

Puerto Montt, uno de diciembre de dos mil veintiuno

VISTOS:

En folio N°1 comparece **ANA MARÍA CONSTANZA ROJAS GONZÁLEZ**, ingeniero civil industrial, domiciliada en calle Seminario N° 349 de esta ciudad, quien interpone recurso de protección contra don **OSCAR ENRIQUE PARIS MANCILLA**, médico cirujano, en su calidad de Ministro de Salud, domiciliado en calle Mac Iver N° 541, Santiago.

En cuanto a los hechos señala que se dedicada a la administración de un estudio de abogados, con oficinas en las ciudades de Osorno y Puerto Montt, que representa los intereses de distintos clientes desde la Región del Biobío al sur. También una sociedad dedicada a la realización de proyectos agrícolas e inmobiliarios con predios en las comunas de Lago Ranco, Frutillar, Llanquihue, Puerto Varas, Calbuco, Chaitén y Futaleufú; así como algunas compañías extranjeras que han requerido de mis servicios en el país. Que en lo familiar es esposa, y madre de dos hijos menores de edad a quienes le toca conducir y acompañar a sus distintas actividades, a cargo de sus padres, adultos mayores que últimamente han experimentado un acelerado deterioro.

Que por sus compromisos le corresponde desplazarse constantemente por distintas comunas y participar en reuniones y distintas actividades profesionales, sociales y de la vida diaria, lo que se impide o dificulta notoriamente con ocasión de la dictación de dos normas por parte del recurrido: a) el Decreto N° 39 afecto, de 15 de septiembre de 2021, que “PRORROGA VIGENCIA DEL DECRETO N° 4, DE 2020, DEL MINISTERIO DE SALUD, QUE 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)¹”; y b) la Resolución N° 994 exenta, de 30 de septiembre de 2021, que “ESTABLECE CUARTO PLAN ‘PASO A PASO’²” y, en el numeral XVI de su capítulo I, establece un “pase de movilidad” que discrimina arbitrariamente a las personas, según se verá.



Así, sostiene que tales actos administrativos son arbitrarios, inconstitucionales, ilegales y afectan las garantías constitucionales consagradas en los numerales 1, 2, 7, 21 y 22 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

En cuanto al Decreto N° 39 afecto, de 15 de septiembre de 2021, que prorroga el decreto de alerta sanitaria, constituye un acto arbitrario que perturba sus derechos a la integridad física y psíquica, a la igualdad ante la ley, a la libertad personal, a desarrollar cualquier actividad económica y a que no se le discrimine en éstas, garantías constitucionales consagradas en los numerales 1, 2, 7, 21 y 22 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, respectivamente y según ha expuesto.

En efecto -sostiene-, el acto del recurrido es arbitrario en cuanto numerosos documentos técnicos dan cuenta que las restricciones de movilidad y trabajo a gran parte de la población no son beneficiosas para la ciudadanía, sino todo lo contrario, le han acarreado consecuencias físicas, psicológicas y económicas difícilmente reparables.

Señala que el estado excepcional no se renovó y en los términos del artículo 43 de la Constitución Política se reestableció la normalidad. Por lo demás, el artículo 44 de la misma Carta Magna establece que “las medidas que se adopten durante los estados de excepción no podrán, bajo ninguna circunstancia, prolongarse más allá de la vigencia de los mismos” (el énfasis es nuestro), no correspondiendo ni estando habilitado el recurrido para hacerlo por la vía administrativa y sustentado en normas simplemente legales.

El recurrido, sin un estado de excepción constitucional que lo ampare, ha pretendido establecer –arbitraria, inconstitucional e ilegalmente- restricciones que vulneran sus derechos, mediante actos administrativos que se sustentan en normas simplemente legales que no pueden primar sobre los derechos humanos, sin que sea tolerable que la máxima autoridad sanitaria del país discrimine arbitrariamente a millones de ciudadanos bajo la excusa de estar siguiendo a la ciencia, cuando en realidad la está ignorando completamente. Estima que algunas autoridades y profesionales del área médica se han acostumbrado a faltar a la verdad en el último par de años, y que ahora no ha ocurrido en platós de



televisión, sino en procesos judiciales, lo que puede dar origen a sanciones penales por falso testimonio. Pide a esta Corte que acoja el recurso y que en su mérito disponga de dejar sin efectos el Decreto N° 39 afecto, de 15 de septiembre de 2021 y la Resolución N° 994 exenta, de 30 de septiembre de 2021, con costas.

