

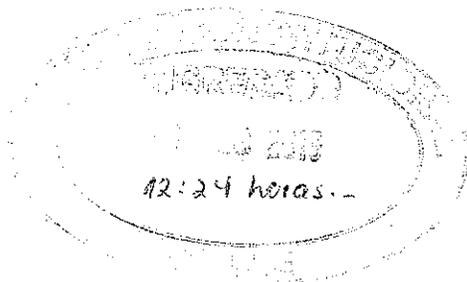
EN LO PRINCIPAL: DEDUCE REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD.

PRIMER OTROSÍ: ACOMPAÑA DOCUMENTOS.

SEGUNDO OTROSÍ: SOLICITA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

TERCER OTROSÍ: PATROCINIO Y PODER.

CUARTO OTROSÍ: NOTIFICACIONES.



EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ALVARO VILLA VICENT, abogado, en representación convencional de la sociedad denominada **OPTI STORE S.P.A**, Rut. N° 78.445.210 - 7, ambos con domicilio en calle Victoria 480, comuna de Santiago, Región Metropolitana, y para estos efectos en calle Huérfanos 835, oficina 1203, comuna de Santiago, Región Metropolitana, a este Excelentísimo Tribunal respetuosamente digo:

En la representación que invisto, ejerzo la acción contenida en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política, en relación a la gestión judicial pendiente consistente en el **recurso de protección actualmente en tramitación ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el ingreso causa Rol n° Protección 84.402-2018, caratulado "BAHAMON CON REBOLLEDO"**.

A Usía. Excelentísima pido, se sirva declarar la inaplicabilidad de la disposición legal contenida en la parte final del inciso segundo del artículo 126 del Código Sanitario que dispone:

"En ninguno de estos establecimientos estará permitida la instalación de consultas médicas o de tecnólogos médicos"

Lo anterior, en relación a los establecimientos de óptica, pues su aplicación al caso específico de que conoce **la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el ingreso**

causa Rol n° Protección 84.402-2018, caratulado “BAHAMON CON REBOLLEDO”, resulta contraria a la Constitución.

Como se explicará, de ser aplicada la citada disposición para resolver el recurso de Protección de que actualmente conoce **la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago**, se tendrá como resultado ineludible una vulneración al derecho a la igualdad ante la Ley y al derecho a desarrollar una actividad económica, normas contenidas en el artículo 19 N° 2 y N° 21 de la Constitución Política respectivamente y que disponen:

Artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental: La Constitución asegura a todas las personas: La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;

Artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental: La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional respetando las normas que la regulan”.

Entendiendo que la resolución del fondo del asunto corresponde, finalmente, a los Tribunales Ordinarios de Justicia, esta parte acude ante Usía. Excelentísima a efectos que la decisión que se adopte en dicha sede, cualquiera ésta sea, no esté contaminada por la aplicación de un precepto que, aplicado a dicho caso, resulta ser inconstitucional.

Todo lo anterior atendido las siguientes consideraciones:

A.-ANTECEDENTES GENERALES – NATURALEZA JURÍDICA DE UN ESTABLECIMIENTO DE ÓPTICA -

Mi representada es un establecimiento de salud.

Como cualquier otro establecimiento de salud, como por ejemplo, una clínica, un centro médico o un centro odontológico, realiza acciones de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud de las personas.

La única diferencia entre el establecimiento de salud de mi representada y un centro de odontología por ejemplo, es que mi representada asocia sus acciones a la salud visual de las personas, y un centro odontológico, a la salud oral o bucal de las personas.

Los establecimientos de salud, se encuentran tratados en el Libro Sexto del Código Sanitario y son definidos en el Artículo 121 de dicho texto, como "*Aquellas entidades públicas o privadas que realizan o contribuyen a la ejecución de acciones de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud de las personas enfermas.*".

El Título I trata a los establecimientos asistenciales de Salud, el Título II a los establecimientos de Óptica y de otros elementos de uso médico, y el Título III a los establecimientos del área farmacéutica.

