

PROCEDIMIENTO : *ESPECIAL*
MATERIA : *RECURSO DE PROTECCION.*
SECRETARIA : *CRIMINAL*

RECURRENTE : **GABRIEL MOISES SILBER ROMO**
RUT : 8.779.559-4
PATROCINANTE : ANTONIO SAAVEDRA VEAS
RUT : 10.322.836-0
RECURRIDO 1 : **SECRETARIA REGIONAL DE SALUD METROPOLITANA**
RUT : 61.601.000-K
REPRESENTANTE : PAULA LABRA BESSERER
RECURRIDO 2 : **CENCOSUD S.A.**
RUT : 93.834.000-5
REPRESENTANTE : MATÍAS VIDELA SOLÁ

EN LO PRINCIPAL: Recurre de protección. **PRIMER OTROSI:** Acompaña documentos. **SEGUNDO OTROSI:** orden de NO INNOVAR. **TERCER OTROSI** : Informes. **CUARTO OTROSI:** Patrocinio y poder.

ILUSTRISIMA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

GABRIEL MOISES SILBER ROMO, chileno, abogado, RUN N°8.779.559-4, domiciliado en calle Compañía N°1131, Edificio del Ex Congreso Nacional, Santiago, a la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago respetuosamente digo:

Que vengo en deducir recurso de protección en contra de la **SECRETARIA REGIONAL DE SALUD METROPOLITANA**, RUT N°61.601.000-K, representada por su máxima autoridad doña **PAULA LABRA BESSERER**, ambos con domicilio en Padre Miguel de Olivares 1229, Santiago, **CENCOSUD S.A.**, sociedad del giro comercial, RUT 93.834.000-5, representada por su gerente general don **MATÍAS VIDELA SOLÁ**, ambos domiciliados para estos efectos en Avenida Kennedy N° 9001 piso 7, Las Condes, Santiago, por haber procedido, de hecho, a perturbar y amenazar nuestros derechos constitucionales por actos y omisiones ilegales y arbitrarios, que le son atribuibles.

Dichos actos afectan nuestro derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona; de igualdad ante la ley; y, el derecho a la salud, que se encuentran reconocidos en los números 1, 2 y 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, por lo que solicitamos a US. ILTMA. se adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

ANTECEDENTES:

1.- En la jornada del martes 31 de agosto de 2021, se conoció que el Hospital Metropolitano, ubicado en la comuna de Providencia, cerrará la mitad de sus camas de manera progresiva durante el mes de septiembre, producto de obras por parte de la empresa CENCOSUD, con el fin de construir estacionamientos para el Costanera Center. Dicho comunicado señala lo siguiente :

“A nuestros funcionarios(as), usuarios(as) y a toda la comunidad hospitalaria de la red pública:

El Hospital Metropolitano lleva en funcionamiento 1 año y 4 meses. Surge como respuesta a la emergencia sanitaria en contexto de la pandemia por SARS Cov2, con el fin de recibir y dar tratamiento a los y las pacientes con COVID activo, dando solución a gran parte de la brecha de camas hospitalarias.

Llevamos hasta hoy 2.592 pacientes egresados satisfactoriamente, lo que nos llena de orgullo.

Hoy, que los casos han disminuido, nuestro objetivo es descargar el máximo de pacientes con COVID-19 desde los otros hospitales públicos de la red, para permitir a estos resolver los procedimientos y atenciones en un ambiente libre del virus. Entre ellos, cirugías mayores, tratamientos onco hematológicos, estudios endoscópicos o de etapificación, por mencionar algunos.

*Le comunicamos a la comunidad hospitalaria y a nuestros usuarios, que se ha dado inicio al plan de mitigación de las obras realizadas por **Cencosud** con la construcción del edificio Costanera Center (CC). Este plan, trazado hace 12 años incluye, intervenir accesos, construcción de estacionamientos subterráneos y salida de vehículos desde CC hacia Av. Holanda, obras que se realizarán por etapas a partir de esta semana.*

Como hospital debemos velar por la seguridad de nuestros(as) pacientes y funcionarios(as), protegiéndolos(as) de la polución que esto conlleva. Para ello, tenemos que implementar a la brevedad medidas locales de mitigación, como por ejemplo el sellado de ventanas, reducción del número de pacientes, reasignación de funciones del personal, etc., con el fin de disminuir al máximo el riesgo de infecciones asociadas a la atención de salud mientras estas obras estén en proceso.