Que en el **folio N° 3** se tuvo por interpuesto el recurso,

A **folio N° 10** se evacuó informe por el requerido, solicitando el rechazo del recurso por las siguientes consideraciones:

Indica que de acuerdo al artículo 36 del Código Sanitario e inciso segundo del artículo 9°, del decreto supremo N° 136, de 2004, del Ministerio de Salud, con fecha 5 de febrero de 2020 se dictó el decreto N° 4, de 2020, del Ministerio de Salud, que decreta alerta sanitaria por el período que se señala y otorga facultades extraordinarias que indica por emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII) por brote del nuevo coronavirus (2019-NCOV) (en adelante la “Alerta Sanitaria”), por el período de un año. La vigencia de dicho decreto fue prorrogada en virtud de los decretos N°s. 1, 24 y 39, de 2021, del Ministerio de Salud, hasta el 31 de diciembre de 2021.

Así, desde la dictación de la Alerta Sanitaria y el aludido Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe, se han dictado medidas sanitarias a través de resoluciones del Ministerio de Salud, que han tenido por objeto resguardar la salud de la población y controlar la propagación del COVID-19, acorde a la evolución de la situación epidemiológica. Que dada la entidad e impacto que ha tenido la pandemia en nuestro país, la adopción de medidas sanitarias ha sido dinámica, variando de conformidad a la información técnica disponible día a día.

Agrega que tras la dictación de numerosas alertas sanitarias en los últimos años, se ha llegado a la conclusión de que las facultades extraordinarias de las que trata el artículo 36 del Código Sanitario, en las que se fundamenta el ejercicio de las facultades en el caso de emergencias sanitarias, tienen cuatro características, que se presentan en las medidas vigentes actualmente: (i) deben obedecer a un propósito legítimo, (ii) ser temporarias, (iii) no discriminatorias y, (iv) proporcionadas. De forma tal, la medida de “Pase de Movilidad” contenida



actualmente en la resolución exenta N° 994, obedece a un propósito legítimo, es una medida temporaria, cuya aplicación y efectos se ha ido adecuando conforme la evolución de la situación epidemiológica en nuestro país; no es discriminatoria y es proporcionada y racional

En otro capítulo, estima que no corresponde a esta Il. Corte de Apelaciones intervención en la adopción de políticas públicas en materia sanitaria, decisión que corresponden a quienes ejercen la Administración del Estado, y que en estas circunstancias tienen bajo su responsabilidad diversas políticas públicas vinculadas con la salud de la población, y que ni el Ministerio de Salud ni sus organismos o servicios públicos dependientes o relacionados ha incurrido en algún acto u omisión ilegal o arbitrario y que vulnere, perturbe o amenace las garantías constitucionales enunciadas en el libelo.

Agrega que el presente recurso ha sido deducido en reiteradas ocasiones, concibiendo el uso del derecho a litigar como abuso y de forma temeraria, sin fundamentos plausibles para litigar ni mérito alguno, cuyo objetivo es que mediante una sentencia judicial se ordene la obtención de un pase de movilidad que va contra las medidas implementadas por la Autoridad Sanitaria para el control de la pandemia que sigue afectando a nuestro país, estableciéndose con ello privilegios y condiciones diferenciadas entre las personas, y pretendiendo la adopción de estrategias propias de la determinación de políticas públicas para hacer frente a la emergencia sanitaria. Al informe agrega los siguientes documentos: 1. World Health Organization. Interim recommendations for use of the Pfizer–BioNTech COVID-19 vaccine, BNT162b2, under Emergency Use Listing. 2021. (Acceso 23 febrero 2021). Disponible en: https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-vaccines-SAGE_recommendation-BNT162b2-2021.1 2. Center for Disease Control and Prevention (CDC). What to Expect after Getting a COVID-19 Vaccine (Acceso 24 febrero 2021), de: <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/vaccines/expect/after.html> 3. Comité Asesor en Vacunas y Estrategias de Vacunación (CAVEI), Ministerio de Salud. Pronunciamiento del CAVEI sobre el uso de vacunas covid-19 en embarazadas y mujeres en período de lactancia.



2021. Disponible en: https://vacunas.minsal.cl/wp-content/uploads/2021/02/CAVEI_vacunas-COVID19-embarazadas-y-periodo-lactancia_15Feb2021.pdf; 4. Decreto N°4, de 2020, del Ministerio de Salud, que decreta la Alerta Sanitaria. 5. Decreto N° 39, que prorroga la vigencia del Decreto N° 4, de 2020, del Ministerio de Salud, que decreta la Alerta Sanitaria; 6. Efectividad del Programa de Vacunación contra SARS-CoV-2, agosto de 2021; 7. Grupos objetivos para vacunación contra SARS-COV-2, según suministro de vacunas, del Ministerio de Salud; 8. Informe epidemiológico de variantes SARS-COV-2, julio de 2021; 9. Resolución exenta N° 994, de 2021, del Ministerio de Salud que establece el cuarto plan Paso a Paso.