Mediante el Decreto N° 4 de 1985 del Ministerio de Salud, se fijó el Reglamento de Ópticas y se definió en su Artículo 1, a los establecimientos de ópticas como:

"Todo local, o parte debidamente circunscrita de él, donde se expendan anteojos o lentes con fuerza dióptrica o donde se adapten y expendan lentes de contacto, tengan o no fuerza dióptrica."

Dejo establecido así que, desde el punto de vista legal y sanitario, **un establecimiento de óptica es un establecimiento de salud que trata a personas con disfunciones visuales.**

B.- ANTECEDENTES PARTICULARES QUE DIERON ORIGEN A LA CONTROVERSIA EN ACTUAL TRAMITACIÓN.

Mi representada, es propietaria de un establecimiento de salud, **consistente en una sala de venta de lentes ópticos** ubicada en calle Avenida Larraín 5862, Local A, 2001 y A 2005 S, del Mall Plaza Egaña, de la comuna de La Reina.

Desde la época de su instalación y funcionamiento, nuestro establecimiento ha funcionado sin contratiempos o reproches sanitarios de ninguna naturaleza, incluso con la consulta profesional de un optómetra en su interior, en un área debidamente circunscrita.

Convengamos que, esto es lo más común y habitual en todos los otros establecimientos de salud, pues en una clínica, por ejemplo, coexisten profesionales de distintas áreas de la medicina con empresas asociadas a prestar servicios médicos y a vender insumos médicos para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades de sus pacientes, los que se denominan como dispositivos médicos.

Con fecha martes 13 de noviembre de 2018, este Excelentísimo Tribunal Constitucional en los autos causa **rol 3628-17 INA** y **rol n° 3519-17 INA**, declaró la

inaplicabilidad por inconstitucionalidad, de la última parte del inciso segundo del artículo 126 del Código Sanitario ya citado.

Estos fallos fueron notificados a las partes intervinientes el día jueves 15 de noviembre de 2018.

El día domingo 18 de noviembre de 2018, en la página 15 del cuerpo C del Diario El Mercurio, el Directorio de la Sociedad Chilena de Oftalmología, publicó un inserto de todo un cuarto de página, denominado “Declaración Pública sobre sentencia del Tribunal Constitucional que autoriza a profesionales a recetar lentes al interior de ópticas”, rechazando lo resuelto por el Excelentísimo Tribunal Constitucional.

En un otrosí, acompaño copia del citado inserto.

Con fecha lunes 19 de noviembre de 2018, a eso de las 16:00 horas, don JULIO REBOLLEDO BASSO, funcionario fiscalizador de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana, se apersonó en el local de óptica de propiedad de mi representada y luego de constatar que en su interior existía una consulta profesional de optometría, procedió a decretar la medida sanitaria de prohibición de funcionamiento.

En un otrosí de esta presentación, acompaño copia del acta en que se impuso la citada medida.

C.- LA CONTROVERSIA EN ACTUAL TRAMITACIÓN

Con fecha 26 de noviembre de 2018, deduje en favor de mi representada recurso de protección en contra de la citada actuación, y en contra de la amenaza que significaba que doña ROSA OYARCE SUAZO, en su calidad de Secretaria Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana, ratificara la actuación del primero de los funcionarios recurridos.

Dicho recurso de protección, está siendo conocido actualmente por **la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el ingreso causa Rol n° Protección 84.402-2018, en los autos caratulados “BAHAMON CON REBOLLEDO”**.

D.-PETICIÓN CONCRETA

Corresponde indicar que este requerimiento de inaplicabilidad, no pretende traer a conocimiento de Vuestra Excelencia todo el conjunto de aspectos de hecho y derecho que se ventilan en la citada gestión judicial.

Tampoco buscamos que Usía. Excelentísima zanje algún problema de legalidad o de interpretación legal vinculado a esa norma.

No, claro que no.

Esta parte está muy satisfecha sabiendo que tanto la ponderación de las pruebas como la interpretación legal, previas a la decisión sobre el fondo, le corresponden a los Tribunales Ordinarios de Justicia.

Lo que pedimos a Vuestra Excelencia es que intervenga, con el único y preciso objeto de ordenar que cuando se adopte esa decisión sustantiva, ella no descansa principalmente en un precepto que, aplicado a este caso, resulta ser inconstitucional como más adelante veremos.

