaluación racional de qué política pública es la más adecuada, sino de los casos que lleguen a ellas (suceso mucho más azaroso). Y esto no es algo incidental a la judicatura, sino que se relaciona con un rasgo que es inherente a ella: sólo puede actuar a solicitud de parte, no puede actuar *a motu proprio*.

En segundo lugar, y de manera derivada de lo anterior, esto lleva a situaciones de discriminación arbitraria. Lo anterior, ya que si una persona recibe una prestación social va a depender de si decide (o tiene recursos para¹⁸) acudir a una Corte, y no de si objetivamente cae dentro de la hipótesis que la hace merecedora de una determinada prestación considerando la definición de política pública adoptada.¹⁹ Y esto no es una preocupación meramente teórica, pues algunos estudios han mostrado que la litigación en torno a prestaciones sociales ha llevado a estados de cosas regresivos por cuanto quienes más presentan acciones judiciales son las clases medias en desmedro de las clases bajas.²⁰

16 Atria, Fernando, “Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, vol. 5, (Universidad de Chile), 2004, p. 136.

17 Martínez Estay, José Ignacio y Poyanco Bugueño, Rodrigo Andrés, op. cit., p. 27.

18 Por ello, Bordalí señala que la acción de protección es elitista, pues para llegar a litigar en segunda instancia “sólo pueden apelar y sustentar adecuadamente su defensa ante la Corte Suprema quienes tengan los medios económicos para hacerlo, para el resto, el acceso a la justicia sólo es un *flatus vocis*”. Ver Bordalí, Andrés, “El recurso de protección chileno al banquillo”, en *IUS (Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.)*, vol. V, N° 27, 2011, p. 64. Asimismo, se señala que la presentación del recurso “no dice relación tanto con la gravedad del problema de salud del recurrente, como con su posibilidad de recurrir a la justicia, cuestión enteramente distinta y que favorece a quienes tienen el capital económico o cultural para litigar”, Martínez Estay, José Ignacio y Poyanco Bugueño, Rodrigo Andrés, op. cit., p. 27.

19 En tal medida, uno de los principales problemas de esta jurisprudencia es la casuística, en cuanto ella ha creado un derecho individualísimo a obtener las mejores prestaciones de salud, con cargo a fondos públicos, en exclusivo favor de quienes litigan, y cuyo éxito en estrados puede significar un perjuicio para todos los demás usuarios del sistema público de salud que no litigan. Martínez Estay, José Ignacio y Poyanco Bugueño, Rodrigo Andrés, op. cit., p. 28.

20 Respecto del caso de Brasil, ver Motta, Octavio, “Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil”, en *Texas Law Review*, vol. 89, (University of Texas School of Law), 2011, pp. 1643-1668.

En tercer lugar, la información que tienen los tribunales para tomar decisiones es escasa porque, como veíamos, sólo conocen los casos que efectivamente llegan a su conocimiento. Y aquí, ni siquiera es el caso que se pueda acumular todo el conocimiento de los diversos casos conocidos por distintos tribunales. Esto, por cuanto los tribunales no son independientes solamente en el sentido de que no están sometidos a otros poderes del Estado. Además, los tribunales son independientes entre sí, por lo que no tienen por qué actuar coordinadamente (esto es conocido como “independencia interna”). Esto es relevante, pues para tomar decisiones adecuadas sobre políticas públicas de alcance general es necesario tener información vasta y una perspectiva que abarque toda la problemática social a ser enfrentada. Esto es importante, pues las políticas sociales apuntan a soluciones estructurales, que no se refieren a casos concretos, sino a problemas que afectan a toda la comunidad.²¹

Esto lleva a problemas, pues, cuando distintos jueces actúen de maneras distintas, se obtienen distintos resultados para casos que deberían ser tratados idénticamente. Si bien esta situación siempre se da cuando una norma es aplicada por un tribunal, es menos grave cuando se trata de disputas particulares, pues aquí hay bastante variación entre distintos casos. Al contrario, cuando se trata de políticas públicas de alcance general, aplicar reglas generales de manera uniforme es una condición necesaria del éxito de dicha política. Esto se debe a que, si un juicio que involucra intereses privados se litiga erradamente, eso no afectará directamente otro caso que sí fue bien litigado. Por contraste, si erradamente se otorga financiamiento a la prestación médica de una persona, esto implica retirar financiamiento de la prestación médica de otra (como veremos más abajo, la escasez es una condición de la justicia: como no hay abundancia necesariamente se deben tomar decisiones que implican dar recursos a algunos y no dar recursos a otros). En síntesis, el problema reside en que hacer políticas públicas a través de una fuerte dependencia en la adjudicación resulta en un sistema poco predecible e indeterminado: estamos ante agentes que, por formación y función, carecen de la visión de sistema, herramientas y experiencia que puede tener una autoridad sectorial, por lo que la judicialización a gran escala conduce a la aleatoriedad.²²

