

Procedimiento: Especial

Materia: Recurso de Protección de Garantías Constitucionales

Recurrente: CARLOS EDGARDO BENEDETTI REIMAN

RUT: 16.284.377-K

**Recurrido: Secretario Regional Ministerial de Salud Región del Biobío,
HÉCTOR MUÑOZ URIBE**

RUT: Se desconoce

EN LO PRINCIPAL: ACCIÓN DE PROTECCIÓN DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES; EN EL PRIMER OTROSÍ: ORDEN DE NO INNOVAR; EN EL SEGUNDO OTROSÍ: ACOMPAÑA DOCUMENTOS.

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN

CARLOS EDGARDO BENEDETTI REIMAN, trabajador social y concejal de la comuna de Chiguayante, cédula de identidad número 16.284.377-K, domiciliado en Chiguayante, Orozimbo Barbosa 104, sector Parque Los Castaños, a US. ILTMA. Con respeto digo:

Que, vengo en tiempo y forma a interponer Acción de Protección de Garantías Constitucionales en contra del Secretario Regional Ministerial de Salud de la Región del Biobío, don **HÉCTOR MUÑOZ URIBE**, con domicilio en Concepción, calle Bernardo O'Higgins 241, por las razones de hecho y derecho que a continuación expongo:

LOS HECHOS

1. Es un hecho por todos conocido la situación actual de pandemia a nivel mundial, declarada así por la Organización Mundial de la Salud a propósito del COVID 19.
2. Nuestro país no se encuentra exento de esta pandemia y en aquel contexto el gobierno por medio de la autoridad sanitaria ha decretado una serie de medidas tendientes a resguardar y proteger la salud de la población.

3. Es así como con fecha 23 de marzo del año en curso, la SEREMI de Salud Región del Biobío, dictó la Resolución exenta N°1094. En ella la autoridad “prohíbe celebrar actividades deportivas, culturales y religiosas” sea que estas se desarrollen en espacios abiertos como cerrados y que constituyan aglomeración de personas. Así también se dispone que dichas medidas tendrán vigencia por todo el tiempo que dure la alerta sanitaria y Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe por calamidad pública hasta que no se disponga lo contrario.
4. La anterior medida cobra fuerza al escuchar las noticias de aquellos días. En aquella época surgió el brote de un Box de Crossfit en Chillán y en la comuna de San Pedro de la Paz, un importante brote producto de un culto evangélico en la iglesia “El Nazareno” ubicada en Boca Sur, lo que se repetiría más tarde en las comunas de Puente Alto y La Pintana.
5. En efecto, el 16 de marzo el obispo de la Iglesia Metodista Pentecostal Mario Salfate participó en Paine en un evento al que asistieron unos 300 líderes de esa corriente. Luego, el 30 de marzo, el Pastor Salfate y otros tres pastores dieron positivo tras la reunión.
6. Posteriormente, la Fiscalía Metropolitana Sur inició una investigación contra un pastor evangélico quien, pese a que debía hacer cuarentena por covid-19, se habría reunido con fieles en Bajos de Mena, Puente Alto, una de las comunas con más casos de coronavirus en la Región Metropolitana.
7. Es preciso hacer hincapié en las características del COVID 19, se trata de un virus nuevo, que se encuentra en estudio por profesionales en todo el mundo y del que diariamente se hacen hallazgos, y tal vez lo más importante, no cuenta con cura ni vacuna para su prevención. Sin olvidar que nuestro país no alcanza aún el peak de contagios. El cual se espera para el mes de mayo.
8. Así es como se postergó el retorno a clases de los escolares, el que había sido programado en principio para el día 27 de abril.

9. En aquel escenario y en un hecho caprichoso y antojadizo la autoridad sanitaria representada por don Héctor Muñoz Uribe, dicta el día 05 de mayo de 2020, la resolución exenta N°1509, acto administrativo que alza la medida sanitaria de “prohibición de celebrar actividades religiosas en recintos abiertos como cerrados”.

10. Al día de esta presentación el número de nuevos contagios asciende a 1.391 personas, según las cifras entregadas por la autoridad sanitaria y considerando que aún no se alcanza el peak de contagios. La acción de alzar la prohibición de celebrar actividades religiosas es temeraria y criminal, teniendo en cuenta que la población de nuestro país en su mayoría son creyentes alrededor del 80% y de este porcentaje una cifra importante son personas de la tercera edad. Personas que constituyen uno de los grupos de riesgo frente al COVID 19.

EL DERECHO

La conducta de la recurrida, a la luz de las normas jurídicas aplicables, es arbitraria e ilegal. Examinaremos esta afirmación conforme las normas que consideramos infringidas.

1. Los actos u omisiones son ilegales y arbitrarios ya que de acuerdo a lo que ha señalado la jurisprudencia, “la arbitrariedad implica carencia de razonabilidad en el actuar u omitir; falta de proporción entre los motivos y el fin a alcanzar; ausencia de ajuste entre los medios empleados, y el objetivo a obtener, o aún inexistencia de los hechos que fundamentan un actuar, lo que pugna contra la lógica y la razón”.
2. Los artículos 6, 7 y 8 de nuestra Constitución Política establecen el marco de actuación de los órganos del Estado, carácter que la recurrida tiene. Aquel marco, en síntesis, dice relación con que ningún organismo público puede arrogarse más atribuciones que las que expresamente se le confieran por la Constitución y las leyes, debiendo fundar debidamente sus resoluciones.¹

¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de marzo de 1992, Revista Gaceta Jurídica N° 141, página 90.