E.- EN CUANTO A LA ADMISIBILIDAD DEL REQUERIMIENTO

1.- Legitimación activa

Mi representada, la sociedad denominada **OPTI STORE SPA**, es parte recurrente en el recurso de protección seguido ante **la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago**, bajo el ingreso causa Rol n° Protección 84.402-2018, caratulado “**BAHAMON CON REBOLLEDO**”.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 79 de la ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, se acompaña certificado expedido por el Tribunal que conoce de la gestión judicial, en que consta la existencia de este recurso, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.

2.- Este requerimiento pide se declare la inaplicabilidad de un precepto legal.

Como se anticipó, este requerimiento solicita se declare la inaplicabilidad de la última parte del inciso segundo del artículo 126 del Código Sanitario, concretamente la frase “**En ninguno de estos establecimientos estará permitida la instalación de consultas médicas o de tecnólogos médicos**”.

No hay dudas, en cuanto a que dicha expresión constituye un “precepto legal”. Posee, en efecto, una unidad de sentido. Mientras el resto del artículo 126 del Código Sanitario establece alguna de las condiciones bajo las cuales han de funcionar los establecimientos de óptica, el párrafo que se pide declarar inaplicable contempla una concreta, particular y especial prohibición, perfectamente circunscrita e identificable.

3.- Este requerimiento solicita a Vuestra Excelencia un pronunciamiento sobre un problema de constitucionalidad y no que dirima o resuelva un asunto de legalidad o interpretación legal.

En efecto, y más allá de las dudas que pudieron existir en algún momento sobre el alcance de la prohibición del artículo 126, la verdad es que, hoy por hoy, todas esas dudas interpretativas han sido resueltas en las sedes que corresponde (Contraloría General de la República y Tribunales de Justicia).

Conscientes de la naturaleza del requerimiento de inaplicabilidad, no vengo ante Vuestra Excelencia a defender una determinada interpretación del precepto ni a pedir que se corrija o mejore la que postulan otros.

No estoy solicitando a Vuestra Excelencia, en suma, que declare cuál es el verdadero sentido y alcance de una disposición legal. No traemos ante el Tribunal Constitucional una cuestión de legalidad.

4.- Este requerimiento se presenta en el contexto de una gestión judicial que se encuentra actualmente pendiente.

Como consta auténticamente del certificado que se acompaña a este escrito, la gestión judicial en que tendrá aplicación decisiva el precepto legal cuya constitucionalidad impugnamos se encuentra actualmente pendiente de resolución.

5.- Esta cuestión se promueve respecto de un precepto legal respecto del cual han existido ya dos pronunciamientos previos parte del Excelentísimo Tribunal Constitucional.

La norma que se impugna, ha sido objeto de dos sentencias de inaplicabilidad dictadas por este Excelentísimo Tribunal.

La primera de ellas, en un caso idéntico a éste, en que el requerimiento fue deducido por un profesional optómetra, en los autos causa rol n° 3519-17 INA, y la segunda de ellas, en un caso deducido por una sociedad dueña de una óptica, en los autos rol 3628-17 INA.

En ambos requerimientos, fue declarada la inconstitucionalidad del citado precepto, para su aplicación en las gestiones judiciales en que ellos incidían, en uno de los cuales fue parte la Seremi de Salud R.M. y en el otro la Seremi de Salud de Valparaíso, ambas representadas por el Consejo de Defensa del Estado.

6.- De los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparece claramente que el precepto legal impugnado ha de tener aplicación y que éste, además, resultará decisivo en la resolución del asunto.

Lo que le estamos solicitando a Vuestra Excelencia, es que se pronuncie sobre la constitucionalidad para el caso concreto de un precepto legal que, sin duda, tendrá aplicación decisiva a efectos de fallar la gestión judicial pendiente.

En efecto, lo que se discute ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en los autos **ingreso causa Rol n° Protección 84.402-2018, caratulado "BAHAMON CON REBOLLEDO"**, es la legalidad y razonabilidad de la prohibición de funcionamiento que el funcionario fiscalizador de la Seremi de Salud de la Región Metropolitana le aplicó a mi representada, fundado precisamente en la prohibición de locación geográfica que la citada norma le impone a los establecimientos de óptica y a los optómetras, y la legalidad y razonabilidad de la ratificación de dicha medida sanitaria por parte de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana.