En quinto lugar, la carencia de una visión general por parte de los tribunales hace que no vean lo pernicioso del efecto “llamada” de sus sentencias. Este efecto consiste en la dictación de fallos favorables al financiamiento de remedios de alto costo incentiva a las personas a obtener prestaciones sociales por la vía judicial en

21 Martínez Estay, José Ignacio y Poyanco Bugueño, Rodrigo Andrés, op. cit., p. 26.

22 Londoño, Fernando, “Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio”, en Revista de Derecho, vol. 37, N° 2, (Universidad Austral de Chile), 2014, p. 165.

vez de administrativa.²³ Y, como las cortes sólo ven casos particulares, este efecto no es percibido. Con todo, este mensaje termina teniendo una especie de efecto “bola de nieve”: la práctica de dar prestaciones sociales jurisdiccionalmente parte con pocos casos (por lo que no sería en principio relevante), pero lentamente va creciendo a medida que se presentan cada vez más acciones judiciales inspiradas en los fallos anteriores,²⁴ haciendo que algo que era sostenible en cuanto era escaso, pasar a ser progresivamente menos sostenible en cuanto se generaliza.

Además, como decía, existe una segunda contradicción entre la función de crear políticas públicas y la estructura judicial. A este respecto, es un rasgo estructural central de la judicatura su independencia, pues esta permite que no se presione al juez para avanzar o no avanzar cierto objetivo político.²⁵ Por ello, es problemático que una *política* pública sea desarrollada por una Corte, pues si un tribunal se arroga la facultad de hacer políticas públicas, tendría mucho poder y poca responsabilidad. Al trasladar una decisión política a un órgano jurisdiccional, dicha decisión no se transforma en jurídica, sino que el órgano jurisdiccional adopta un poder político sin la responsabilidad necesaria.

Estos son los problemas generales que vienen asociados a permitir que los tribunales dicten o intervengan en políticas públicas. Estos, por supuesto, no implican que los tribunales nunca debieran tener algo que decir sobre políticas públicas. Sí implican que el camino que deben cruzar los tribunales para hacer aquello se asemeja a un campo minado. Por eso, ha habido un gran esfuerzo en crear categorías dogmáticas e instituciones a partir de los cuales lograr que la interacción entre los tribunales y el poder político sea lo más armoniosa posible. No obstante, la acción de protección funciona como una invitación a correr por ese campo minado.

3. Cómo la acción de protección agrava todos los problemas recién descritos

La acción de protección agrava seriamente los problemas recién analizados. Esto se debe, principalmente, a tres razones. Primero, porque explícitamente permite

23 Martínez Estay, José Ignacio y Poyanco Bugueño, Rodrigo Andrés, op. cit., p. 27.

24 Es más, en el caso en comento uno de los argumentos de la recurrente fue que al denegar el tratamiento “se vulnera la garantía de igualdad ante la ley, al poner a la recurrente en una situación de desigualdad respecto de todos aquellos casos excepcionales en los que, atendido el eminente riesgo de vida, el Estado ha financiado extraordinariamente el tratamiento para tales enfermedades”. Corte Suprema, Rol 21.815-2025, 02-07-2025, sección expositiva.

25 Atria, Fernando, “Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo”, op. cit., p. 136.

tomar casi toda índole de medidas en resguardo de los derechos fundamentales que protege (en los términos del artículo 20 de la Constitución, la Corte que conozca de una acción de protección “adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”).

Segundo, porque es bastante generoso respecto a las hipótesis que hacen posible interponer la acción, y aquí hay una doble amplitud. Por un lado, la referida a la amplitud de las hipótesis de lesión de un derecho fundamental (en los términos del artículo 20, bastan “actos u omisiones arbitrarios o ilegales” que impliquen “privación, perturbación o amenaza” del legítimo ejercicio de un derecho o garantía fundamental —sobre la arbitrariedad o ilegalidad volveré hacia el final). Por otro lado, en cuanto al contenido del derecho fundamental cuya afectación se argumenta. Esto, en la medida que los derechos fundamentales se caracterizan por tener textura abierta, y admiten distintas lecturas plausibles y controversiales. Esto es relevante, pues el lenguaje de los derechos fundamentales es tan amplio que se ha llegado a afirmar que, una vez que un régimen político es conceptualizado hegemónicamente en dicho lenguaje, los abogados demasiado raudamente asumen que la Constitución contiene un sistemático plan social que debe ser completado por el poder judicial, convirtiéndose la Constitución en el medio en que todas las tensiones entre el poder y el derecho son resueltas.²⁶ A esto parece acercarse la práctica jurisprudencial en el uso de la acción de protección, llegando ciertos autores a referirse a “la amplísima interpretación que se ha hecho de ciertos derechos fundamentales (...) convirtiéndolos en verdaderas cláusulas generales de contenido jurídico indeterminado, que habilitan a las personas a recurrir ante los tribunales contra cualquier acto ilegal o arbitrario que ponga en entredicho un beneficio particular”.²⁷