*En este nuevo contexto, el **Hospital Metropolitano disminuirá progresivamente durante el mes de septiembre su capacidad total de camas, pasando de 240 a 107.** Esto incluye la **disminución de camas críticas en un 80% (122 camas UCI a 24).** **En forma global, seguiremos funcionando con un 44% de nuestra capacidad.***

La invitación a la red pública es a seguir trabajando juntos y mantener la derivación de pacientes a nuestro hospital, sin embargo, también deberán generarse estrategias para manejo y derivación de pacientes COVID-19 a camas críticas, intermedias y agudas, hasta que logremos restituir nuestra capacidad completa una vez finalizadas las obras que se contempla tengan una duración aproximada de 5 meses a partir de fines de agosto

Esperamos ser capaces de hacer frente a esta nueva situación en equipo, tal como lo hemos hecho durante toda la alerta sanitaria, y en caso de un nuevo aumento de casos ser capaces de lograr la coordinación necesaria para no desatender a nuestros pacientes.

Agradecemos su apoyo y colaboración.

Equipo Directivo del Hospital Metropolitano.”

2.- Durante 2020¹ y parte de este año, el coronavirus ha paralizado el sistema de salud. Áreas completas de hospitales y clínicas fueron reconvertidas para albergar camas de Unidades de Cuidados Intensivos (UCI), las cirugías fueron suspendidas y miles de pacientes quedaron impedidos de recibir atención de un especialista.

De hecho, en junio del año pasado ya se proyectaba que 2,6 millones de atenciones de salud se postergarían por la pandemia.

Así, los efectos colaterales del Covid-19 ya hacen pensar en una nueva crisis sanitaria, derivada de los pacientes con patologías retrasadas y descompensadas por falta de atención médica oportuna. Una “segunda pandemia”, como han advertido los expertos en el área.

En este escenario, el último informe del Minsal emitido al Parlamento sobre las listas de espera revela que -además de los aumentos en el tiempo de espera para la resolución de una patología- entre enero y junio del año pasado, en pleno apogeo de la pandemia, 15.665 personas murieron mientras aguardaban respuesta a su problema de salud, del universo total de 2.317.340 personas que transitaron por la lista de espera no Auge/GES.

En el reporte se describe que **“las 15.665 personas fallecidas en lista de espera durante el período enero-junio 2020 tenían 20.948 interconsultas (casos o derivaciones) en espera, con un promedio de 1,3 interconsultas por persona”.** Por otro lado, un **92,51%** aguardaba por una consulta con un especialista y **7,49%** a derivaciones para una cirugía.

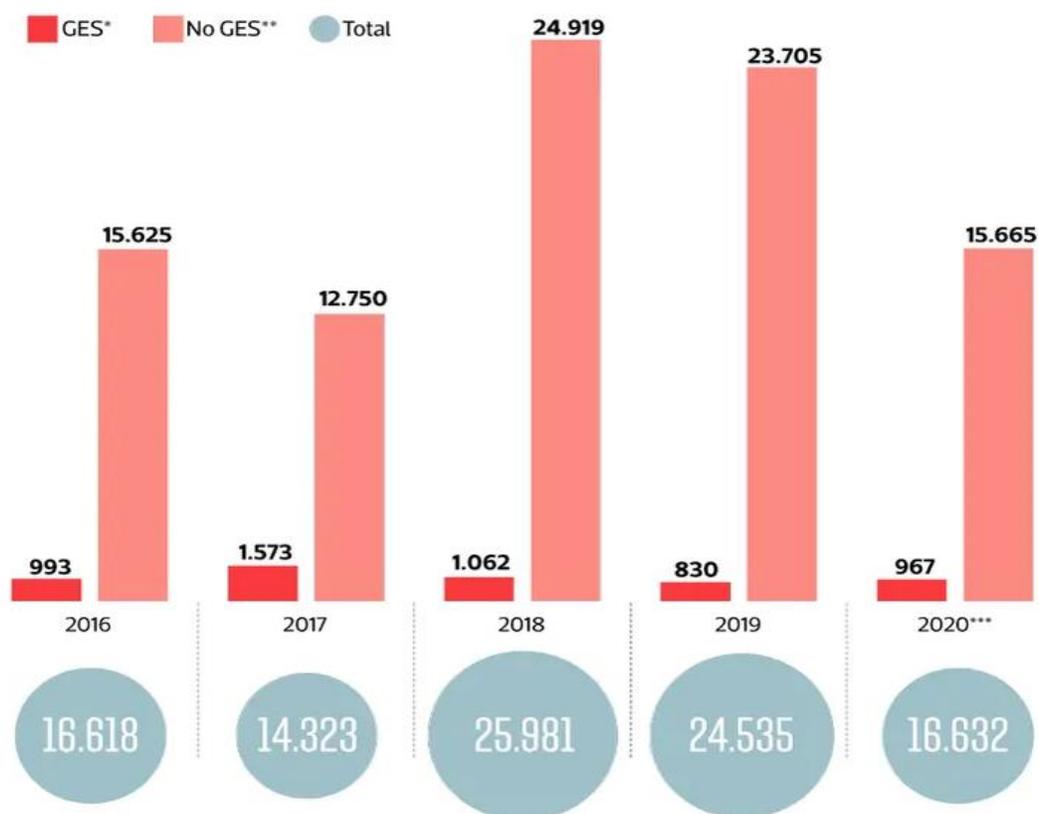
Entre las causas de defunción de quienes quedaron en espera, las tres que lideran corresponden a tumores (cáncer), enfermedades del sistema circulatorio y el Covid-19: al menos un 15,32% de los decesos en lista de espera no GES se atribuye al virus. Es por ello que en este mismo reporte, Salud concluye que “el análisis realizado de las defunciones de personas en lista de espera no GES no permite establecer