El precepto que objetamos será aplicado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago para resolver la gestión judicial pendiente, pues la actuación que se reprocha, se funda precisamente en la norma que para este caso concreto y particular, estimo que es inconstitucional.

Su aplicación no será marginal o meramente incidental, sino que, absolutamente decisiva, **ya que lo que la Ilustrísima Corte de Apelaciones debe resolver, es precisamente sí, mi representada ha violado o no la norma que reprochamos como inconstitucional.**

Dicho de otra manera, si Vuestra Excelencia no acoge esta acción de inaplicabilidad, estamos ciertos que la gestión pendiente se resolverá sobre la base del precepto que reprochamos y será precisamente ese precepto, más que ningún otro, el que guiará las manos del sentenciador, y será la aplicación de ese precepto al caso concreto, dadas las características del caso concreto, la que generará el resultado inconstitucional que a través de esta acción se intenta impedir.

Así las cosas, la expectativa de resultar aplicable decisivamente el precepto legal que impugno no es hipotética o meramente posible, sino que real, sustancial e ineludible.

El precepto que objetamos tiene la más directa posible relación con la cuestión que se discute en la gestión pendiente. Mientras el precepto que objetamos esté vigente y no se acoja la inaplicabilidad, es evidente e inexorable que el juez de fondo la aplicará para resolver el asunto.

Es claro, entonces, que el precepto que se impugna es, sin duda, la norma decisiva para la resolución del asunto pendiente y es, al mismo tiempo, la norma que directamente causaría el efecto inconstitucional que intentamos prevenir.

F.- EN CUANTO AL FONDO

El artículo 126 del Código Sanitario tiene el siguiente tenor (en negrita y subrayado el precepto cuya inaplicabilidad se pide):

“Sólo en los establecimientos de óptica podrán fabricarse lentes con fuerza dióptrica de acuerdo con las prescripciones que se ordenen en la receta correspondiente.

*Los establecimientos de óptica podrán abrir locales destinados a la recepción y al despacho de recetas emitidas por profesionales en que se prescriban estos lentes, bajo la responsabilidad técnica de la óptica pertinente. **En ninguno de estos establecimientos estará permitida la instalación de consultas médicas o de tecnólogos médicos.***

Autorízase la fabricación, venta y entrega, sin receta, de lentes con fuerza dióptrica sólo esférica e igual en ambos ojos, sin rectificación de astigmatismo, destinados a corregir problemas de presbicia.

La venta o entrega de dichos lentes deberá acompañarse de una advertencia sobre la conveniencia de una evaluación oftalmológica que permita prevenir riesgos para la salud ocular.”

Esta parte está convencida de que el precepto que impugnamos, aquel en cuya virtud el legislador concede un trato diferente a los establecimientos de óptica respecto de cualquier otro establecimiento de salud, en caso de ser aplicado para decidir la gestión pendiente seguida ante la **Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el ingreso causa Rol nº Protección 84.402-2018, caratulado “BAHAMON CON REBOLLEDO”**, tendrá la consecuencia de violar la Constitución Política.

En concreto, la consecuencia de violar el derecho fundamental que mi representada posee a **“La igualdad ante la ley”** y el **“derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”**.

1.- En relación a la violación al derecho de igualdad

Debo señalar que, este Excelentico Tribunal, en un caso idéntico al que ahora traigo a su honorable conocimiento, ha compartido la opinión de esta parte declarando en el Considerando Décimo Tercero de su fallo de 13 de noviembre de 2018 en los autos causa rol n° 3519-17 INA, lo siguiente:

“En consecuencia, al no existir razonabilidad en la prohibición contenida en la ley para la operación de los establecimientos ópticos y las consultas de los optómetras, como es la profesión del requirente en este caso, la aplicación de la norma impugnada en el caso concreto vulnera la igualdad ante la ley en los términos contenidos en el inciso segundo, del numeral 2º, del artículo 19, de la Constitución Política de la República.”