En el **folio N° 15** la parte recurrente acompañó además los siguientes documentos: 1. Carta de los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades (CDC) de los EE. UU. admitiendo que no hay ningún caso documentado de personas no vacunadas que se hayan reinfectado o transmitido SARS-CoV-2 a otra persona tras haber adquirido inmunidad natural por haber tenido la enfermedad. Dice textualmente: “Los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades y la Agencia para el Registro de Sustancias Tóxicas y Enfermedades (CDC/ATSDR) recibieron su solicitud de la Ley de Libertad de Información (FOIA) el 02 de septiembre de 2021, solicitando: ‘Documentos que reflejen cualquier caso documentado de un individuo que: (1) nunca recibió la vacuna COVID- 19; (2) se infectó con COVID- 19 una vez, se recuperó, y más tarde se infectó de nuevo; y (3) transmitió SARSCo V-2 a otra persona cuando se reinfectó. Una búsqueda en nuestros registros no reveló ningún documento relacionado con su solicitud”; 2. Estudio denominado “Transmisión comunitaria y cinética de la carga viral de la variante delta del SARS-CoV-2 delta (B.1.617.2) en individuos vacunados y no vacunados en el Reino Unido: un estudio prospectivo longitudinal, estudio de cohorte2”, publicado en The Lancet, que concluye que 12 de 31 contagios de SARS-CoV-2 en hogares vacunados proceden de personas con su esquema de vacunación completo y que las personas vacunadas, cuando se contagian de nuevo con el virus, tienen una carga viral similar a la de las personas no vacunadas; y 3. Informe del Departamento de Epidemiología del



recurrido denominado “Informe Epidemiológico N° 15 Incidencia y gravedad de casos COVID-19 según antecedente Chile 17-11- 2021”, en el que se acreditaría que las vacunas de SARS-CoV-2 no impiden el desarrollo de la enfermedad COVID- 19 y que la mayoría de los ingresados a Unidades de Cuidados Intensivos y fallecidos por dicho motivo tienen su esquema de vacunación completo.

CON LO RELACIONADO, Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de Protección establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción, destinada a amparar el legítimo ejercicio de los derechos preexistentes que esa misma disposición garantiza y que se encuentran reconocidos por su artículo 19, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que priva, o amenace ese atributo.

Se trata, por consiguiente, de una acción de cautela de derechos garantizados a nivel constitucional cuya existencia sea indubitada y que se encuentren conculcados de manera suficiente para provocar la actividad jurisdiccional traducida en la adopción de medidas destinadas a restablecer el imperio de esos derechos amagados o perturbados en su legítimo ejercicio

SEGUNDO: Que de lo anteriormente reflexionado, se desprende que es requisito indispensable de la acción de protección, la existencia de un acto u omisión arbitraria o ilegal, producto del mero capricho de quién incurre en él y que provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado, afectando a una o más de los derechos preexistentes protegidos, consideración que resulta básica para el examen y la decisión de cualquier recurso como el que se ha interpuesto.

TERCERO: Que el acto materia de este recurso dice relación con las infracciones a las garantías indicadas por el actor mediante la resolución recurrida y dictada por el Ministerio de Salud, en relación con el establecimiento del denominado “Pase de Movilidad” y la discriminación que efectuaría aquella entre las personas con su plan de vacunación al día y quienes no lo tengan, situación que resultaría arbitraria, conjuntamente con la extensión del estado de alerta sanitaria que propiciaría lo señalado.



CUARTO: Que, a la fecha de dictación de la resolución recurrida y del presente fallo, se encuentra vigente en nuestro país el Decreto N°39 de 15 de septiembre del 2021, que “prorroga vigencia del Decreto N°4, de 2020, del Ministerio de Salud, que decreta alerta sanitaria por el período que se señala y otorga facultades extraordinarias que indica por emergencia de salud pública de importancia internacional (espii) por brote del nuevo coronavirus” y de la Resolución N°994 exenta de fecha 30 de septiembre del 2021 que “Establece Cuarto Plan ‘Paso A Paso’2” , en el numeral XVI de su capítulo I, establece un “pase de movilidad.”

QUINTO: Estando vigente el estado de alerta sanitaria, de conformidad a las normas establecidas en el Código Sanitario, ello ha permitido adoptar diversas medidas al Poder Ejecutivo en el control y manejo de los efectos de la pandemia, por ser dicho Poder del Estado el encargado de crear y ejecutar las políticas públicas en estas materias, de acuerdo a la división de poderes inherente a todo Estado de Derecho.

Luego, al haber cesado el estado de excepción constitucional, la autoridad sanitaria ha dictado la Resolución N°994 exenta de fecha 30 de septiembre del 2021, que renueva y actualiza el denominado “plan paso a paso” introduciendo las respectivas actualizaciones al pase de movilidad, el cual “no afectará la movilidad de su titular, y producirá los efectos que explícitamente se señalen en los actos administrativos dictados por la autoridad sanitaria.”