En síntesis, es posible tener varias interpretaciones plausibles sobre si se afectó un derecho fundamental, y se puede tomar casi todo tipo de medida para enmendar dicha afectación. A esto se suma, además, una interpretación amplia y flexible de la doctrina y jurisprudencia respecto de los requisitos procesales de

26 Loughlin, Martin, *Against Constitutionalism*, (Harvard University Press), 2022, p. 111.

27 Ferrada, Juan Carlos, Bordalí, Andrés y Cazor, Kamel, “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”, en *Revista de Derecho*, vol. 14, (Universidad Austral de Chile), 2003, p. 77. Asimismo, Aldunate ha señalado que “en el caso de expresiones generales, como son aquellas que encontramos en el artículo 20, la interpretación sobre la base del tenor literal pueda alcanzar una extensión casi ilimitada” (Aldunate, Eduardo, “La protección al acecho: las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación en el ámbito del recurso de protección”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 20, (Universidad Católica de Valparaíso), 1999, pp. 233).

procedencia de la acción de protección.²⁸ Todo ello ha llevado a que, como dice Bordalí, parece no haber un instrumento jurídico que haya calado tan hondo en la sociedad chilena, pues cualquier ciudadano que por alguna situación es perjudicado en el ejercicio de sus derechos, no duda en recurrir a protección.²⁹

Tercero, la acción de protección agrava los problemas de hacer políticas públicas mediante tribunales en cuanto es una acción de urgencia. Ello va de la mano con plazos cortos y con la ausencia de un contradictorio. Así, por un lado, estamos frente a una tramitación mucho más rápida que en cualquier otro proceso judicial,³⁰ lo que lleva a que tribunales que generalmente están atochados de causas deban resolver en breves plazos cuestiones de política pública que se demoran meses o incluso años en decidir equipos técnicos especializados que trabajan a tiempo completo y cuentan con mejor información. Y, por otro lado, como carece de un contradictorio, el tribunal tiene menos acceso a información adecuada para resolver los complejos asuntos de política pública.³¹

Por todo lo anterior, la Corte que resuelva acciones de protección debe ser consciente de que este instrumento jurídico le da un gran poder sobre el que-hacer de otros poderes del Estado. De ahí que se haya señalado que la acción de protección y su interpretación extensiva “configura un postulado militante dentro de la distribución, relación y control recíproco de poderes al interior de la Constitución, ya que permite extender la potestad de una Corte, conociendo del recurso de protección, a cualquier ámbito, sin restricción o límite alguno (...) que altera un esquema de distribución de funciones, poderes o competencias al interior de la Carta”.³² Así, en la medida que toda afirmación en materia de interpretación constitucional implica una toma de posición respecto de los propios poderes que defiende quien la sostiene,³³ las Cortes deberían preocuparse de cómo se puede afectar la separación de poderes mediante su interpretación de la acción de protección. Esto, pues el derecho consiste en un intrincado sistema formal de delimitación y diferenciación de competencias que necesita que los funcionarios encargados de aplicarlo reconozcan el valor superior de preservar esta compleja estructura de diferenciación de competencias; no porque de este modo la solución

28 Ferrada, Juan Carlos, Bordalí, Andrés y Cazor, Kamel, op. cit., p. 68.

29 Bordalí, Andrés, op. cit., p. 64.

30 Bordalí, Andrés, op. cit., p. 57.

31 Por ello, bajo esta acción “el diálogo procesal fue desterrado casi absolutamente de él, haciendo de las cortes de apelaciones un juez inquisidor con amplios poderes para llevar adelante el proceso y encontrar por sí toda la verdad”, Bordalí, Andrés op. cit., p. 64.

32 Aldunate, Eduardo, op. cit., p. 234.

33 Aldunate, Eduardo, op. cit., p. 234.

va a ser más justa, sino porque sólo de esta manera es posible el autogobierno,³⁴ y porque sólo mediante dicha repartición de competencias es posible abordar la complejidad de las sociedades modernas. En otras palabras, la separación de poderes es parcialmente dependiente de convenciones sociales, y esto implica que las cortes deben cuidarse de no usurpar el poder de otras ramas del Estado al decidir cuál es el contenido del derecho.³⁵ Esto, pues, de lo contrario, podría ocurrir lo que menciona Loughlin: que el constitucionalismo se vuelva el principal medio para que una elite aislada, que sólo dice respetar la democracia, perpetue su autoridad para gobernar nuestras vidas.³⁶

Así, dado que la acción de protección da bastante poder a las cortes para intervenir en decisiones de otros poderes del Estado, es necesaria una teoría especialmente sofisticada que pueda lograr evitar la usurpación de poder. Pero esa teoría no es manejada por la Corte Suprema. Como veremos, tiene una teoría bastante expansiva.