¹ <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/morir-sin-respuesta-informe-de-salud-revela-que-15-mil-personas-fallecieron-el-primer-semestre-de-2020-estando-en-lista-de-espera/SZ6RTM34FVBPLCISD2XBFYON5M/>

diferencias en el comportamiento de las muertes entre los fallecidos de la lista y las defunciones en población general chilena”.

A esos decesos se suman otros **967 pacientes fallecidos que habían sido diagnosticados con alguna patología asegurada en el GES** -con cobertura económica y plazos legales para su resolución- y que, sin embargo, no habían sido atendidos en el período correspondiente y estaban a la espera de iniciar tratamiento o una intervención quirúrgica. En esos casos en particular, el documento describe que un 54,9% de las muertes no está relacionada al diagnóstico GES, aunque un 45% sí lo está.

PACIENTES FALLECIDOS SIN ATENCIÓN EN LISTA DE ESPERA



*Garantía de oportunidad vencida, **Lista de espera, ***Primer semestre 2020.

FUENTE: Ministerio de Salud

LA TERCERA



La situación es tal, que la cifra de decesos en lista de espera del primer semestre de 2020 **equivale al 66% de todos los fallecimientos del 2019** en esta condición. Y solo los números de los primeros seis meses del 2020 el escenario se iguala al de las muertes registradas durante todo un año normal, como 2016.

3.- Según el último reporte de Salud², el 24% de las camas de mayor complejidad están siendo ocupadas por pacientes de coronavirus. Es decir, **solo una de cada cuatro está destinada a los pacientes más graves de la pandemia**. Esto, a la vez que aumentan los cupos UCI que, si bien están montados e implementados, se encuentran disponibles.

En ese contexto, con una cifra de contagios que se mantiene a la baja, el Ministerio de Salud resolvió flexibilizar una medida que se ordenó por primera vez al inicio de la pandemia para garantizar la atención de los pacientes de Covid-19. Se trata de la ampliación de los cupos UCI y de ventilación mecánica, mandato que llevó a hospitales y clínicas a implementar unidades de máxima complejidad en quirófanos, urgencias y salas de recuperación, en niveles que variaron según sucesivos decretos y que llegaron a un 130% de la capacidad basal de los prestadores.

Bajo esta instrucción, la red integrada público-privada pasó de una dotación base de 1.313 camas en marzo de 2020, a un peak de 4.544 cupos UCI habilitados en mayo pasado, con 2.621 de estas plazas ubicadas en la Región Metropolitana.

Pero ahora, con 358 nuevos casos confirmados y una positividad cercana al 0,8% a nivel nacional, se ha iniciado formalmente la desescalada en los centros de salud. El decreto, que fue publicado en el Diario Oficial, sostiene que **“el mejoramiento de las condiciones epidemiológicas que motivaron la dictación de las resoluciones precedentes que mandataban el aumento de camas críticas hace razonable que estas sean dejadas sin efecto, para, de esta forma, hacer frente a otros problemas de salud que han sido postergados producto de la pandemia”**.

La resolución -que deja la constancia de que se podrá volver a instruir una complejización en caso de requerirse- faculta a los directores de cada servicio de salud para que disminuyan las camas con ventilación invasiva “con el objetivo de hacer frente a las nuevas necesidades de salud que existen en sus redes y la disminución de la lista de espera”. Así, los directivos de cada recinto, considerando la realidad epidemiológica local y la demanda de pacientes a la espera de tratamiento, deberán definir cuál es la capacidad que requieren para el Covid-19 y **redestinar las restantes a otras especialidades**.

La acción del Minsal, si bien responde a la mejora de los indicadores, también apunta directamente a lo que expertos han denominado **“pandemia 2.0”** o de los pacientes crónicos descompensados; varios miles de personas que no lograron acceder a una atención oportuna o que ni si quiera se han diagnosticado de sus patologías, producto del bloqueo que generó el coronavirus a los pacientes de otras enfermedades en hospitales y clínicas.