La misma carencia de racionalidad y la misma afectación a la garantía constitucional referida, fue considerada que existía en otro caso conocido por este Excelentísimo Tribunal, pero en relación ahora a una óptica, que se encontraba dentro de un centro médico en la ciudad de Viña del Mar.

Este Excelentísimo Tribunal, en relación a ese caso declaró en el Considerando Décimo Primero del fallo de 13 de noviembre de 2018 en los autos causa rol n° 3628-17 INA, lo siguiente:

“Preguntémonos, ahora, qué relevancia o incidencia puede tener para solucionar un eventual problema de sobre-indicación de lentes ópticos (con efectos negativos en salud pública) la existencia de una separación física, la cual incluso podría cumplirse funcionando en un recinto distinto, pero aledaño. Absolutamente ninguna.

Si esa fuera la razón, el medio elegido por el legislador sería inidóneo para tal propósito. Si todo lo que se exige al legislador, bajo un estándar poco exigente de evaluación es que su decisión sea razonable, vale decir, que se encuentre dentro del abanico de posibilidades que pueden sustentarse por medio de la argumentación racional, no se ve cómo puede cumplirse, en este caso, dicho estándar. No existe conexión racional mínimamente cercana entre medio y fin.”(.....)

“Si se aplicara un escrutinio estricto respecto de la justificación de la diferenciación legal analizada, la arbitrariedad sería igual o más patente. Quizás el adjetivo apropiado para calificarla sería de “absurda”.

Nos parece que es suficientemente sugerente plantear el test a modo de pregunta: ¿es la prohibición del artículo 126 del Código Sanitario la única manera de evitar el pretendido

problema de abuso derivado de una identificación entre ejercicios profesionales y actividades de venta?

Para luego concluir en el Considerando Décimo Segundo lo siguiente:

“En consecuencia, al no existir razonabilidad en la prohibición contenida en la ley para la operación de los establecimientos ópticos y las consultas médicas o de optómetras en un mismo establecimiento, la aplicación de la norma impugnada en el caso concreto vulnera la igualdad ante la ley en los términos contenidos en el inciso segundo, del numeral 2º, del artículo 19, de la Constitución Política de la República.”.

2.- En relación al derecho a desarrollar una actividad económica

Sin perjuicio que, este Excelentísimo Tribunal, en los dos procesos citados anteriormente no efectuó pronunciamiento alguno en cuanto a acoger los citados requerimientos por afectación a la garantía constitucional del Artículo 19 nº 21, pues en ellos estimó que la interrogante fundamental de relevancia constitucional decía relación con la compatibilidad de la norma impugnada con la prohibición establecida en el inciso segundo del artículo 19, Nº 2º, de la Constitución, estimo necesario insistir en dicha afectación, ya que, para la sociedad compareciente, también se afecta ese derecho de igualdad, pero no tan solo el derecho a la igualdad por la igualdad, sino que a la igualdad para hacer algo, una actividad económica en este caso, consistente en la contratación de profesionales para que evalúen, diagnostiquen y prescriban, de ser necesario, al interior de sus establecimientos dispositivos médicos, consistentes en lentes ópticos.

Y esto, porque todo el resto de los establecimientos de salud regulados en nuestra legislación en el Libro Sexto del Código Sanitario, si pueden contratar profesionales que presten servicios en su interior, pero esto, le está siendo prohibido a los establecimientos de óptica por la norma que reprochamos de inconstitucional, y lo anterior, tan sólo por tratarse de un establecimiento de óptica.

El derecho asociado a **“la igualdad”**, en este caso, consistente el derecho a desarrollar su actividad económica, pasa a tomar un rol fundamental en los juicios o procesos intelectuales que deban efectuarse para tratar de establecer si existe afectación o no a las garantías constitucionales que se estiman como violentadas por la norma, más aún, si se trata de una prohibición a la realización de una actividad económica, la parte de la norma que resulta impugnada en este requerimiento.

Frente a las prohibiciones o limitaciones, este tribunal ha señalado en los autos rol 280 del año 1998 que: ***“para limitar de forma constitucionalmente admisible un derecho fundamental (...) debe respetarse el principio de igualdad, esto es, deben imponerse de manera igual para todos los afectados”***

En consecuencia, para los efectos de establecer si la norma impugnada de inconstitucionalidad, viola las garantías constitucionales citadas, sostengo que lo que corresponde, es comparar si dicha norma trata igualitariamente a todos los establecimientos de salud.