3. En cuanto al caso de autos, habrá que determinar si la recurrida ha actuado dentro de la esfera de sus atribuciones o si, por el contrario, ha actuado por sobre ellas, de manera arbitraria e ilegal.
4. Para ello debemos detenernos en lo dispuesto por la Ley 19.880, sobre “Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del estado”. En sus artículos 11 inciso 2do y 41 inciso 4to, ambas disposiciones establecen expresamente la obligación de fundar y motivar las actuaciones y resoluciones de los órganos del estado.
5. La exigencia de fundar los actos de la administración encarna uno de los pilares del estado democrático, esto es la rendición de cuentas de la administración. La fundamentación del acto permite realizar un adecuado control sobre el razonamiento utilizado para resolver una determinada materia por la autoridad lo que evita la sensación de arbitrariedad o error en el acto o resolución administrativa.
6. La motivación o motivo comprenden la expresión de circunstancias concretas que mueven a la dictación de un acto y que deben conjugar tanto la motivación de hecho, esto es, las circunstancias materiales que anteceden la emisión del acto y, por otra parte, la motivación de derecho, o sea, los fundamentos jurídicos de la decisión administrativa². El deber de fundamentación o motivación del acto administrativo consiste en la exposición clara y precisa de los motivos que indujeron al órgano de la administración del Estado a la emisión del acto administrativo. En este sentido, la doctrina ha señalado:

“Así, la motivación -o fundamentación- comprende la exposición de las razones que han llevado al órgano a emitirlo, y en especial, la

² CORDERO VEGA, Luis. Lecciones de Derecho Administrativo. Editorial Thompson Reuters, Santiago, 2011, p. 112.

expresión de los antecedentes de hecho y derecho que preceden y justifican el dictado del acto.”³

7. Ahora bien, la exigencia del “motivo” de un acto administrativo, no sólo se extiende al porqué del acto administrativo, en el cual se incorporan los elementos de hecho que se tuvieron a la vista para su dictación y las consideraciones de derecho o fundamentos jurídicos que constituye la fuente legal que fija la competencia del órgano emisor, sino también, comprende a la exteriorización de los motivos y razones de la decisión, que permiten determinar si la actuación pública resulta razonable, proporcionada y legítima. De ahí que, un error en los motivos o la inexistencia de los mismos pueda llevar a tachar la decisión del órgano administrativo como ilegal, supeditado a una eventual declaración de invalidez.
8. Cabe consignar que la motivación del acto administrativo se encuentra íntimamente vinculada al principio de transparencia de la actuación pública y al derecho a la tutela judicial efectiva⁴. En efecto, el conocimiento de los fundamentos utilizados por la Administración para adoptar una decisión permite no sólo evaluar y contrastar dicha decisión, sino también, eventualmente, impugnarla en sede administrativa o ante los tribunales de justicia.
9. Lo expuesto precedentemente no es baladí, dado que en el contexto de la citada preceptiva procedimental, coincide con la definición manifestada en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, repertorio que entre las variadas definiciones de la voz acuerdo, indicando como concepto el siguiente: *“Resolución que se toma en los tribunales, sociedades, comunidades u otros órganos”*, alcances que son atingentes al asunto sub lite.
10. Un dictamen clave en esta materia ha sido el número 33.006 del año 1984, que señala: *“El ejercicio de las facultades administrativas que compete a los jefes superiores de los organismos públicos se materializa a través de la dictación de actos administrativos o resoluciones que se encuentran sujetos a un procedimiento*

³ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo II. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 202.

⁴ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho Administrativo. Parte General. Madrid, Tecnos, 20 14, p. 548.

preestablecido y permite que el acto se baste asimismo.” Agregando luego que “Los decretos son aquellas decisiones formalizadas que dictan el Presidente de la República, un Ministro de Estado por delegación presidencial de firma, los alcaldes y los rectores de universidades estatales”. Posteriormente, en el año 1993, a través del dictamen número 24.101, la Contraloría General de la República señaló: “... las autoridades administrativas en el ejercicio de sus facultades expresan formalmente sus decisiones mediante la dictación de los correspondientes actos administrativos, los que en el caso de emanar de los jefes de servicios reciben genéricamente la denominación de resoluciones...”⁵

11. En este contexto, y a fin de comprender el objeto de este recurso, debe hacerse el distingo entre motivos y motivación, siendo el primero relacionado con el porqué del acto administrativo y el segundo con su exteriorización.⁶ Así, para el profesor García de Enterría motivar un acto administrativo *“es reconducir la decisión que en el mismo se contiene una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge... obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar como tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto.”*⁷

12. También se ha definido la motivación como *“el deber del Estado consistente en expresar las razones de hecho y de derecho que llevaron a la Administración a la dictación de un acto, explicando y justificando la decisión adoptada.”*⁸

13. El profesor Cordero Vega sintetiza la trascendencia de la motivación, al sostener que ésta *“es una cuestión esencial en la teoría del acto administrativo. Su importancia radica en que la omisión de la misma o la circunstancia de esta sea insuficiente*

⁵ OÑATE VERA, Emilio; “Análisis y perspectivas del Derecho Municipal Chileno. Actos Administrativos Municipales: Contenidos y Alcances”; Instituto Chileno de Estudios Municipales; Santiago de Chile, año 2013; página 142 a 144.

⁶ BERMÚDEZ SOTO, Jorge; “Derecho Administrativo General”; Editorial Legal Publishing; página 118.

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ Tomás Ramón; “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I; Editorial Civitas; 17ª edición; Madrid, 2015; página 604.

⁸ ENCINA BREVIS, Juan Andrés; “Motivación de los Actos Administrativos”; Editorial Librotecnia; Santiago de Chile, año 2015; página 34.

implica en general la existencia de un vicio de invalidez del acto dictado. Es también el medio que utilizan los jueces para construir los indicios que sirven de base al vicio de “desviación de fin o de poder”⁹

14. Igualmente se ha definido el motivo *“la razón que justifica cada acto administrativo emanado de la Administración Pública. En ella están incorporados los elementos de hecho que se tuvieron para su dictación... como asimismo, la causa legal justificatoria del acto administrativo.”*¹⁰

15. Si bien la jurisprudencia ha señalado que es posible impugnar judicialmente hasta un mero oficio u ordinario, en la medida que sea continente de una decisión administrativa, ya que por ejemplo y de lo contrario, los órganos públicos podrían evitar la impugnabilidad de sus decisiones cambiando la forma de sus actos¹¹, creemos que para conocer lo suficientemente los motivos que se tuvieron a la vista al momento dictar la Resolución Exenta N° 1509, de fecha 05 de mayo de 2020, es esencial que este tipo de decisiones administrativas se materialicen en actos administrativos guardando los estándares mínimos legales, toda vez que ello tiene incidencia en el cumplimiento de los principios constitucionales (artículos 6, 7, 8 19 N° 2, inciso 2° Carta Magna, 13 Ley 18.575 y 5 de la Ley 20.285) de legalidad, interdicción de la arbitrariedad, transparencia y probidad, máxime si se estiman como efectivos los motivos, los cuales se contradicen con las circunstancias de contagio que han acaecido en nuestro país en diversos cultos religioso.