4. La lógica predominante en la aplicación de la acción de protección

Cuando se trata de interpretación jurídica, esta opera sobre paradigmas, los que se apoyan en un modelo de la sociedad para explicar cómo los derechos constitucionales deben ser concebidos e implementados para cumplir su función.³⁷ Estos paradigmas funcionan sobre la base de la reducción de complejidad, ignorando ciertas variables y dando preeminencia a otras. Esto se debe a que si al decidir un caso se revisaran exhaustivamente todas sus circunstancias fácticas y todas las

34 Atria, Fernando, “La hora del derecho. Los ‘derechos humanos’ entre el derecho y la política”, en *Estudios Públicos*, vol. 91, 2003, pp. 56-57.

35 MacCormick, Neil, *Institutions of Law*, (Oxford University Press), 2011, p. 43.

36 Loughlin, Martin, op. cit., p. XI. Al respecto, cabe mencionar que la Corte Suprema pareciera estar consciente de aquellos riesgos. Por ello, como vimos, en la sentencia del caso en análisis mencionó su decisión “no alcanza ni define, de modo alguno, la implementación y diseño de políticas públicas, pues tal labor excede las facultades de esta Corte y corresponde, en propiedad, a una función de otros órganos del Estado”, estando su decisión limitada “a disponer la adopción de aquellas providencias necesarias, a su juicio, para salvaguardar los derechos garantizados por la Carta Fundamental” (Corte Suprema, Rol 21.815-2025, 02-07-2025, C° 11). Pero esto, si bien tematiza el respeto a la separación de poderes, a fin de cuentas, parece ser una instancia de lo que coloquialmente se conoce como “hablar de la boca para afuera”. Esto, pues termina ordenando a Fonasa y al MINSAL a tomar decisiones que alteran su política pública y lo obligan a hacer cuantiosos desembolsos que afectan la distribución general de recursos. Como señala Aldunate, si bien es legítimo que haya mecanismos que controlen los excesos o contravenciones de la administración, “no es dable aceptar que estos instrumentos permitan al órgano de control alzarse, so pretexto de dicho control, con la función controlada y ejercerla por vía sustitutiva” (Aldunate, Eduardo, op. cit., p. 236).

37 Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms*, (Polity Press), 1996, p. 194.

consideraciones normativas que lo envuelven, ello sería una demanda excesiva; dicha complejidad es manejada a través de un entendimiento paradigmático del derecho.³⁸

En concreto, esto se manifiesta aquí de la siguiente manera: la Corte tiende a ver este litigio como un conflicto entre dos intereses separados y opuestos: por un lado, el derecho individual a la vida o la salud; por el otro, un interés financiero del Estado.³⁹ Y aquí se debe recordar que los derechos fundamentales son derechos del individuo en contra de la comunidad política,⁴⁰ por lo que la respuesta ante dicho conflicto de intereses parece ser evidente: el derecho fundamental es una carta de triunfo frente a la comunidad. Por esto, no se va a lidiar con los efectos que esta decisión tenga para la colectividad, pues el conflicto se reduce a la situación de dos personas, el acreedor (el ciudadano) y el deudor (el Estado), y se la separa del resto de las consideraciones morales válidas.⁴¹ Esto se manifiesta gráficamente en la sentencia en comento en el fragmento en que la Corte se refiere a las consideraciones administrativas y económicas que hacen valer Fonasa y MINSAL. La Corte escuetamente señala que dichas consideraciones “no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico (...) que prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por la recurrida”.⁴²

El problema de este raciocinio es que cuando se trata de valores como la libertad, la igualdad, o la vida, su vigencia dice relación con cuestiones de justicia distributiva. La falta de vigencia de un derecho fundamental no se aprehende adecuadamente desde una perspectiva atomista en la que se analiza la situación enteramente aislada de un sujeto. Más bien, se aprehende en el contexto social que la envuelve, pues sólo desde dicha perspectiva se la puede catalogar correctamente. En tal medida, para la vigencia de un Estado que entregue prestaciones sociales adecuadas es mucho más importante una legislación social en forma que la parte dogmática de la Constitución o la interpretación que de esta hagan las cortes.⁴³ Por eso, estamos ante cuestiones de justicia social que se relacionan

38 Habermas, Jürgen, op. cit., p. 220.

39 Martínez Estay, José Ignacio y Poyanco Bugueño, Rodrigo Andrés, op. cit., p. 26.

40 Atria, Fernando, “¿Existen Derechos Sociales?”, en *Discusiones*, vol. 4, (Universidad Nacional del Sur), 2005, p. 16.