Por ello, el Subsecretario de Redes del MINSAL sr. Dougnac destaca que se ha diseñado un plan especial que contempla recuperar la actividad quirúrgica **-se hacían 40 mil cirugías por mes en los hospitales y la pandemia las redujo a la mitad-**, evitando la suspensión de procedimientos y llevar la ocupación de pabellones a un

² <https://www.latercera.com/earlyaccess/noticia/salud-mandata-a-hospitales-y-clinicas-a-desarmar-las-uci-de-covid-19-y-abordar-las-listas-de-espera/TLKEAPK6M5FYTNOXQZ5M6XE3XY/>

95%. Todo con miras a elevar la productividad en horario hábil. “Pero la recuperación no es fácil y va a ser larga. En el país tenemos **casi 300 mil cirugías pendientes y se operaban normalmente 40 mil mensuales**; entonces, tenemos que lograr hacer las 40 mil del mes y sumarle algo de lo que se ha atrasado, así que el desafío es largo”, dice Dougnac.

El plan del Ministerio de Salud también contempla medidas excepcionales: se destinaron recursos para financiar la actividad quirúrgica en horario inhábil o fines de semana, y se traspasó, además, en forma inédita, parte de la lista de espera a clínicas privadas.

4.- Pues bien, acá surge el contrasentido, toda vez que como señalan las autoridades del MINSAL nos encontramos ahora, luego de la baja sostenida de los casos de COVID, con la denominada “**PANDEMIA 2.0**” originada por el rebalse histórico de los atención por patologías pospuestas no COVID, en orden a las 300 mil cirugías pendientes, y que requieren inmediata atención y disponibilidad de camas e infraestructura hospitalaria.

5.- Así entonces, y dentro del contexto de la emergencia sanitaria y de salud pública en el cual nos encontramos *este nuevo contexto, ocurre que el **Hospital Metropolitano disminuirá progresivamente durante el mes de septiembre su capacidad total de camas, pasando de 240 a 107.** Esto incluye la **disminución de camas críticas en un 80% (122 camas UCI a 24)**, debiendo operar y seguir **funcionando con un 44% de su capacidad.***

6.- Ahora bien, es del caso que por el ³“*DECRETO SEPREMO 4, de 5/febrero/2020, “DECRETA “ALERTA SANITARIA POR EL PERÍODO QUE SE SEÑALA Y OTORGA FACULTADES EXTRAORDINARIAS QUE INDICA POR EMERGENCIA DE SALUD PÚBLICA DE IMPORTANCIA INTERNACIONAL (ESP II) POR BROTE DEL NUEVO CORONAVIRUS (2019-NCOV)”*, señala lo siguiente :

Artículo 1º.- Declárase Alerta Sanitaria en todo el territorio de la República, para enfrentar la amenaza a la salud pública producida por la propagación a nivel mundial del “Nuevo Coronavirus 2019 (2019-nCoV)”.

*Artículo 3º.- Otórgase a las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud del país, facultades extraordinarias **para disponer**, según proceda, de todas o algunas de las siguientes medidas:*

*“8. **Disponer de la prohibición de funcionamiento de los establecimientos y lugares de trabajo que pongan en peligro a las personas que trabajan o asisten a ellos**”.*

7.- Dentro de este contexto, la CPR señala lo siguiente, en su parte pertinente:

³ <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1142163&buscar=Alerta%2BSanitaria>

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

1º.- El derecho a la vida ya la integridad física y psíquica de la persona.

2º.- La igualdad ante la ley.

9º.- El derecho a la protección de la salud.

Artículo 20.- El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, ya lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24 º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

8.- A su vez, mediante Decreto 153, de 25 de junio de 2021, se prorrogó el estado de excepción constitucional de catástrofe, hasta el 30 de septiembre de 2021⁴. :

*Artículo primero: Prorrógase el estado de **excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública**, declarado en el territorio chileno mediante el decreto supremo N° 104, de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y sus modificaciones, hasta el 30 de septiembre de 2021, a contar del vencimiento del período previsto en el decreto supremo N° 72, de 2021, del mismo origen, de conformidad a la aprobación comunicada por Of. N° 16.712, de 24 de junio de 2021, de la H. Cámara de Diputados, en los términos señalados.*

8.- Así entonces, teniendo en consideración lo expuestos, los recurridos han vulnerados los preceptos constitucionales.

A.- La **SEREMI** de Salud, a procedido a NO intervenir y omitir en forma arbitraria e ilegal las facultades que le confiere el artículo 3 del DS 4, antes aludido, y que permitía **“Disponer de la prohibición de funcionamiento de los establecimientos y lugares de trabajo que pongan en peligro a las personas que trabajan o asisten a ellos”**, evitando con ello que el Hospital Metropolitano disminuyera atención ante la grave crisis sanitaria y de salud pública que vivimos en el país y en la Región. Debió, en consecuencia paralizar y prohibir el funcionamiento de las obras de CENCOSUD en aras del estado de calamidad y en beneficio de la salud de la población, como se lo mandatan las leyes.