16. Dicho fustigamiento no es azaroso, toda vez que por tratarse de un acto administrativo, que reviste el carácter de instrumento continente de una decisión administrativa generadora de consecuencias jurídicas, debe observarse las disposiciones legales y reglamentarias que configuran los elementos esenciales de un acto administrativo, particularmente en lo concerniente a su formalidad, motivación (artículos 11 y 41 Ley 19.880), y publicidad (notificación).

⁹ CORDERO VEGA, Luis; “Lecciones de Derecho Administrativo”; Editorial Thomson Reuters; 2ª Edición, Santiago de Chile, 2015; página 90.

¹⁰ Ob. Citada. BERMÚDEZ SOTO, Jorge; página 119.

¹¹ Excma. Corte Suprema, rol 11984-2014 considerando. 5°.

17. Es necesario dejar asentado que lo que se pretende mediante la motivación del acto administrativo, es que el administrado, conozca las razones por las cuales la Administración –y, en este caso, el el Seremi de Salud- decidió en un determinado sentido, como en el asunto que nos convoca, proceder derechamente dejar sin efecto la prohibición de funcionamiento de los cultos religiosos. Sin embargo, *“esta fundamentación no busca una asimilación a la forma de fundar una resolución judicial, pues ello desnaturalizaría lo que es la función administrativa. Por lo mismo, la motivación o exposición de los motivos del acto administrativo es siempre más sucinta o somera, si en todo caso es suficiente para dar a conocer las razones de hecho y de derecho que justifican la medida adoptada...”*¹²

18. A mayor abundamiento, se ha postulado que: *“La motivación de los actos administrativos no es más que la exteriorización o expresión de las razones que ha llevado a la Administración a adoptar una determinada resolución. Por tanto, no consiste en una mera declaración de conocimiento y menos aún en una manifestación de voluntad que sería una proposición apodíctica, sino que ésta —en su caso— ha de ser la conclusión de la argumentación justificativa de la decisión, para que el interesado y los órganos judiciales puedan conocer el fundamento, la «ratio decidendi» de las resoluciones.”*¹³

19. Así, es dable entender que todo acto administrativo debe cumplir con la exigencia legal contemplada en los artículos 11 y 41 de la Ley 19.880, esto es, los fundamentos de hecho y de derecho, que no es otra cosa que la expresión de los motivos, sobre todo cuando se afectan derechos de terceros. En efecto, el artículo 11 inciso 2º de la Ley 19.880, establece el deber de fundamentar o expresar siempre los motivos de los actos administrativos que afecten derechos de particulares. Luego, el artículo 41 de la referida ley, establece la obligatoriedad acerca de la decisión y de su fundamentación. Por su parte, el artículo 13 inciso 2º de la Ley 18.575 constituye una

¹² MORAGA KLENNER, Claudio; “Tratado jurisprudencial de derecho Administrativo”, Anotaciones sobre Procedimiento Administrativo según la Jurisprudencia de los Tribunales Chilenos; Tomo XIV; Editorial Thomson Reuters; 1ª Edición; Santiago de Chile, 2013, página 29.

¹³ GALLARDO CASTILLO María Jesús; “A vueltas con la motivación de los actos administrativos”; Actualidad Administrativa, N° 2, Quincena del 16 al 31 Ene. 2010, Tomo 1, España; Editorial LA LEY, páginas 1-12.

expresión normativa del principio constitucional de transparencia de la función pública, estableciendo como parámetro de actuación de la autoridad, el deber de permitir y promover el conocimiento de los contenidos y fundamentos de las decisiones de autoridad. El artículo 53 de la ley 18.575 constituye una manifestación legal del principio o deber de razonabilidad en las decisiones administrativas.

20. Por su parte, la faz de la razonabilidad, deriva del artículo 19° N° 3 de la Constitución, donde se consagra la igualdad ante la ley, por lo que en el asunto en análisis, el Seremi recurrido le cabe resolver respecto de un asunto debiendo ponderar cómo se enlazaran los hechos del caso concreto con la preceptiva aplicable, sin que la toma de la decisión se transforme en un proceso automático y exento de deliberación reflexiva acerca de lo razonable o adecuado de lo resuelto. Por supuesto, esto implica un mayor nivel de exigencia en la toma de decisiones de la Administración, más ello no solo parece adecuado, sino que también un imperativo para una adecuada colaboración público-privada. De esta manera, la razonabilidad busca, por una parte, preservar el fin y correcta aplicación de una norma y, por otra, evitar las decisiones arbitrarias e ilegales. Sin duda, la motivación, y en especial su integración con la razonabilidad, es un tema que aún conjugación del doble requisito motivación-razonabilidad puede subir el estándar de las decisiones adoptadas, finalmente lo que permite es la toma de mejores y acertadas decisiones.

21. En definitiva, los motivos son un elemento sustantivo del acto administrativo y en términos simples corresponden a los fundamentos de hecho y de derecho del acto. No obstante la motivación del acto, que corresponde a la expresión formal de los motivos, es un elemento formal de los actos administrativos, y su omisión o cumplimiento deficiente, acarrea la nulidad del respectivo acto, conforme a la jurisprudencia predominante de nuestros Tribunales de Justicia.¹⁴

¹⁴ HELFMANN MARTINI, Carolina; "La motivación como elemento esencial de los actos administrativos y su relación con el Principio de Razonabilidad"; Mercurio Legal, 22 de julio de 2016.