41 Atria, Fernando, op. cit., p. 24-25.

42 Corte Suprema, Rol 21.815-2025, 02-07-2025, C° 7.

43 Martínez Estay, José Ignacio y Poyanco Bugueño, Rodrigo Andrés, op. cit., p. 9.

con la estructura básica de la sociedad.⁴⁴ Esto, a su manera, es reconocido por un artículo de la Constitución que la misma Corte Suprema cita. Al respecto, como se vio, la Corte Suprema aduce a que el inciso cuarto artículo 1 de la Constitución señala que el Estado “está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional, su mayor realización espiritual y material posible”. En esta misma frase se puede ver que la Constitución reconoce que existen límites a la manera en que se han de resguardar los derechos. Esto se debe a que se alude a la persecución de “su mayor realización espiritual y material *posible*”.⁴⁵ Esto se relaciona con el hecho de que una de las condiciones básicas de la justicia es la escasez.⁴⁶ En tal medida, al tratar como irrelevante la “cuestión presupuestaria”, la Corte Suprema niega de lleno que tenemos instituciones de justicia precisamente porque tenemos escasez, porque suponemos que algunos recibirán recursos y otros no. Esto se conecta con un punto levantado en un voto disidente de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca que se enfrentaba a un caso análogo. Aquí, el Ministro Moisés Muñoz señaló que financiar el remedio reclamado por la actora “significa realizar un desembolso económico cuantioso a las arcas fiscales, recursos financieros que necesariamente implicaría desviar y desatender otras múltiples patologías de menor costo y entidad, con una afectación de múltiples pacientes”.⁴⁷ Este es un punto central: dado que al momento de resguardar derechos fundamentales se trata de organizar instituciones que los protejan, cuando se toman decisiones que desfinancian dichos arreglos, a fin de cuentas, se daña dicho derecho fundamental. Esto se debe a que estas decisiones llevan a que menos tratamientos se puedan cubrir. En suma, cuando se trata de financiar un tratamiento, existe una afectación a la estructura básica al privar a otros del financiamiento para otras urgencias sociales (incluyendo aquí otras patologías). Los recursos públicos que pueden destinarse a este tipo de políticas son limitados, lo que obliga a una rigurosa selección de las patologías

44 Rawls, John, *Una Teoría de la Justicia*, (Fondo de Cultura Económica), 2006, p. 20. De un modo similar, Salgado destaca que cuando se trata del derecho a la salud, la cuestión relevante es la configuración de instituciones que la protejan Salgado, Constanza. Derechos Sociales, Protección de la Salud e Interpretación Constitucional, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 22, N° 1, (Universidad Católica del Norte), 2015, p. 410.

45 Énfasis agregado.

46 Miller, David, “Justice”, en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2025.

47 Corte de Apelaciones de Talca, Rol 522-2023, 29-11-2023, voto disidente Ministro Muñoz.

y tratamientos a financiar.⁴⁸ Pero frente a dicha consideración, esta línea jurisprudencial puede causar un desbarajuste de todas las políticas sociales que dependen de los mismos y limitados recursos públicos.⁴⁹

Empero, un entendimiento absolutista de los derechos (como aquel que parece manejar la Corte), no tiene suficiente relación con la justicia correctamente entendida, pues da la idea de que la justicia no es creada, sino que es simplemente encontrada o importada en un catálogo.⁵⁰ El problema es que el lenguaje legal absolutista de los derechos dificulta analizar la distribución entre los más y menos favorecidos y cierra la posibilidad de desarrollar un proceso político que pueda sopesar los distintos intereses,⁵¹ lo que es necesario para tomar decisiones adecuadas.⁵²

Al respecto, se ha denunciado en otras latitudes que la doctrina de los derechos fundamentales a menudo define los problemas y soluciones sin que ello tenga consideración alguna de la economía.⁵³ Con todo, el punto no es sólo que no se perciba lo que está fuera de aquel paradigma, sino que se ve a quien alude a dichas cuestiones como una persona irracional. Como dice Habermas, un rasgo irónico de los paradigmas legales es que, si bien cumplen una función crucial a la hora de hacer posible el funcionamiento del derecho, son de lo más susceptibles a las distorsiones ideológicas. A este respecto, dichos paradigmas se vuelven ideológicos cuando se cierran sistemáticamente a la percepción de situaciones radicalmente nuevas, y resisten diferentes interpretaciones de los derechos.⁵⁴ Esto, pues un paradigma hace inmune o insensible a la comunidad científica de aquellos problemas sociales importantes que no son reducibles a sus puzles, pues aquellos problemas

48 Martínez Estay, José Ignacio y Poyanco Bugueño, Rodrigo Andrés, op. cit., p. 12.

49 Martínez Estay, José Ignacio y Poyanco Bugueño, Rodrigo Andrés, op. cit., p. 27.

50 Kennedy, David, "The international human rights movement, part of the problem?", en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 15, (Harvard), 2002, p. 116.