B.- **CENCOSUD**, por su parte, haciendo caso omiso de las normativas e instrucciones dictadas dentro del estado de calamidad pública, y sin considerar los

⁴ <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2021/06/30/42990/01/1970269.pdf>

efectos que provocan sus actos contra la integridad física y psíquica de las personas que se atienden en el Hospital Metropolitano, procedió a activar sus labores de ampliación que implican que el **Hospital Metropolitano disminuirá progresivamente durante el mes de septiembre su capacidad total de camas, pasando de 240 a 107.** Esto incluye la **disminución de camas críticas en un 80% (122 camas UCI a 24), debiendo operar y seguir funcionando con un 44% de su capacidad.**

Al efecto, según consta en documento que se adjunta en un otrosí, con fecha 3 de marzo de 2015 el SSMO, mediante carta 40, informaba ya a CENCOSUD acerca del impacto y las medidas de mitigación que se debían observar en la construcción de la fase 3 del Proyecto Costanera Norte, las que no fueron recogidas como en el texto de la autoridad requería en beneficio de los usuarios y personal del Hospital, y sobre sobre la presión que se apuntaba al sistema público de salud. Eso antes de la pandemia COVID y de la actual "PANDEMIA 2.0". Su actuar fue arbitrario, ya que privilegió sus propios interés económicos por sobre el bien común y la salud pública.

CONCLUSIONES GENERALES

2.2. Modificaciones del entorno

De acuerdo a los antecedentes a la fecha, sobre las obras de mitigación correspondientes a la etapa 3 del proyecto Costanera Center, podemos ver que tanto el terreno de emplazamiento del Hospital Félix Bulnes, como su infraestructura y pacientes se verán afectados por éstas, no solo en el corto plazo durante la construcción de las obras sino también a largo plazo por el impacto definitivo en su entorno, que afecta y pone en riesgo su futuro funcionamiento y el bienestar de sus pacientes.

En la ilustración 1 podemos ver como las obras influyen en todo el perímetro del edificio, afectando a la mayoría de sus servicios clínicos, a través de una futura mayor contaminación acústica y de polución debido al mayor tráfico vehicular, cambio de vías para circulación de transporte público, expropiación de terreno acercando las vías a las fachada y construcción de trincheras en calle Holanda que vaciará un gran número de vehículos provocando nodos de congestión vehicular.

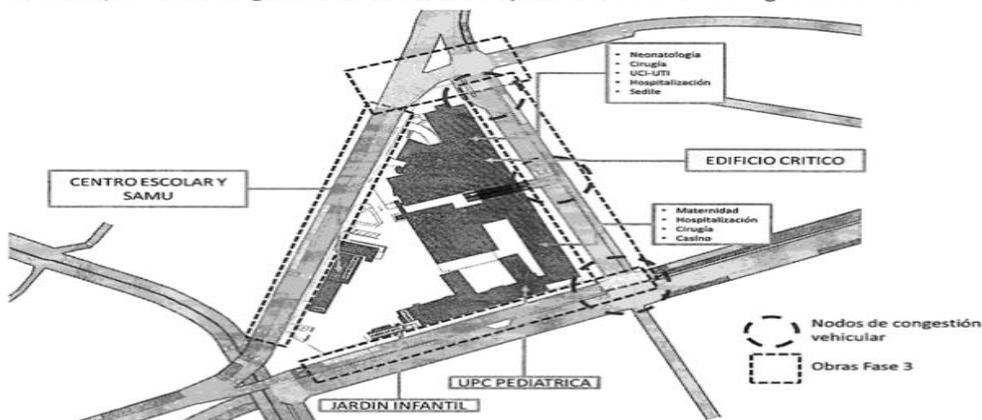


Ilustración 1 Obras Fase 3

La puesta en marcha de las obras de mitigación, pondrá en riesgo el funcionamiento del Hospital debido a la futura exposición de sus pacientes a una contaminación ambiental superior a la permitida por Norma, pudiendo causarles enfermedades, infecciones y daños irreparables a la salud debido a la exposición a la contaminación acústica y de agentes contaminantes superior a la permitida por la norma actual y las recomendaciones internacionales para centros de salud.

Finalmente, de acuerdo a la normativa vigente y estudios analizados en el punto anterior, podemos concluir que las obras de mitigación de la Fase 3 en cuestión generarán un impacto ambiental permanente e irreversible en el bienestar y salud de sus pacientes, poniendo en riesgo el futuro funcionamiento del Hospital, es por lo cual, se debe considerar medidas de mitigación que permitan la aislación del edificio de su entorno y asegurar su accesibilidad universal de forma definitiva y no solo durante se realicen las obras de construcción.