22. Además VS. Itma., otro elemento que restringe y en cierta medida construye la motivación, es la probidad administrativa, la cual significa que el Seremi debe tener siempre presente en su actuar el fin del Estado y particularmente los fines públicos, que no es otro que procurar la satisfacción de las necesidades en forma continua y propender a garantizar la salud para la comunidad respectiva, como el asunto de marras.
23. De este modo, se ha concebido la motivación como un medio técnico de control idóneo de la causa del acto, que excede a un simple requisito formal, toda vez que los motivos constituyen un requisito de fondo o interno, “que hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo”. La motivación no se cumpliría entonces con cualquier fórmula convencional, sino que por el contrario, ésta debe ser suficiente, y debe dar razón plena del proceso lógico inductivo y jurídico que ha determinado la decisión, de manera que no se trata de sustituir un concepto jurídico indeterminado que esté en la base de la ley por otro igualmente indeterminado (en el acto que se dicte), sino que habrá que justificar la aplicación del concepto dispuesto en la ley a las circunstancias de hecho singulares de que se trata.¹⁵
24. En el asunto sub lite, el acto administrativo del recurrido, implicó una falta de motivación, lo que debe cumplir con este estándar mínimo de fundamentación, puesto que de lo contrario infringiría el principio de razonabilidad contemplado en el artículo 53 de la Ley 18.575, lo que debe estar engarzado con el principio de proporcionalidad, de un acto o medida susceptible de afectar la esfera de derechos de un particular, en los términos del artículo 11, reconoce como límite o mecanismo el principio de proporcionalidad.
25. El principio de proporcionalidad, encuentra su sustento constitucional en la regla dispuesta en el artículo 19 N° 2 inciso 2° de nuestro código político, mientras que en el ámbito legal se refleja en los referidos artículos 11 de la Ley 19.880 y 53 de la Ley 18.575 y se manifiesta en una regla de prohibición de excesos en la aplicación de sanciones, el control del margen de apreciación y en la

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón; Ob. Citada; página 606.

calificación jurídica de los hechos, y en el control de la discrecionalidad administrativa. Aun en el entendido que exista una justificación razonable a la actividad administrativa, el Seremi de Salud, debió indicar los motivos por los cuales funda respectiva decisión, medida que en todo caso debe ser proporcionada para satisfacer el interés público en que supuestamente se fundaría o debería fundarse dicho acto, donde por ejemplo se contraviene a la prohibición de funcionamiento de los Cementerios, tanto públicos como privados, contenida en la Resolución Exenta N° 327, de fecha 06 de mayo de 2020, del Ministerio de Salud, precisamente para evitar aglomeraciones en dichos camposantos por la festividad del Día de la Madre, hecho público y notorio.

26. Asimismo, es fundamental cumplir con el principio de legalidad, dado que como lo plantea el Profesor García de Enterría, *“es una técnica determinada de organizar la vida colectiva (government by laws, not by men, gobierno por las leyes – “imperio de la Ley”*¹⁶.
27. Así las cosas, la correcta motivación del acto administrativo necesariamente debe ser fundado, derivado del principio de razonabilidad, proporcionalidad, transparencia y legalidad.
28. Por lo expuesto, la Resolución Exenta en comento debía estar suficientemente motivada, dado que legislador exige respecto del motivo del acto administrativo es que se deje constancia de ellos en el respectivo acto, y ello no es sino consecuencia inequívoca del cumplimiento que requiere la motivación, de modo que partir de la base que por el mero hecho de que el constituyente plantee como directriz del repudio de la arbitrariedad, la promoción de la transparencia, publicidad y del debido proceso administrativo, de los diversos actos que componen el procedimiento administrativo, ello no implica necesariamente la motivación per se, sino que la primera reviste un aspecto formal e instrumental por medio del cual se palpan los fundamentos, lo que se traduce que en este caso en particular, en que supuestamente se hayan bajado los contagiados por el Covid 19, lo que trasunta en el acto administrativo reprochado

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986, páginas 88 – 89.

se basaría en razones inverosímiles, lo que el legislador reprocha por una aplicación directa de nuestra Constitución, del principio de Interdicción de la Arbitrariedad, por cuanto en caso de no explicitarlos, *“habilitaría para que el Administrador omita dicha fundamentación fáctica y evada la impugnación cuando esos hechos resulten falsos...”*¹⁷entendiendo que lo que procura el legislador es precisamente la **interdicción de la arbitrariedad**, que se configuraría al aceptar una tesis al contrario, implicando además una aceptación de la discrecionalidad administrativa en este materia, siendo óbice en esta arista, por lo que a partir de la aplicación de los principios del Derecho Administrativo.

29. Como premisa básica, es preciso señalar que el principio de razonabilidad o interdicción de la arbitrariedad supone como primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario “una motivación suficiente del acto” y como segundo parámetro “la necesidad de una justificación objetiva”. Esta distinción se traduce en que una cosa es la expresión externa de las razones que sirven de fundamento a la decisión y otra muy distinta son las razones mismas, las que deben estar respaldadas por datos objetivos¹⁸.

30. Recordemos, que la Discrecionalidad Administrativa, como enseña el Profesor Bermúdez, se entiende como:

31. *“Una facultad atribuida por la ley a un órgano de la Administración del Estado, para que éste, frente a una determinada situación que motive su actuar pueda adoptar libremente y dentro de los márgenes que fija el ordenamiento jurídico, la decisión que estime razonable, conveniente, oportuna, eficaz, y proporcionada de acuerdo a los antecedentes que la justifican, evitando así incurrir en un acto u omisión arbitraria. Se trata de un concepto deductivo, que colecciona los elementos que caracterizan a la discrecionalidad (libertad de actuación) y las condiciones para su ejercicio (razonable, conveniente, oportuna, etc.) Sin embargo, no da cuenta de las posibilidades en que dicho margen de apreciación opera, es decir,*

¹⁷ FERNANDOIS VOHRINGER, Arturo; BARAONA GONZÁLEZ, Jorge; “La inexistencia de los hechos que fundamentan un acto administrativo ¿Constituye un vicio de Nulidad?; Revista de Derecho Universidad Finis Terrae; Año VII, N° 7, año 2003; página 79-103.