51 Kennedy, David, op. cit., p. 113.

52 Aquí vale la pena recordar que la acción de protección inicialmente fue creada como un instrumento de lucha política donde se buscaba proteger la propiedad (Bordalí, Andrés, op. cit., pp. 61-64). Con todo, la propiedad es un derecho absoluto, que se puede hacer valer *erga omnes*. Pero, si bien ello (en principio) tiene sentido cuando se trata de la propiedad, tiene menos sentido cuando se trata de derechos como el derecho a la vida. Esto, pues el derecho de propiedad es un derecho cuya caracterización estaba y sigue estando más o menos bien definida por nuestro derecho, así como por la cultura jurídica chilena y comparada (Bordalí, Andrés, op. cit., pp. 67-68). Pero, por contraste, cuando se trata de derechos fundamentales, existe "escasa densidad normativa (...), ya que ni la Constitución ni la ley han colmado su contenido, y los tribunales de justicia han terminado por configurarlos normativamente" (Bordalí, Andrés, op. cit., p. 59).

53 Kennedy, David, op. cit., p. 109.

54 Habermas, Jürgen, op. cit., p. 221.

no se pueden representar según los conceptos y herramientas que provee:⁵⁵ por ello, a los ojos de quien opera dentro de cierto paradigma, los problemas que este admite son los únicos que serán considerados legítimos.⁵⁶ Y, en la medida que hace eso, aquello que no queda incluido es percibido como irracional, o, en el caso de los derechos humanos, como inmoral.

Por lo anterior, como esta doctrina cree que su canon es técnico e imparcial, y que todo lo que está fuera de ella es inaceptable, muy a menudo vive de la denuncia. Esto, pues consagra una política de intenciones indiferente a las consecuencias de sus acciones, una política de buenos sentimientos que no está abierta a la crítica.⁵⁷ Por ello, cuando se critica dicha doctrina, hemos tenido reacciones como la del (entonces) Ministro de la Corte Suprema, Sergio Muñoz, quien, como vimos, llegó a señalar que si tanto importan las finanzas públicas, “[entonces] que deroguen la garantía al derecho a la vida y pongan que lo más importante son las finanzas públicas”.⁵⁸ Aquí, por supuesto, algunos podrían ir en defensa de Muñoz y señalar que el punto de los derechos fundamentales es que, como su nombre lo dice, son fundamentales. Con todo, el problema radica en que, como intenté mostrar más arriba, esta visión ignora la manera en que una aplicación absolutista de los derechos puede llevar a que, a fin de cuentas, se dañe un derecho más de lo que se lo protege. Esto, porque la manera en que son protegidos estos derechos depende no tanto de una decisión judicial, sino de decisiones generales de política pública, las cuales pueden ser mermadas por una mala decisión de un tribunal.

Por lo anterior, la visión de que los derechos son la medida de la autenticidad y universalidad de la justicia social nos deja de manos atadas, y entrega cuestiones de justicia social al poder estatal menos eficaz para lidiar con estas.⁵⁹ Llevando esto a la línea jurisprudencial de los remedios de alto costo, cabe advertir que, como señalan Martínez y Poyanco,

55 Kuhn, Thomas, “*The Structure of Scientific Revolutions*”, en *International Encyclopedia of Unified Science*, vol. 2, N° 2, (The University of Chicago Press), 1962, p. 37. Esto es analizado respecto de los derechos humanos en Kennedy, David, op. cit., p. 108.

56 Kuhn, Thomas, op. cit., p. 37.

57 Mouffe, Chantal, *La Paradoja Democrática*, (Gedisa), 2003, p. 61. Así, hoy tenemos un discurso moralista que se ha vuelto dominante y que ha desplazado toda argumentación política (Mouffe, Chantal, op. cit., p. 62).

58 Colegio de Abogados de Chile, “Si no, que deroguen la garantía al derecho a la vida y pongan que lo más importante son las finanzas públicas”, 17 de diciembre de 2018.

59 Kennedy, David, op. cit., p. 122.

esta nueva concepción del derecho a la vida tiene el potencial de permitir una ampliación progresiva del elenco de tratamientos o medicamentos que pueden exigirse por vía judicial, aprovechando la exigibilidad del art. 19 N.º 1 de la Constitución. Y es que, en definitiva, toda necesidad humana que pueda ser reconducida al requerimiento de una mejor “calidad de vida”, puede también ser alegada a través de este nuevo sentido del derecho a la vida, lo que además amplía la base de sujetos favorecidos por esta jurisprudencia.⁶⁰

5. Una posible solución dentro de los márgenes actuales

En la época del constitucionalismo total casi todo interés puede ser reformulado como un derecho que limita el poder político.⁶¹ Bajo esta visión, el sistema jurídico entero está ya contenido, embrionariamente, en la Constitución, y sólo faltaría concretizarlo mediante la exégesis.⁶² Un problema de esto es que, en la medida en que los proyectos emancipatorios deben ser expuestos en el lenguaje de los derechos para ser tomados en serio, buenas políticas públicas que no se expresen en esos términos son ignoradas.⁶³

Por eso, a falta de una eliminación o reforma de la acción de protección, —un instrumento que es animado y al mismo tiempo anima al ideario del “constitucionalismo total”—, hace falta la aplicación de una doctrina distinta, más minimalista, que al menos perciba estos riesgos. Esta partiría por reconocer los riesgos que tiene la doctrina actualmente hegemónica de los derechos fundamentales. Además, iría de la mano de ser más deferente hacia la administración y el poder legislativo, sobre todo dado que estos poderes tienen mayor legitimación democrática y mayor capacidad técnica.