SOBRE LOS HECHOS QUE PUEDAN CONSTITUIR LA VULNERACIÓN DE LAS GARANTÍAS INDICADAS EN EL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA Y DERECHO APLICABLE.

1.- Un punto de partida para abordar la discusión del tema que nos ocupa son los tratados internacionales de derechos humanos que regulan la materia. Dichas normas constituyen un común denominador que rige la conducta de los Estados que han ratificado dichos instrumentos, como es el caso de Chile. Por lo tanto, las pautas que los órganos de supervisión señalan al interpretar dichos tratados son guías muy autorizadas para orientar la normatividad y práctica interna de los Estados.

2.- El recurso de protección constituye una acción constitucional de carácter cautelar y eminentemente instrumental. Se encuentra consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, cuya misión consiste en neutralizar los actos u omisiones arbitrarias o ilegales que priven, perturben o amenacen el legítimo ejercicio de los derechos establecidos en el artículo 19 de la Carta Fundamental. Del mismo modo, se dispone que el afectado o cualquiera a su nombre pueda concurrir ante la Corte de Apelaciones respectiva, la que deberá adoptar de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Para que sea procedente el recurso de protección, es necesario que se haya cometido un acto u omisión ilegal o arbitraria que prive, amenace o perturbe el legítimo ejercicio de los derechos protegidos por la acción constitucional, según lo establece el artículo 20 de nuestra Constitución. En el presente recurso se esgrimen, además, los Derechos Humanos, puesto que los tratados internacionales suscritos por el Estado de Chile y que se encuentran vigentes forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. Además, por mandato constitucional tienen primacía por sobre las normas de derecho interno. En efecto, el artículo 5 de la Constitución Política del Estado, establece expresamente en su inciso 2 que *"el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"*. La Excm. Corte Suprema ha declarado que el artículo 5, recién transcrito, otorga rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que *"en definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia. validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado"*

*desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos. como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos"*⁵.

3.- Por otra parte, el recurso de protección releva particularmente la importancia del Poder Judicial como un poder contra mayoritario que necesariamente debe actuar para la protección de los derechos fundamentales. La vinculación del órgano jurisdiccional a los derechos fundamentales puede calificarse como aquella que mayor relevancia presenta para el Estado de Derecho⁶. Y esto se explica por la doble faz de la judicatura, como destinataria de los derechos fundamentales, y como principal garante de los mismos. Lo anterior, la E. Corte Suprema de Justicia lo ha expresado con las siguientes palabras: "*Para esta Corte, en términos generales, incumbe a todo Juez de la República la aplicación del ordenamiento jurídico a los casos concretos sometidos a su decisión (..) La integralidad y coherencia de dicho sistema de normas obliga al juzgador a elegir la norma o grupo de normas precisas que utilizará y el sentido de las mismas. En el ejercicio de esa labor intelectual de selección e interpretación puede identificar reglas jurídicas que contienen sentidos opuestos, e incluso reglas jurídicas que se oponen a sendos principios rectores del sistema jurídico. Pues bien, la solución de tales conflictos de normas es también objeto del juzgamiento. No se discute, en la doctrina constitucional, que los jueces del fondo tengan facultades para interpretar las reglas legales conforme a la Constitución, así como tampoco la utilización de las normas constitucionales de un modo directo para la solución del conflicto específico y, en ambos casos, el juez ha debido interpretar la Constitución". En este proceso de integración a que alude la Corte Suprema, que es consustancial a la jurisdicción como señala el máximo tribunal, será tarea del intérprete judicial buscar la forma de conciliar las distintas fuentes normativas (ley, Constitución, tratados) en pos de conservar la unidad del ordenamiento, unidad que pasa por una aplicación del derecho respetuosa de los derechos fundamentales.*

4.- Si bien el artículo 20 de la Constitución al referirse al artículo 19 9) se limita a su inciso final a indicar que "*Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado*", la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos hace en este punto imprescindible realizar consideraciones

⁵ Corte Suprema: sentencia Rol 3125-04, de 13 de marzo de 2007, considerando Vigésimo nono.

⁶ Resulta inconcuso que el juez se encontrara vinculado a la Constitución, como una norma suprema. De acuerdo con el artículo 6° de la Carta Fundamental, podría negarse el deber de sumisión del juez a normas que no se encuentran dictadas conforme a ella.

sobre la manera en que se ha afectado el derecho a la protección de la salud por los recurridos.

