

Contreras & Cía.
Abogados

1 **TIPO DE RECURSO: Protección.**

2 **RECURRENTES:**

3 **1) Osvaldo Contreras Strauch, abogado, RUT 5.050.219-8**

4 **2) Roberto Mayorga Lorca, abogado, RUT 4.514.198-5**

5 **3) Domingo Hernández Emparanza, abogado, RUT**
6 **5.136.315-9**

7 **4) Guillermo Piedrabuena Richards, abogado, RUT**
8 **2.639.831-2**

9 **5) Hernán Bosselin Correa, abogado, RUT 5.116.987-5**

10 **ABOGADOS PATROCINANTES Y APODERADOS:**

11 **1) Osvaldo Contreras Strauch, RUT 5.050.2129-8 y**

12 **2) Andrés Maira Cuevas, RUT 16.475.017-5**

13 **RECURRIDO: Ministro de Salud, don Enrique Paris Mancilla**
14 **RUT 5.964.828-4**

15

16 **EN LO PRINCIPAL:** Recurso de protección. **PRIMER OTROSÍ:**
17 Medios de prueba. **SEGUNDO OTROSÍ:** Acompañan
18 documentos. **TERCER OTROSÍ:** Notificaciones. **CUARTO**
19 **OTROSÍ:** La petición que indica. **QUINTO OTROSÍ:** Urgencia.
20 **SEXTO OTROSÍ:** Téngase presente.

21

22 **ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO**

23

24 **OSVALDO CONTRERAS STRAUCH y ANDRÉS MAIRA**
25 **CUEVAS,** ambos abogados y domiciliados para estos efectos en
26 Málaga 50 Of. 32, Las Condes, a S.S. Ilustrísima respetuosamente
27 decimos:

28 Que de conformidad a lo dispuesto por el artículo 20 de la
29 Constitución Política y el Auto Acordado de la Excelentísima Corte
30 Suprema de fecha 24 de junio de 1998, venimos en deducir, a

Contreras & Cía.
Abogados

1 nombre de don **ROBERTO MAYORGA LORCA** (residente en la
2 comuna de Vitacura), don **DOMINGO HERNÁNDEZ**
3 **EMPARANZA** (residente en la Comuna de Las Condes), don
4 **GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARDS** (residente en la
5 comuna de Vitacura), don **HERNAN BOSSELIN CORREA**
6 (residente en la comuna de Providencia) y del propio
7 compareciente, **OSVALDO CONTRERAS STRAUCH** (residente
8 en la Comuna de Las Condes), todos abogados, mayores de 75 años
9 de edad y con domicilio para estos efectos, en Málaga 50 Of. 32,
10 acción constitucional de **protección**, en contra del Ministro de
11 Salud, don Enrique Paris Mancilla, médico cirujano, del mismo
12 domicilio de la cartera que representa, sito en Enrique Mac Iver 541,
13 Santiago, Región Metropolitana, en su calidad de suscriptor de la
14 Resolución Exenta N° 591 del Ministerio de Salud, publicada en el
15 Diario Oficial del 25 de julio de 2020, y de varias Resoluciones e
16 Instructivos complementarios emitidos con posterioridad.

17 La referida Resolución 591, y otras resoluciones e instructivos
18 *posteriores, disponen medidas que, en forma abiertamente*
19 *discriminatoria*, arbitraria e ilegalmente, causan perturbación y
20 privación, de legítimos derechos y garantías constitucionales de los
21 recurrentes, en su calidad de personas mayores de 75 años de edad
22 y residentes en comunas a las que dicha restricción se aplica, dada
23 su condición actual en el estado de la Pandemia que afecta al País,
24 derechos que tienen la capacidad, intención y necesidad de ejercer
25 libremente, en particular, concurrir a trabajar, caminar, pasear y
26 practicar deportes al aire libre, derechos que están establecidos en
27 diversas normas de rango constitucional y en tratados
28 internacionales suscritos y ratificados por Chile.

29 Dichas medidas arbitrarias, ilegales y discriminatorias, los
30 obligan a mantenerse confinados e inactivos, agravándose el daño a

1 su salud física y psíquica que han sufrido por el confinamiento total
2 que les afectó hasta hace poco y del cual han quedado liberados
3 todos los residentes en dichas comunas, salvo los pertenecientes a
4 su condición etaria.