¹⁸ En ese sentido: Fernández, Tomas R., “De la Arbitrariedad de la Administración”, 5º edición, Civitas, Madrid, 2008, p. 84.

en qué momento es posible apreciar esta clase de poder en el actuar administrativo.

32. *La discrecionalidad se encuentra ubicada en la parte de las consecuencias jurídicas de una norma de Derecho. Consiste en la posibilidad de que dispone la Administración de asumir diversos comportamientos frente al acaecimiento de unos determinados hechos. La ley no prevé una actuación obligatoria para la administración, o bien, no establece una única consecuencia jurídica para los hechos, sino que habilita a la Administración para que ella misma decida o elija aquello que estime más acuerdo al caso. Vista así la discrecionalidad, ésta se dividirá, entonces, en dos:*

33. *Discrecionalidad de actuación: en que permite a la Administración decidir si actúa o no, esto es, si aplica una consecuencia jurídica o no, y Discrecionalidad de elección: en que puede determinar cómo, con qué medios o en qué forma actuará.”¹⁹*

34. *Lo anterior no es baladí, toda vez como lo expresa el Profesor Cordero Vega, “La falta de motivación que sostenga la decisión administrativa, su único apoyo radicaría exclusivamente en la sola voluntad del funcionario que adopta dicha decisión, apoyo que, como es obvio, resulta insuficiente en un Estado de Derecho en el que no hay margen-por principio-para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario. El razonamiento anterior tiene la fuerza incomparable de su universalidad, como que aparece reiterado en obras que circulan modernamente. Se citará de modo expreso sólo una, la de Tomás Ramón Fernández, “Arbitrariedad y discrecionalidad” m pp. 106 y 107. Editorial Civitas, Madrid, 1991 (C.7)... Para no incurrirse en arbitrariedad, la decisión discrecional “debe venir respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera”. Desde luego, “en los actos reglados, como su contenido está agotadoramente tipificado por la ley, por regla general tendrá escasa importancia el proceso de formación de la voluntad administrativa. En cambio, en los discrecionales, al existir en mayor o menor*

¹⁹ BERMUDEZ SOTO, Jorge; “Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados en la actuación de la Administración Pública”; en Revista de Derecho Administrativo N°7, páginas 3-26, II, año 2012.

medida una libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión”. Por lo dicho anteriormente es que la Administración está obligada a “aportar al expediente todo el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantice la legalidad y oportunidad de la misma, así como la congruencia y fines que la justifiquen”. Lo que aparece citado textualmente en las líneas precedentes corresponde a fragmentos de sentencias pronunciadas por el Tribunal Supremo de España, y que son de las fechas que enseguida se indican: 29 de noviembre de 1985, 7 de febrero de 1987, 22 de junio de 1982 y 15 de octubre de 1985. (Ver Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia. Pamplona, España) (C.9).”

35. El deber de fundamentación o motivación del acto administrativo, incluyendo aquellos que dicta el órgano sanitario demandado, consiste en la exposición clara y precisa de los motivos que indujeron al órgano del Estado a la emisión de la decisión. En este sentido, la doctrina ha señalado: *“Así, la motivación -o fundamentación- comprende la exposición de las razones que han llevado al órgano a emitirlo, y en especial, la expresión de los antecedentes de hecho y derecho que preceden y justifican el dictado del acto.”*²⁰

36. En este sentido, la motivación del acto administrativo surge como una necesidad tendiente a la observancia del principio de legalidad en la actuación de los órganos estatales, y que, desde la perspectiva del particular, se traduce en una exigencia fundada en otorgar una mayor protección de los derechos individuales, ya que de su total acatamiento depende que el administrado pueda conocer efectivamente los antecedentes y razones que justifican la dictación del acto²¹. De ahí que, la motivación se considere un elemento que permita examinar la legitimidad o no de una determinada actuación pública.

37. En este sentido, nuestra Excma. Corte Suprema ha señalado:

²⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo, Tomo II. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 202.

²¹ CASSAGNE, Juan Carlos. El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico. México, Editorial Porrúa, 2014, p.200.

38. *“... la Ley N° 19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, en cumplimiento de criterios constitucionales, se ha encargado de desarrollar los principios destinados a asegurar un procedimiento racional y justo al decidir y al ejecutar las actuaciones de los órganos de la Administración del Estado, puntualizando en el artículo 1° que sus preceptos se aplicaran con carácter supletorio en aquellos casos donde la ley establezca procedimientos administrativos especiales. En este sentido, el ordenamiento referente a las atribuciones de nombramiento y terminación de cargos de empleos a contrata que corresponden al jefe superior del servicio contenido en el ya citado Estatuto Administrativo, no contempla reglas especiales acerca del procedimiento que debe emplearse para el ejercicio de semejantes facultades, razón por la que, respecto de tal materia, inequívocamente cabe aplicar las disposiciones contempladas en la referida Ley N° 19. 880.*

39. *Ahora bien, entre los principios previstos en esa ley se encuentran aquellos sobre transparencia y publicidad consagrados en el artículo 16, en el cual se dispone que el procedimiento administrativo debe realizarse con transparencia de manera que permita y promueva el conocimiento, contenido y fundamentos de las decisiones que se adopten en él. A su turno, se consigna en dicho cuerpo legal la obligación del artículo 11 inciso segundo, consistente en motivar o fundamentar explícitamente en el mismo acto administrativo la decisión, los hechos y los fundamentos de derecho que afecten los derechos de las personas. Por último, es útil destacar que el artículo 41 inciso cuarto, primera parte del aludido texto legal ordena: 'Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada*