5.- En la doctrina nacional, la profesora Alejandra Zúñiga Fajuri⁷, al analizar el estado de la jurisprudencia nacional previa a la implementación del plan Auge, en un artículo dedicado a la vinculación entre el derecho a la salud y el derecho a la protección de la salud en nuestro ordenamiento, plantea la siguiente duda: *"¿podemos siempre saber claramente cuándo se está ante la violación del derecho a cuidado sanitario y cuando se trata del derecho a la vida?"* Posiblemente no. Es necesario reconocer que, a veces, se están violando ambos derechos y que uno de ellos no admite argumentos de progresividad.

6.- Por su parte, el profesor Germán Urzúa⁸ señaló que el derecho a la vida *"no implica, evidentemente, tan solo la facultad de impedir que se nos dé muerte, sino también la concurrencia de un conjunto de condiciones laborales, sociales, económicas, asistenciales y sanitarias que hagan factible el mantenimiento de la existencia dentro de un nivel propio de la dignidad humana. Representan, por lo tanto, aspados o derivaciones de este atributo básico derechos tales como el derecho a la protección de la salud"*.

7.- Además, hay que tener en cuenta que, tal como refiere Zúñiga⁹, la Comisión de Estudios de la nueva Constitución tuvo el propósito de tratar, a continuación del derecho a la vida, el derecho a la protección de la salud, por estimarse que entre ambos derechos existía una estrecha vinculación. Sin embargo, por *"razones metodológicas se abandonó ese plan"*.

8.- A nivel internacional, el artículo 12 del pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) reconoce *"el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud"*. El Comité DESC ha especificado en su Observación General 14 que *"la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos"* y que *"todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente"*. Además, señala que el concepto del **"más alto nivel posible de salud"**, a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 12, *"tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de las personas como los recursos con que cuenta el Estado"*.

⁷ El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la constitución: Una relación necesaria, En: Estudios Constitucionales, Año 9 , 2011 , pp 50-51

⁸ Manual de Derecho Constitucional, Santiago. Editorial Jurídica de Chile, pag 179.160.

⁹ Obra citada

9.- Sobre la conexión estrecha con otros derechos, el Párrafo 4 de la misma Observación señala que *'El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud'*.

10.- Finalmente, el párrafo 8 del citado comentario del Comité¹⁰ DESC, señala que el derecho a la salud comprende libertades (por ejemplo, contra injerencias indebidas) y derechos. Entre éstos últimos, está el relativo a un sistema de protección de la salud que ***"brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del mas alto nivel posible de salud."*** En síntesis, **el derecho a la vida y la integridad física y psíquica incluye necesariamente ciertas dimensiones del derecho a la protección de la salud, pues a lo menos se debe asegurar a las personas aquellas prestaciones mínimas de salud de las cuales depende directamente resguardar su vida.**

11.- Tal como ha señalado, la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago¹¹, indica que *"si bien, esta última garantía, del número 9, no se encuentra amparada por el recurso de protección según lo establece el artículo 20, sí constituye un derecho garantizado a todas las personas por la Carta, por lo que no es posible desentenderse de su existencia para una adecuada administración de justicia"*.

12.- En el mismo sentido, la Excma. Corte Suprema¹² ha sostenido que *"si bien la acción cautelar contemplada en el artículo 20 solo se ha limitado a la tutela del inciso final de la disposición citada, es decir, el derecho de las personas a escoger un sistema de acceso a la salud, sea éste público o privado, lo cierto es que los primeros incisos del numeral noveno del artículo 19 de la Carta Fundamental establecen criterios normativos rectores que el constituyente entrega al Estado, lo cual lleva a interpretar de modo extensivo la garantía constitucional. En efecto, por tratarse de una cuestión de interés público y un derecho fundamental de orden social, es el Estado el llamado a garantizar el Derecho a la Protección de la Salud de todas las personas, teniendo en cuenta para ello la definición de salud dada por la Organización Mundial de la Salud:*

¹⁰ Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14, adoptada en el 22 período de sesiones, Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo de 2000.

¹¹ Rol 7766-2009, sentencia de 10 de diciembre de 2009.

¹² Rol 1324-2010, sentencia de 25 de febrero de 2010.

máximo bienestar físico, mental y social unido al pleno desarrollo de las potencialidades personales y sociales".

13. A su vez, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas¹³ comprende que existen ciertas confusiones o falsas ideas acerca de lo que se entiende en materia de derecho a la salud.

En primer lugar, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas sostiene que el **derecho a la salud no es lo mismo que el derecho a estar sano**. Ello porque es muy común creer que el Estado debe garantizar buena salud, pero no es así pues la buena salud depende de múltiples factores que se encuentran fuera del control directo del Estado. El derecho a la salud se refiere a la facultad que le asiste a cualquier persona a disfrutar de un conjunto de bienes, instalaciones, servicios y condiciones que son necesarios para su realización.