Y lo primero que corresponde, es preguntarse si algún otro establecimiento de salud que fabrique o venda dispositivos médicos, como lo es un establecimiento de óptica, está afectado por alguna prohibición de localización, que le impida desarrollar su actividad económica de venta de dispositivos médicos en el mismo lugar en el que se encuentran los profesionales que los indican o prescriben.

Y la respuesta es sencillamente que no.

Un centro dental, por ejemplo, reúne varias especialidades del área de salud dental, y que evidentemente receta e indica la utilización de dispositivos médicos a sus pacientes, puede contratar perfectamente profesionales del área que evalúen, diagnostiquen y prescriban a sus pacientes los dispositivos médicos que ellos mismos comercializan y que sean necesarios para el restablecimiento de la salud bucal de sus pacientes. Y así, cuando uno va al dentista, sale de la consulta dental con la prótesis puesta, y uno no tiene que bajarse del sillón y cruzar a la vereda del frente a comprar aquella que le fue indicada, para después tener que volver a la consulta dental a entregarle la prótesis al dentista para que se la ponga y se la adapte.

Otro ejemplo, una clínica, que es otro tipo de establecimiento de salud, igual que un establecimiento de óptica lo es, puede también contratar todo tipo de profesionales que evalúen, diagnostiquen y prescriban a sus pacientes los dispositivos médicos que ellos mismos comercializan y que sean necesarios para el restablecimiento de la salud bucal de sus pacientes sin ningún reproche ni prohibición para hacerlo. Y así, cuando uno va a una clínica, sale de ella con los dispositivos médicos necesarios para el restablecimiento de su salud ya adquiridos dentro del mismo establecimiento, sin ningún problema.

Sin embargo, un establecimiento de óptica, que es un establecimiento de salud, no puede contratar profesionales que trabajen en su interior, para evaluar, diagnosticar y prescribir lentes ópticos en caso de ser necesaria una prescripción.

Entonces, la pregunta que hay que hacerse es:

¿Por qué tratándose de este tipo de establecimientos, la norma impugnada pretende que crucemos a la vereda del frente a comprar lentes ópticos, y tratándose de prótesis dentales no tengamos que hacer lo mismo?

Visto así el asunto, tenemos que la norma no pasa la **prueba de la igualdad entre iguales**, esto es, no prohíbe por igual a todos los establecimientos de salud, contratar profesionales que se desempeñen en su interior para evaluar, diagnosticar y prescribir dispositivos médicos en el interior del establecimiento donde trabajan.

O como este Excelentísimo Tribunal lo ha declarado **"imponiéndose a todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias por igual"**

La norma Excelentísimo Señor, sólo contiene una única y exclusiva prohibición -de localización geográfica si se quiere-, contra los establecimientos de ópticas, y no, contra algún otro tipo de establecimiento de salud.

Para nosotros es claro, que personas y situaciones iguales -los establecimientos de salud-, quedan regidos por estatutos muy distintos. Unos establecimientos de salud si pueden contratar profesionales que se desempeñen en su interior y, un único y exclusivo establecimiento de salud -las ópticas-, no pueden hacerlo.

Unos no quedan afectados por la prohibición y otros si quedan afectados.

Unos son "los buenos" y otros son "los malos".

Ahora, y con motivo del mismo test de proporcionalidad, hago presente que puede resultar razonable intentar prohibir la integración vertical impidiendo que establecimientos ópticos que fabriquen y vendan lentes, contraten profesionales que se ubiquen en su interior, pero en ese caso, lo razonable es que existan iguales prohibiciones para todos los establecimientos de salud y no que sólo exista una sola y única prohibición de esta naturaleza para los establecimientos de ópticas, que además, en palabras de este propio Excelentísimo Tribunal, es una prohibición "absurda".

Que tienen los establecimientos de óptica, que no tengan otros establecimientos de salud que vendan dispositivos médicos que los hagan merecedores de impedirles desarrollar

una actividad económica de la misma manera y con los mismos derechos que los otros establecimientos de salud las ejecutan.