40. *3° Que de lo expresado solo cabe colegir que es un requisito sustancial la expresión del motivo o fundamento, pues La omisión está vinculada a una exigencia que ha sido puesta como condición*

*de mínima racionalidad, puesto que como ocurre en la especie, se afectan derechos de las personas*²²

41. Como se infiere de la jurisprudencia citada, el “motivo” del acto administrativo, comprende, por una parte, el porqué del acto administrativo, en el cual se incorporan los elementos de hecho que se tuvieron a la vista para su dictación y las consideraciones de derecho o fundamentos jurídicos que constituye la fuente legal que fija la competencia del órgano emisor, y por otra parte, la exteriorización de los motivos y razones de la decisión, que permiten determinar si la actuación pública resulta razonable, proporcionada y legítima. De ahí que, un error en los motivos o la existencia de los mismos, pueda llevar a tachar la decisión del órgano público, como arbitraria.

42. Ahora vale esta exigencia o deber de fundamentación del acto, no se reduce a solamente dar razones o exteriorizar referencias sucinto de los hechos y el derecho, sino que además debe ser adecuada, suficiente y justificada objetivamente.²³

43. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de nuestra Excma. Corte Suprema:

44. *“Sexto: Que la ausencia de una fundamentación adecuada no permite conocer las razones de interés Público en Base a las cuales se adopta la Decisión (puede hacer presumir que El fin querido por la autoridad no es precisamente el de Interés General o Particular), que en Ese caso la autoridad Administrativo justifica en la aplicación del Artículo 10 del Reglamento de Concesiones Marítima, por la existencia de varias solicitudes de concesión Sobre Un mismo sector, toda vez que no aparece debidamente justificada la elección de una solicitud en desmedro de la presentada por la recurrente o por que se desechó la posibilidad de otorgar Pero de una autorización. En efecto, no basta la mera referencia que hace la autoridad en la cuestionada resolución en cuanto a haber considerado Como fundamento para su decisión lo que aconsejan o*

²² EXCMA. CORTE SUPREMA, Rol N°40. 599-2016, 26 de septiembre de 2016. En el mismo sentido, CS, Rol N° 24.6 15-2014, 29 de diciembre de 2014.

²³ Este criterio de "motivación suficiente" del acto administrativo, ha sido reconocido expresamente por la CGR: Dictámenes Nros 94064, 94587, 94589, 94592 de 4 de diciembre de 2014.

expresan Los informes técnicos evacuados durante el proceso de tramitación de la solicitud de la recurrente, sin mayor análisis y explicitación de Los parámetros o criterios Utilizados, sobre la Base de los cuales establecieron la preferencia a la que alude el mencionado Artículo 10, teniendo en consideración, además que dichos pronunciamientos constituyen una recomendación y no suyos concluyentes sobre la materia, por lo que no Relevante a la autoridad del deber de fundamentación que el acto emitido requiere.

45. *Séptimo: Que en este contexto resulta necesario precisar que la causa o motivación es un elemento del acto administrativo que puede ser entendido como la razón que justifica su dictación por la Administración del Estado, en la que se encuentran elementos facticos y de derecho. La causa o motivo debe expresarse en el acto de la Administración y ello deriva precisamente de que el actuar de la misma debe ser razonable, proporcionado y legalmente habilitado, a fin de posibilitar su comprensión frente a Los destinatarios y evitar ser tachada de arbitraria, puesto que la inexistencia o error en los motivos de hecho, determina la existencia de un vicio de abuso o exceso de poder²⁴*

46. La jurisprudencia recién citada es de especial relevancia, pues ha consolidado un criterio o estándar de control judicial de la motivación administrativa que les exige a las entidades públicas, tales como por ejemplo a la misma Contraloría, fundar especialmente sus dictámenes, con mayor razón los deben ser los órganos fiscalizados, como es la Seremi de Salud y su Seremi.

47. A modo de colofón, cabe señalar que el error de hecho o el control de los motivos de hecho de una decisión administrativa comprende tanto: (1) el control de la exactitud material de los hechos, (2) el control de su calificación jurídica y (3) la apreciación de los mismos²⁵; y, en los hechos, los actos administrativos emitidos por el recurrido, particularmente el de fecha 05 de mayo de 2020, contenida en la Resolución Exenta N° 1509, no adolecen de una

²⁴ EXCMA. CORTE SUPREMA, Rol N°19.584-2016, 26 de mayo de 2016. Un razonamiento similar en CS, Rol N°58.971 -2016, 13 de marzo de 2017

²⁵ PIERRY ARRAU, Pedro, "El control de la Discrecionalidad Administrativa", en Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, n° 8, Valparaíso, 1984, p. 170.

motivación suficiente, adecuada y objetiva, al no pronunciarse ni apreciar según la normativa que rige la materia, dado que simplemente se procede a remitir a los mismos hechos que fundó la prohibición de funcionamiento, decretado en la Resolución Exenta N° 1094, de fecha 23 de marzo de 2020.

48. De este modo, como se puede apreciar, las decisiones y medidas adoptadas por el Seremi de Salud de la Región del Bío Bío, carecen la suficiente motivación, configurando un vicio de nulidad de la actuación pública que debe ser declarado por VS. Itma.

49. Así las cosas, la Resolución de la SEREMI de Salud recurrida, no cumple con las normas antes citadas. La referida resolución establece 20 considerandos, sin embargo, en ninguno de ellos expone cuales son las razones o los hechos concretos tenido a la vista que hacen plausible levantar la prohibición de celebrar actividades religiosas.

50. Es más, al leer los considerandos del acto recurrido, se deduce que lo que se va a resolver en aquel acto es una nueva medida destinada a la protección de la población. No existe en el acto recurrido una relación entre la exposición de los considerandos, y la resolución final. Hay una ausencia total de las razones que a considerado la autoridad sanitaria para alzar la medida de prohibición de celebrar actividades religiosas. Lo mínimo que la autoridad debió exponer es que hechos han cambiado entre la fecha en que se dictó la prohibición y la actualidad en que se levanta la prohibición.