Por tal motivo es más exacto definirlo como el derecho a acceder al nivel más alto posible de salud física y mental. Es más exacto el concepto anterior que entenderlo como un derecho incondicional a estar sano. Para la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas el derecho a la salud es inclusivo. Es decir, que este derecho no es únicamente el acceso a la atención sanitaria o la construcción de hospitales, sino que es mucho más complejo y amplio pues comprende una diversidad de factores que contribuyen a una vida sana. En dicha línea el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales los llama "factores determinantes básicos de la salud".

14.- Como se ha dicho entonces, los hechos anteriormente descritos constituyen una clara violación a los derechos constitucionales establecidos en los artículos 19 N° 1, 2 y 9 de la Constitución, derechos que a su vez se encuentran cautelados con el recurso de protección del artículo 20 de la Carta Magna, el que supone los siguientes elementos:

A.- Que se haya producido un acto u omisión .

B.- Que ese acto u omisión tenga el carácter de ilegal o arbitrario.

C.- Que ese acto ilegal o arbitrario, sea imputable a una autoridad o persona determinada.

POR LO TANTO,

A US. ILTMA. pido, de conformidad a lo dispuesto en la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Exma. Corte Suprema Sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, tener por interpuesto recurso de protección contra de la **SECRETARIA REGIONAL DE SALUD**

¹³ <https://www.medwave.cl/link.cgi/Medwave/Enfoques/PoldeSalud/5664>

METROPOLITANA, RUT N°61.601.000-K, representada por autoridad doña PAULA LABRA BESSERER, ambos con domicilio en Padre Miguel de Olivares 1229, Santiago, y de **CENCOSUD S.A.**, sociedad del giro comercial, RUT 93.834.000-5, representada por su gerente general don **MATÍAS VIDELA SOLÁ**, ambos domiciliados para estos efectos en Avenida Kennedy N° 9001 piso 7, Las Condes, Santiago, por haber procedido, de hecho, a perturbar y amenazar nuestros derechos constitucionales por actos y omisiones ilegales y arbitrarios, que le son atribuibles, por actos que afectan nuestro **derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona; de igualdad ante la ley; y, el derecho a la salud**, que se encuentran reconocidos en los números 1, 2 y 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, acogerlo y se adopten de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de los afectados.

En tal sentido, y ante una perturbación y amenaza clara de los derechos constitucionales señalados anteriormente, solicito que la Corte declare la ilegalidad y arbitrariedad de los hechos denunciados, ordenando, desde luego :

1.- La paralización inmediata de los trabajos de construcción de la fase 3 del Proyecto Costanera Center por parte de CENCOSUD, y que afectan al funcionamiento del Hospital Metropolitano; ello hasta que la autoridad de salud competente determine que se pueda proceder a su facción sin alterar el combate a la emergencia sanitaria y de salud pública que genera la denominada PANDEMIA 2.0 y la actual ola de COVID, que debería ser en al menos 6 (seis) meses más.

2.- Se proceda por el Minisaterio de Salud y la autoridad sanitaria competente a proceder a dar uso extensivo e intensivo del Hospital Metropolitano de Santiago en función del combate a la Pandemia de COVID y a la denominada PANDEMIA 2.0.

PRIMER OTROSI: Ruego a S.S.I se sirva tener por acompañados, en forma legal, los siguientes documentos:

- 1.- Comunicado de la Dirección de Hospital Metropolitano, de fecha 31 de agosto de 2021.
- 2.- Carta 040, de fecha 3 de marzo de 2015, del director de SSMO a CENCOSUD que contiene informe sobre impacto y mitigaciones de la fase 3 del proyecto Costanera Center.
- 3.- Decreto 4, de 8 de febrero de 2020.

SEGUNDO OTROSI : Atendida la gravedad de los hechos materia del presente recurso, solicito a S.S.I se sirva decretar ORDEN DE NO INNOVAR decretando la suspensión de los trabajos, el retiro de la instalaciones provisorias y que el Hospital desde luego proceda a su pleno funcionamiento para atender la crisis sanitaria y de salud pública general que se vive relacionada con la denominada PANDEMIA 2.0.

TERCER OTROSI : RUEGO A S.S.I. decretar las siguientes diligencias.

- 1.- Informe de los recurridos.
- 2.- Informe del Ministerio de Salud.
- 3.- Informe de la Municipalidad de Providencia.
- 4.- Informe del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones.
- 5.- Informe del Señor Gobernador de Santiago.

CUARTO OTROSI : Ruego a S.S. se sirva tener presente que designo abogado patrocinante y confiero poder a don **ANTONIO SAAVEDRA VEAS**, de mi mismo domicilio, correo electrónico asaavedraveas@gmail.com.