SEXTO: Que, como se ha señalado previamente, la función de dictar las políticas públicas le corresponde al Gobierno que asuma la dirección del Poder Ejecutivo del país, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia en esta materia, no siendo posible al Poder Judicial atribuirse dicha función en conocimiento y resolución de una acción de protección como la de esta causa, por cuando aquello podría implicar la intromisión en facultades privativas que el constituyente ha establecido al respecto.

Lo anterior es particularmente relevante en el actual contexto de pandemia, donde la autoridad sanitaria debe tomar especiales decisiones en dichas materias y para lo cual mantiene un órgano consultivo de expertos en temas sanitarios,



como es de público conocimiento. En esta línea, la Excelentísima Corte Suprema ha resuelto, en causa Rol 39.506-2020:

“Segundo: Que, no obstante, habiéndose declarado por el Presidente de la República el Estado de Catástrofe en todo el territorio nacional, es manifiesto que el mérito, oportunidad, conveniencia y eficacia de tales medidas queda radicado de manera privativa en las autoridades recurridas, toda vez que responden a la ejecución de una política pública de orden sanitario.

Tercero: Que la acción constitucional de protección no es la vía idónea para impugnar las supuestas omisiones que se reprochan a tales autoridades, desde que ello importaría arrogarse potestades que el Constituyente ha radicado de manera privativa en el Poder Ejecutivo, más aún en un Estado de Excepción Constitucional.”

Así las cosas, no se advierte algún actuar ilegal o arbitrario por parte del Ministerio de Salud en la dictación de la referida resolución, elaborada en el contexto y de conformidad a las atribuciones que le son propias, mediante un acto legalmente tramitado y encontrando sus fundamentos normativos conformidad a lo indicado en los considerandos cuarto y quinto de este fallo, contando además para ello con los recursos y asesoría técnica propia en materias sanitarias.

SÉPTIMO: Que, de este modo, esta Corte rechazará la presente acción por considerar que la naturaleza del conflicto y lo solicitado por la parte recurrente excede con creces la finalidad que persigue la acción de protección, ya que implicaría en este caso ejercer atribuciones que se encuentran reservadas exclusivamente en el Poder Ejecutivo, sin que ello importe una renuncia al ejercicio de las facultades conservadoras de derechos fundamentales que por ley se encarga a esta Corte en los supuestos establecidos en el artículo 20 de la Constitución Política.

Cabe agregar, dentro de los límites del presente recurso y su fin de cautela urgente, que no se advierte la presencia de aquellas vulneraciones denunciadas, considerando que se reclama en contra de medidas sanitarias de control y tendientes a prevenir o evitar la propagación del virus ya señalado, que resultan aplicables a todos los habitantes de la Nación, actos administrativos que recibieron



como insumo estudios especializados que la ciencia elaboró en reacción a los graves efectos de la pandemia. Asimismo, tales decretos han superado los respectivos controles de legalidad, de manera que se encuentran revestidos de una presunción de veracidad en cuanto a su contenido, y de validez en su forma, emanados además de una autoridad competente y dentro del ejercicio de sus potestades o atribuciones, sin que la parte recurrente, por medio de los antecedentes presentados, hubiese logrado desvirtuar dicha presunción y mucho menos la actividad desplegada por el Ministerio de Salud dentro de sus respectivas atribuciones. De acuerdo a lo anterior, y considerando que se trata de restricciones a derechos individuales justificables por la necesidad de resguardar la salud pública, tampoco ha justificado la recurrente ser titular de un derecho indubitado que pueda ser susceptible de cautela efectiva, ni la presencia de un actuar ilegal o arbitrario de la autoridad contra quien dirige el recurso.

Por estas consideraciones, lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República, y Acta sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se rechaza la acción interpuesta por doña **ANA MARÍA CONSTANZA ROJAS GONZÁLEZ**, en contra de don **OSCAR ENRIQUE PARIS MANCILLA**, médico cirujano, en su calidad de Ministro de Salud, por la dictación del Decreto N°39 afecto de 15 de septiembre del 2021 y de la Resolución N°994 exenta de fecha 30 de septiembre del 2021.

Redacción a cargo del abogado integrante Christian Löbel Emhart.

Regístrese, comuníquese y archívese, en su oportunidad.

Rol Protección N°1223-2021.





XKPM LFRVBY

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Puerto Montt integrada por Ministra Presidente Gladys Ivonne Avendaño G., Ministro Juan Patricio Rondini F. y Abogado Integrante Christian Lobel E. Puerto Montt, uno de diciembre de dos mil veintiuno.

En Puerto Montt, a uno de diciembre de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 05 de septiembre de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.