51. Al no existir en la Resolución recurrida el razonamiento o ejercicio intelectual realizado para determinar la procedencia de levantar la medida sanitaria de prohibición de celebrar actividades religiosas, la resolución recurrida es abiertamente arbitraria. Pues obedece a un mero capricho de la autoridad sanitaria y esto queda en evidencia al solo levantar la prohibición respecto de la celebración de actividades religiosas sin mencionar las deportivas, ni las culturales. ¿Por qué solo las religiosas?, ¿por qué alzar las medidas sanitarias?, ¿Cuáles son los hechos que generaron un cambio entre las condiciones

existentes al momento de dictación de la medida sanitaria y el momento de su alzamiento? No lo sabemos porque la autoridad no fundó su resolución y desconoció las normas de los artículos 11 y 41 de la Ley 19.880, o sea la resolución recurrida es también abiertamente ilegal.

52. En este contexto, en el considerando N° 19 del acto administrativo recurrido, expresamente se lee: *“Que de acuerdo a la facultad de revisión de los actos administrativos consagrada en el artículo 61 de la ley 19880 que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado y con el objeto de preservar el derecho constitucional de libertad de culto consagrado en el artículo 19 N°6 de la Constitución Política de la República de Chile, se deberá decretar el alzamiento de la medida de prohibición de celebrar actividades religiosas en recintos abierto como cerrados.”*

53. Vale decir VS. Itma., la autoridad sanitaria se vale de una remedio de la Ley 19.880, donde se consagra la revocación del acto administrativo, “dogmáticamente la revocación se concreta en una resolución administrativa destinada a poner término a los efectos jurídicos producidos por un acto administrativo regular, cuando la Administración estima conveniente hacerlo cesar por exigirlo el interés general. De este modo, la clave de la potestad revocatoria estriba en la tensión que se origina entre el interés público que exige la modificación de una situación jurídica existente y la seguridad jurídica del particular sobre la mantención de su status quo intangible, derivado de la regularidad jurídica del acto administrativo que se pretende revocar...”²⁶

54. De este modo, surge la duda de cuál es el interés público existente y que motiva la dictación del acto administrativo, el cual de acuerdo a los propios fundamentos de la decisión de la autoridad consiste en que se estaría afectando la libertad religiosa, lo cual colisiona

²⁶ FLORES RIVAS, Juan Carlos. LA POTESTAD REVOCATORIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rducn/v24n1/0718-9753-rducn-24-01-00193.pdf>

abiertamente frente al derecho a la vida y a la protección de la integridad psíquica y física de las personas, donde por exigirlo el interés general debe preferirse a estas últimas garantías constitucionales sobre lo que se invoca como fundamento de la decisión de la autoridad sanitaria, criterio a todas luces de suyo arbitrario e ilegal. En este sentido, la Resolución Exenta N°1509 del 05 de mayo de 2020, que alza la prohibición de celebrar actividades religiosas, perturba y amenaza el ejercicio de otra garantía constitucional, establecida en el artículo **19 n° 1 de la Constitución Política**. Esto es, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

55. Como se esbozó anteriormente en esta presentación, en el mes de marzo se conoció del brote de COVID 19, surgido en una iglesia evangélica del sector Boca Sur en la comuna de San Pedro de la Paz, el cual resultó en el contagio de 36 personas. Situación que se repitió en la comuna de Puente Alto donde un pastor infectado con COVID 19, celebró culto con 30 personas. Volviendo a suceder en la comuna de la Pintana. Lo anterior, sin olvidar la “Conferencia Nacional de Pastores”, en la que el Obispo de la iglesia Metodista Pentecostal, don Mario Salfate, y otros 3 líderes resultaron contagiados.

56. A la luz de los hechos la realización de actividades religiosas es un caldo de cultivo del COVID 19. Por lo que parece que se pone deliberadamente en riesgo la vida y la integridad de la población sobre todo en momentos de profunda angustia en los que las personas buscan guía y consuelo espiritual.

57. Si bien es cierto, nuestro Código Político, en su artículo 19 N°6 consagra la libertad de cultos y de conciencia, ello no implicará que dicha prerrogativa esté por encima del derecho a la vida y a la integridad psíquica y física de las personas y el derecho a la salud, garantías constitucionales reconocidas en el numeral 1 del signado artículo 19 de nuestra Constitución, dado que en esta eventual colisión de derechos fundamentales, prevalece a todas luces el derecho a la vida, a la integridad psíquica y física, como el derecho a

la salud. Esto es lo que se conoce como la “colisión de derechos fundamentales, donde la posición de dos o más titulares de derechos fundamentales, se enfrentan de tal modo que el resultado adjudicado a uno (o unos) va a implicar negación o rechazo de la protección o amparo defendido por el otro (u otros)”²⁷.

58. La acción deducida por este servidor público se establece en el artículo 20 de la Constitución Política del Estado. Dicha disposición me autoriza a recurrir por sí y ante sí a recurrir a esta Corte.

59. La privación, perturbación y amenaza denunciada en esta acción dice relación específicamente con la vulneración a la protección establecida en el numeral 1 del artículo 19 de la Carta fundamental. En efecto, la conducta arbitraria e ilegal de la recurrida afecta el legítimo ejercicio del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. Tanto mía como de los chiguayantinos a quienes represento en mi calidad de concejal.

60. La conducta de la recurrida amenaza directamente a la vida y la integridad de la población al encontrarse demostrado que la celebración de actividades religiosas es un foco de contagio latente y de gran magnitud. Pudiendo surgir un brote como sucedió en la iglesia de Boca Sur, en el que no solo se vieron afectadas las personas que participaron en la celebración del culto, sino que personas que no asistieron, pero con las cuales se relacionaron ya sea por compartir la misma casa o el mismo espacio laboral.