Al respecto, se ha escrito bastante sobre cómo la acción de protección afecta el buen funcionamiento de la Administración. Si bien, según Pierry, algunos vieron en este mecanismo el establecimiento de un sistema contencioso administrativo,⁶⁴

60 Martínez Estay, José Ignacio y Poyanco Bugueño, Rodrigo Andrés, op. cit., p. 25.

61 Loughlin, Martin, op. cit., p. 132.

62 Atria, Fernando, *La forma del Derecho*, (Marcial Pons), 2016, p. 291.

63 Kennedy, David, op. cit., p. 108.

64 Pierry, Pedro, “El recurso de protección y lo contencioso administrativo”, en *Pro Jure Revista de Derecho*, vol. 1, (Universidad Católica de Valparaíso), 1977, p. 155.

lo cierto es que tempranamente se identificó que era un mecanismo demasiado simple para abordar un problema técnico de tanta envergadura como el control judicial de la administración.⁶⁵ Su simplicidad llevó a un uso explosivo de este mecanismo de impugnación, convirtiéndose en la principal materia de ingreso de causas en los tribunales superiores de justicia, colapsando la actividad jurisdiccional y afectando con ello los procedimientos ordinarios y especiales de control existentes.⁶⁶ Además, como ocurre en el caso de los fallos sobre remedios de alto costo, cuando se tramitan acciones de protección, si bien se supone que se trata de una acción cautelar, será frecuente que la declaración judicial del Tribunal —que reconoce ciertos derechos al recurrente y adopta las medidas para restablecer el imperio del derecho—, tenga efectos permanentes y no meramente cautelares, siendo innecesario y aun imposible acceder a un procedimiento ordinario de lato conocimiento donde se vuelva a discutir el asunto.⁶⁷ Incluso se ha afirmado que el uso masivo de la acción de protección ha llevado a “desformalizar nuestro Derecho construyendo una jurisprudencia en la materia basada en la pura equidad para el caso concreto”.⁶⁸

Si bien estoy de acuerdo con esas críticas, también estoy de acuerdo con la afirmación de Rodrigo Correa de que actualmente somos *junkies* del recurso de protección.⁶⁹ Por esto, antes de argumentar quizás fútilmente a favor de su eliminación o reforma y la creación de un sistema de tribunales contencioso-administrativos, me parece más productivo ofrecer una interpretación más minimalista respecto al alcance de la acción de protección. Al respecto, creo que dicha interpretación debería partir del texto mismo que regula la acción de protección, el cual enfatiza que la acción procede contra acciones u omisiones *ilegales o arbitrarias*. Mi propuesta es que las Cortes, sobre todo la Corte Suprema, vuelvan a tomarse en serio la exigencia de que la acción en cuestión debe ser ilegal o arbitraria, para lo cual deberían tomarse en serio los alegatos de los entes estatales recurridos en el sentido de que actuaron según lo mandataba la ley.

65 Pierry, Pedro, op. cit., p. 157.

66 Ferrada, Juan Carlos, Bordalí, Andrés y Cazor, Kamel, op. cit., p. 68.

67 Ferrada, Juan Carlos, Bordalí, Andrés y Cazor, Kamel, op. cit., p. 76. Sobre si se trata de un procedimiento cautelar o sumario, ver: Larrocau, Jorge, “La dualidad cautelar y sumaria de la protección de Derechos Fundamentales”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 47, N°2, (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2020, pp. 479-511. Sobre cómo los fallos que surgen de acciones de protección se vuelven permanentes, ver: Larrocau, Jorge, “La eficacia del fallo de protección de acuerdo con sus autonomía y fines”, en Estudios Constitucionales, vol 21. N°1, (Universidad de Talca), 2023, pp. 66-69.

68 Bordalí, Andrés, op. cit., p. 206.

69 *El Mercurio Legal*, Junkies de la Protección, 22 de mayo de 2023.

Como vimos más arriba, al momento de referirse a las defensas del MINSAL y de Fonasa de que estas habían seguido el proceso legalmente establecido para tomar la decisión de no financiar el remedio en cuestión, la Corte Suprema sentenció que “[el] derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico (...)prevalece respecto de los distintos cuerpos normativos citados por la recurrida”.⁷⁰ Esto es una forma errada de plantear el asunto, pues supone que, por un lado, está la regulación constitucional de la protección de la vida, y de otro lado, está la regulación legal, siendo que, como estas últimas tienen menor jerarquía, son vencidas por el derecho constitucional a la vida. Esto es un error, pues la misma Constitución da lugar a la consideración de aspectos de legalidad. Así, el artículo 20 de la Constitución, cuando regula la acción de protección, menciona explícitamente que se pondrá remedio a la afectación de derechos fundamentales cuando esta sea “ilegal o arbitraria”. Así, en contra de lo que señala la Corte Suprema, la Constitución sí da cabida a las defensas de legalidad de los organismos públicos.