No puede acaso una clínica verse tentada a efectuar una sobre indicación de cuellos cervicales, bastones u otros dispositivos médicos.

No puede acaso un centro odontológico caer en esa misma tentación y verse tentado a sobre indicar frenillos o prótesis dentales con el único siniestro fin de vender dichos dispositivos médicos.

Que tienen los establecimientos de óptica, que no tengan otros establecimientos de salud que los hagan merecedoras de tal trato.

Esa es la pregunta que en opinión de esta parte hay que hacerse.

Y parece ser francamente discriminatorio, por decirlo de una manera elegante, pensar que existen ciertos grupos de personas que por la actividad que desarrollan, a priori, en virtud de cierta superioridad ética, se encuentran libres de la tentación del conflicto de interés o del abuso – *los buenos* -, y que, *a contrario sensu*, existen otros grupos de personas que por la actividad que desarrollan – *los malos* -, se encuentran más expuestas a sucumbir a ese riesgo o tentación, que los hagan merecedores de una prohibición de esta naturaleza.

Esto es abiertamente discriminatorio.

Impedir en términos generales que los establecimientos de salud, contraten profesionales para que se desempeñen en su interior, evaluando, diagnosticando y prescribiendo dispositivos médicos para el restablecimiento de la salud de sus pacientes, no es *per se* una regla contraria a la razón.

El problema es que la prohibición bajo examen dispone **que sólo los establecimientos de óptica estén afectados por la citada prohibición, y no otros establecimientos de salud.**

El asunto no va por el lado de la razonabilidad de la prohibición, sino por el lado de la diferencia arbitraria en el trato que dicha norma da a este tipo de establecimientos que desarrolla la actividad económica de fabricar y vender dispositivos médicos.

No cabe duda que esto es constitutivo de una diferencia no justificada, es decir una diferencia arbitraria, de aquellas que categóricamente prohíbe el inciso segundo del numeral 2 del artículo 19 de la carta fundamental y que esa diferencia afecta el derecho de mi representada a desarrollar su actividad económica.

Ahora bien, la prohibición del artículo 126 no solo falla en el Test de Proporcionalidad en cuanto al requisito del “*Fundamento*” ya que de acuerdo a la discusión legislativa no fue posible encontrar ninguno (ver Considerando Noveno y Décimo de los fallos de 13 de noviembre de 2018 roles 3628-17 y nº 3519-19 INA respectivamente), sino que además tampoco logra satisfacer la exigencia de “*Necesidad de los Medios*”. Ya que si la prohibición del artículo 126 fuera la única manera de evitar el abuso y la colusión, que en eso consiste la “*necesidad*”, no se entiende que el legislador la haya establecido como una regla aplicable solo para este tipo de establecimiento.

¿Puede afirmarse que el trato objetivamente desmejorado a que se somete a los establecimientos de óptica en relación con los demás establecimientos tiene justificación razonable?

Esta parte estima no.

Y estimamos que no, no sólo por las circunstancias ya anotadas, sino que además por cuanto una prohibición como la establecida en la norma reprochada resulta ***inidónea*** y ***absurda*** para evitar eventuales abusos derivados de una identificación entre ejercicios profesionales y actividades de venta.

G.- CONCLUSIÓN

Nuestro examen de la prohibición especialísima que contempla la parte final del inciso segundo del artículo 126 del Código Sanitario nos ha llevado a concluir que, de ser aplicada al caso concreto que nos ocupa, ello resultaría en una gravísima vulneración a los derechos de igualdad de mi representada y al de desarrollar una actividad económica.

Nos atrevemos claramente a señalar que se trata de una prohibición inidónea y absurda, que no sirve para proteger la salud visual de la población.

Y es precisamente esa falta de conexión racional utilizada, entre medio y fin perseguido, la que nos obliga a amparar las garantías constitucionales que dicha norma afecta, pues si esa prohibición no resulta ser útil para cautelar algún fin legítimo que el legislador se haya impuesto, la falta de idoneidad y razonabilidad de ella la vuelven inconstitucional, pues se trata de una restricción que, careciendo de suficiente justificación, discrimina arbitrariamente a los establecimientos de óptica.