61. Lo anterior cobra especial importancia al tratarse de Chiguayante la comuna en la cual vivo y de la cual soy edil. En Chiguayante existen alrededor de 42 iglesias solo evangélicas, en cuanto a la fe católica esta cuenta con 1 parroquia y 10 comunidades. A eso sumado el hecho que nuestra población tiene un gran número de adultos mayores, asistentes más frecuentes a aquellas celebraciones muchas veces en busca de compañía y guía espiritual.

²⁷ ALDUNATE LIZANA, Eduardo. Derechos Fundamentales, página 270.

62. La Garantía Constitucional recién expuesta es de aquellas protegidas expresamente por la acción establecida en el artículo 20 de la Carta Fundamental, por lo que su vulneración corresponde remediar por esta vía.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto, y lo dispuesto en el artículo 20, en relación con el artículo 19 número 1 de la Constitución Política del Estado de Chile, y en el auto acordado de la **EXCMA. CORTE SUPREMA** sobre sustanciación de la acción de protección y demás normas pertinentes, **PIDO A US. ILTMA.** tener por deducida acción constitucional de protección en mi favor y en favor de la población de la comuna de Chiguayante a quienes represento como edil, en contra del Secretario Regional Ministerial de Salud Región del BíoBío, don **HÉCTOR MUÑOZ URIBE**, todos debidamente individualizados, acogerlo a tramitación y ordenar que el recurrido deje sin efecto la Resolución exenta N°1509 del 05 de mayo de 2020, que levanta la “medida sanitaria de prohibición de celebrar actividades religiosas” reestableciendo así el imperio del derecho cesando de esta manera la amenaza al legítimo ejercicio de la garantía establecida en el artículo 19 N°1 de la Constitución Política esto es “el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona” mientras dure el Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe motivado por la pandemia generada por el COVID 19 o las medidas que US. ILTMA. estime pertinentes para reestablecer el imperio del derecho y el resguardo a las garantías constitucionales que motivan esta acción.

PRIMER OTROSÍ: De conformidad a lo señalado en el Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema, Sobre tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales y en el artículo 57 de la Ley 19.880, sobre Procedimientos administrativos, solicito a US. ILTMA. **Se sirva a conceder orden de NO INNOVAR en cuanto a que se suspenda los efectos de la Resolución Exenta N°1509 del 05 de mayo de 2020, dictada por el Secretario Regional Ministerial de Salud Región del BíoBío, que alza la medida sanitaria de prohibición de celebrar actividades religiosas en recintos abiertos como cerrados.**

Fundo esta solicitud en las siguientes consideraciones de hecho y de derecho:

1.- En doctrina se ha señalado por don Enrique Paillas en relación con la Orden de No Innovar que: *“Por esta resolución se dispone la suspensión desde luego, del acto perturbador de un derecho y produce efectos por mientras se resuelve el Recurso de Protección. Es un complemento importante del procedimiento sobre la materia, pues de este modo se precaven los efectos perniciosos del acto reclamado”* (Enrique Paillas, El Recurso de Protección Ante el Derecho Comparado. Editorial jurídica de Chile, Santiago 1997, página 103).

2.- En el Recurso en conocimiento existe un **efecto pernicioso**, que se pretende evitar. Cuál es el contagio desmedido de COVID 19, debido al levantamiento de la medida sanitaria de prohibición de celebrar actividades religiosas. **Y la amenaza**, cierta, real y concreta sobre el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica del recurrente, derecho recurrido en lo principal. El solo respeto al principio REBUS SIC STANTIBUS, justifica en este caso la Orden de No Innovar, debido a que se reúne los requisitos para su dictación.

3.- Téngase en especial consideración la **“irreversibilidad”** de las consecuencias que producirá el pleno efecto de la Resolución Exenta N°1509. Que alza una medida sanitaria que a la fecha ayudó visiblemente a detener los contagios por COVID 19. En este mismo contexto el próximo domingo 10 de mayo se celebrará el día de la madre. Fecha importante para todos los credos, es un día en que la asistencia a cultos religiosos se ve aumentado tanto como las visitas a los cementerios. Sin embargo, los recintos de campo santo, se encuentran con prohibición de abrir, lo que refuerza la argumentación respecto a la arbitrariedad de levantar la medida sanitaria. Pues se prohíbe abrir el cementerio que es un recinto al aire libre, pero se permiten las celebraciones religiosas, las cuales en su mayoría se celebran en recintos cerrados. Como verá es un sin sentido que carece de toda consistencia. Por lo tanto, sumado al factor de irreversibilidad debemos sumar el carácter de **urgencia** en suspender los efectos de la resolución N°1509 y así evitar que el próximo domingo 10 de mayo se disparen los contagios por COVID 19.

4.- En la eventualidad que US. ILTMA estime no conceder la Orden de no Innovar, la tramitación del recurso principal perdería todo sentido, pues ya se habrían producido los efectos perniciosos e irreversibles que esta acción pretende evitar.

POR TANTO, en virtud de lo expuesto y lo dispuesto, **solicito a US. ILTMA.** Conceder Orden de No Innovar en cuanto a que se suspenda los efectos de la Resolución Exenta N°1509 del 05 de mayo de 2020, dictada por el Secretario Regional Ministerial de Salud Región del Biobío, que alza la medida sanitaria de prohibición de celebrar actividades religiosas en recintos abiertos como cerrados, con la finalidad de resguardar la vida y la integridad física psíquica de las personas durante la tramitación del Recurso principal o las medidas que US. ILTMA. estime pertinentes para reestablecer el imperio del derecho y el resguardo a las garantías constitucionales que motivan esta acción.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito a US. tener por acompañados los siguientes antecedentes:

- Resolución Exenta N°1094, del 23 de marzo de 2020, dictada por la SEREMI de Salud Región del Biobío.
- Resolución Exenta N°1509, del 5 de mayo de 2020, dictada por la SEREMI de Salud Región del Biobío.