Interpretar la acción de protección de esta forma no es menor. Esto, pues las cortes ya no podrían imponer obligaciones a la Administración sobre la base de una afectación cualquiera de un derecho fundamental, sino que sólo ocurriría aquello cuando la afectación fuera ilegal o arbitraria. A un análisis de este tipo se dedicó la Corte de Apelaciones en su fallo, pues, como vimos, justificó su decisión en que “no puede predicarse que el Ministerio de Salud o Fonasa cometieran un acto ilegal o arbitrario, pues han actuado dentro de sus estrictas facultades y siempre justificando con razones válidas su proceder”.⁷¹

Por supuesto, esto no se hace cargo de que el procedimiento que envuelve la acción de protección tiene marcadas falencias que hacen improbable que se enjuicie adecuadamente la legalidad o arbitrariedad de la actuación administrativa. Además, subsiste una importante pregunta: ¿qué ocurre si se llega a la conclusión de que la acción u omisión en cuestión sí es ilegal o arbitraria? Una solución sería aquella que propone Bordalí:⁷² sin reformas legales o constitucionales, tratar la acción de protección como un instrumento capaz de mantener un *status quo*. Aquí, el Tribunal jamás se pronunciaría sobre cuestiones de fondo sobre el derecho fundamental amagado, sino que sólo habría un pronunciamiento formal sobre la forma en que se produce una perturbación, privación o amenaza del mismo, y la situación en la que debe quedar el titular del mismo para defenderlo. En este escenario, si el interesado

70 Corte Suprema, Rol 21.815-2025, 02-07-2025, C° 7.

71 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 25.243-2024, 09-05-2025, C° 9.

72 Basándose en Aldunate, Eduardo, op. cit., p. 238.

quiere obtener una respuesta jurisdiccional, deberá recurrir a las vías que el ordenamiento jurídico disponga.⁷³ Y aquí podría haber un lugar para la justiciabilidad de los derechos sociales, en la medida que estos fueran desarrollados por ley o reglamento, pues dichas normas infraconstitucionales representan algo imprescindible para la justiciabilidad: el resultado de la evaluación previa de oportunidad o conveniencia que han realizado los órganos políticos competente.⁷⁴ Una jurisprudencia de esta índole estuvo imperante hacia no tanto tiempo en Chile⁷⁵ y debería volver.

Por supuesto, se podría decir que una solución de este tipo es insuficiente: las personas no pueden esperar, por lo que “reenviarlas” a otra esfera impugnatoria (sea esta judicial o administrativa) parece impresentable. Al respecto, cabe esbozar varias respuestas. Primero, no hay nada que asegure que la acción de protección es la herramienta procesal que resguarde de mejor manera lo que hay en juego. Antes bien, por todo lo dicho más arriba, parece ser lo contrario. En tal medida, sería preferible que se lidiara con estos desacuerdos en sedes que tienen un diseño procesal que permita dar cuenta de todos los complejos aspectos que envuelven estos casos.

No obstante, podría aun quedar la idea de que, para el recurrente, cualquier mecanismo de resolución de un conflicto de esta índole sería peor que la acción de protección. Esto es probablemente el caso, pues hay pocos mecanismos que permitan llegar a la Corte Suprema de una manera tan desformalizada y rápida. Posiblemente, cualquier mecanismo será peor que la acción de protección (tal como es interpretada en fallos como aquel bajo análisis) si lo único que importa es que una persona aquejada de una enfermedad catastrófica consiga rápidamente y con buenas oportunidades de éxito una orden de la Corte Suprema para que se financie su prestación médica. Ante esto, cabe esbozar dos respuestas. Primero, existen otras personas que, si bien son invisibles para la Corte Suprema en un caso concreto, sí se ven afectadas por estos fallos. Entre estas se encuentran todas aquellas cuyos tratamientos podrían verse desfinanciados por la dictación de sentencias que financien remedios para enfermedades catastróficas. Los intereses de estas personas también merecen protección y, sin embargo, son soslayados por la manera en que se suele tramitar la acción de protección. En segundo lugar, la expectativa de que sea posible pasar por encima de la administración en este tipo de casos es una que nunca debería haber llegado a existir, y es por eso inadecuado utilizarla como baremo.

73 Bordalí, Andrés, op. cit., p. 70.

74 Martínez Estay, José Ignacio y Poyanco Bugueño, Rodrigo Andrés, op. cit., p. 9.

75 Que este fue el caso es notado en Martínez Estay, José Ignacio y Poyanco Bugueño, Rodrigo Andrés, op. cit., pp. 12-18.