La aplicación del precepto que se reprocha somete a mi representada a una doble discriminación arbitraria. Se le trata distinto que a otros establecimientos vinculados al área

de la salud, por el mero hecho de tratarse de la salud visual de las personas y se le impide desarrollar una actividad económica, contratando profesionales para desempeñarse en su interior, algo realmente insostenible y que tal como ha sido declarado por este Excelentísimo Tribunal, no sirve para velar por los fines que persigue.

Los factores sobre lo que se construye la peculiar clasificación de los perjudicados por el artículo 126 no resisten siquiera una tibia aplicación del test de proporcionalidad.

POR TANTO,

RUEGO A USÍA EXCELENTÍSIMA ACOGER este requerimiento y declarar, por tanto, que al momento de resolverse la gestión pendiente ante la **Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el ingreso causa Rol n° Protección 84.402-2018, caratulado "BAHAMON CON REBOLLEDO"**, el sentenciador no podrá aplicar la regla del inciso segundo del artículo 126 del Código Sanitario según la cual, ***"En ninguno de estos establecimientos (haciendo alusión a los establecimientos de óptica) estará permitida la instalación de consultas médicas o de tecnólogos médicos"***, con costas en caso de oposición y sin perjuicio de lo que este Excelentísimo Tribunal estime corresponder.

PRIMER OTROSÍ: Solicitamos a US. Excma. tener por acompañados los siguientes documentos:

- 1.- Copia de mi personería para representar a la sociedad compareciente.
- 2.- Certificado expedido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago que acredita la existencia de una gestión pendiente necesaria para interponer esta Acción constitucional, así como la calidad de parte de la persona que interpone esta acción.
- 3.- Copia del acta de inspección que aplica la medida sanitaria de prohibición de funcionamiento.
- 4.- Copia del inserto publicado por el Directorio de la Sociedad Chilena de Oftalmología en la página 15 del cuerpo C del Diario El Mercurio.

SEGUNDO OTROSÍ: Como ha quedado en evidencia de la lectura del cuerpo del requerimiento, el sentido de la Acción que intentamos se vería frustrado anticipadamente y absolutamente si no se decretara, de inmediato, suspensión de la gestión pendiente. De continuar adelante el procedimiento, podría consumarse, en muy breve plazo, en la medida que se aplicare un precepto inconstitucional, una seria vulneración al principio de supremacía constitucional. La falta de suspensión pronta pondría a Usía. Excelentísima en la situación de

hallarse frente a una sentencia definitiva, circunstancia que le obligaría a rechazar esta acción sin poder examinar su mérito y sin poder cumplir la alta función a la que ha sido llamada por la Carta Fundamental.

POR TANTO, y en conformidad a lo dispuesto en el artículo 85 de la ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, pido a Usía. Excelentísima decretar la **SUSPENSIÓN** del procedimiento en que se ha promovido esta cuestión de inaplicabilidad, esto es la causa que se sigue ante la **Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el ingreso causa Rol n° Protección 84.402-2018, caratulado "BAHAMON CON REBOLLEDO"**.

TERCER OTROSÍ: Ruego a Usía., tener presente que, el que firma, Alvaro Villa Vicent, cédula nacional de identidad n° 7.772.498-2 asumo personalmente el patrocinio de estos autos, y que también actuarán en él, los abogados doña Daniela Montebruno Gibert, cédula nacional de identidad n° 14.144.223-6 y don Carlos Neira Flores, cédula nacional de identidad n° 14.325.825-4 a quienes les confiero poder para actuar conjunta o separadamente en representación de mi representada, ambos domiciliados en calle Huérfanos 835, oficina 1203, comuna de Santiago, Región Metropolitana.

CUARTO OTROSÍ: Solicito a Usía que las resoluciones que se dicten en este procedimiento, con razón de este acto y en lo sucesivo, se notifiquen a esta parte a las siguientes direcciones de correo electrónico:

- avilla@vicent.cl
- dmontebruno@vicent.cl
- cneira@vicent.cl



ADJUDICADO ()

ALOTADO ()

Santiago, 06 febrero 2019.

772498-2
por SC y PP. Gabriela SAA

14.144.223-6