5 Los derechos y garantías constitucionales conculcados son los
6 que se contemplan en los artículos 19 números 1, 2, 7, 9, 16, 21 y 22
7 de la Constitución Política del Estado, en relación a los artículos 1°,
8 43 y 45 de la Carta Magna. De ellos, están resguardados por el
9 **recurso de protección que ejercemos, los contemplados en los**
10 **numerales 1, 2, 16, 21 y 22 del referido artículo 19.**

11 El presente recurso tiene por finalidad que se declare que las
12 medidas contempladas en el Numeral 5. de la referida resolución, y
13 todas las que con posterioridad han sido dictadas, manteniendo e
14 incluso ampliando las medidas que **discriminatoriamente**
15 restringen la libertad y otros derechos esenciales de las personas
16 mayores de 75 años, situación en la que se encuentran los
17 recurrentes, son inconstitucionales y se determine que deben
18 arbitrarse las medidas para que se dejen sin efecto de inmediato, en
19 cuanto ellas afectan a los recurrentes.

20 El fundamento de esta acción constitucional se deriva
21 directamente de los siguientes antecedentes de hecho y de derecho.

22

23 I.- LOS HECHOS

24

25 **1.- La Resolución Exenta N° 591.** Con fecha 25 de julio de 2020
26 fue publicada en el Diario Oficial, la Resolución Exenta N° 591 del
27 Ministerio de Salud, dictada con fecha 23 de julio y firmada por el
28 Señor Ministro de Salud, don Enrique Paris Mancilla, cuyo numeral
29 5. (Encuadrado dentro de cuyo Capítulo I, Apartado III

Contreras & Cía.
Abogados

1 “Aislamientos o cuarentenas a poblaciones determinadas”), señala lo
2 siguiente:

3
4 “5. Dispóngase que todas las personas mayores de 75 años deben
5 permanecer en cuarentena, es decir, en sus domicilios habituales.

6 Sin perjuicio de lo dispuesto precedentemente, autorízase a las personas
7 mayores de 75 años a salir de sus domicilios, por un máximo de una hora al
8 día, conforme se señala a continuación:

9 a. Aquellas personas mayores de 75 años que residan en una localidad
10 que se encuentre en el Paso 1-Cuarentena o en el Paso 2-Transición, conforme
11 a lo señalado en el Capítulo II de esta resolución, podrán salir de sus domicilios
12 hasta una distancia de 200 metros a la redonda, solo los días lunes, jueves y
13 sábado entre las 10:00 y las 12:00 horas, o entre las 15:00 y las 17:00 horas.

14 b. Aquellas personas mayores de 75 años que residan en una localidad
15 que, conforme al Capítulo II de la presente resolución, no se encuentren en los
16 pasos señalados en el literal a), precedente, podrán salir de sus domicilios
17 durante, cualquier día de la semana, entre las 10:00 y las 12:00 horas o entre
18 las 15:00 y las 17:00 horas.

19 Las personas mayores de 75 años que hagan uso de la autorización
20 señalada deberán cumplir con todas las medidas sanitarias vigentes, no
21 ingresar ni circular por lugares cerrados y deberán portar su carnet de
22 identidad. Podrán ser acompañados por una persona, quien deberá cumplir con
23 las mismas medidas señaladas.

24 La autorización referida en este numeral comenzará a regir a las 05:00
25 horas del día 25 de julio de 2020, y tendrá carácter indefinido, hasta que las
26 condiciones epidemiológicas permitan su suspensión”.

27

28 **2.- Las medidas dispuestas en la resolución arriba citada,**
29 **han sido íntegramente mantenidas en todas las resoluciones**
30 **dictadas con posterioridad, partiendo por la que lleva el N° 663,**

1 publicada en el D.O. de fecha 11 de agosto último, **e incluso, en los**
2 **instructivos** ampliamente distribuidos por el Ministerio de Salud a
3 todo lo largo del país, como es el caso del denominado “Instructivo
4 para Permisos de Desplazamiento”, en vigencia desde el 17 de
5 agosto de 2020, que respecto al tema que es objeto de la acción
6 constitucional interpuesta, dispone lo siguiente:

7

8 “16. **Salida de adultos mayores en sectores o localidades en Paso**
9 **Cuarentena o Paso Transición (Pasos 1 y 2)**¹: Las personas mayores de 75
10 años, que residan en sectores o localidades que se encuentren en Paso
11 Cuarentena o Paso Transición, podrán salir de sus domicilios, hasta una
12 distancia de 200 metros a la redonda de los mismos, durante 60 minutos, los
13 días lunes, jueves y sábado entre las 10:00 y las 12:00 horas, o entre las 15:00
14 y las 17:00 horas. Se deberá portar la Cédula Nacional de Identidad y podrá
15 estar acompañado de una persona que esté a su cuidado, cumpliendo siempre
16 con el uso de mascarilla, evitando las aglomeraciones y caminando con al
17 menos un metro de distancia de otras personas. En ningún caso estará
18 permitido ingresar a lugares cerrados ni realizar otra actividad”.

19

20 **3.- Peor aún. Está previsto que las medidas**
21 **discriminatoriamente restrictivas, continuarán aun cuando**
22 **disminuyan los efectos de la pandemia.** En efecto, las restricciones
23 discriminatorias y carentes de todo fundamento que se imponen a
24 los mayores de 75 años, se mantendrían aun cuando los sectores o
25 localidades entren a los “Pasos” 3 y 4. Así lo señala el apartado que
26 sigue del antes citado “Instructivo”:

27

28 “17. **Salida de adultos mayores en sectores o localidades que NO**
29 **estén en Paso Cuarentena o Paso Transición (Pasos 3 y 4):** Las personas

¹ Ese es el “Paso” en que se encuentran las comunas en que residen e intentan salir a caminar, trabajar y practicar deportes, los recurrentes.

1 *mayores de 75 años, que residan en sectores o localidades que NO se*
2 *encuentren en Paso Cuarentena o Paso Transición, podrán salir de sus*
3 *domicilios, durante 60 minutos, cualquier día de la semana, entre las 10:00 y*
4 *las 12:00 horas o entre las 15:00 y las 17:00 horas. Se deberá portar la Cédula*
5 *Nacional de Identidad y podrá estar acompañado de una persona que esté a su*
6 *cuidado, cumpliendo siempre con el uso de mascarilla, evitando las*
7 *aglomeraciones y caminando con al menos un metro de distancia de otras*
8 *personas. En ningún caso estará permitido ingresar a lugares cerrados ni*
9 *realizar otra actividad”.*

10

11 **4.- Restricción discriminatoria de la libertad de los**
12 **recurrentes.** Como consecuencia de las medidas adoptadas a partir
13 de la resolución Exenta N°591, los recurrentes se han visto
14 impedidos de poder salir libremente de sus residencias, caminar,
15 pasear, trotar, andar en bicicleta, etc., ¡disfrutar del aire libre, luego
16 de meses de encierro!, en las mismas condiciones que el común de
17 la ciudadanía que habita en los sectores donde residen. Desde
18 luego, lo anterior les impide, también, concurrir a trabajar, y les
19 priva de los ingresos económicos que, en su caso, están vinculados a
20 los servicios profesionales que están en condiciones de poder
21 prestar a terceros.

22

23 **5.- Respecto a la práctica de deportes.** Están, también,
24 excluidos de la posibilidad de jugar los deportes que algunos
25 practican por decenas de años, que son de aquellos que se
26 caracterizan por no contemplar el contacto físico entre los
27 jugadores, pues al intentar hacerlo, los respectivos clubes a los que
28 pertenecen, se lo niegan, bajo el imperio de rigurosas regulaciones
29 internas que han dictado, siguiendo las reglas que han impuesto las
30 resoluciones e instrucciones del Ministerio de Salud.

1 Si bien dentro de las medidas que figuran en las regulaciones
2 de la autoridad, no se excluye, literalmente, la posibilidad de que
3 los mayores de 75 años puedan practicar deportes, los clubes
4 deportivos han interpretado que tienen que impedirse,
5 seguramente porque dichas resoluciones e instructivos
6 impugnados, como hemos visto, contienen una limitación horaria
7 (máximo de 60 minutos dentro de dos horas durante la mañana y
8 otras dos durante la tarde), y una restricción física (los mayores no
9 pueden circular fuera de sus domicilios sino en un radio de 200
10 metros a la redonda), que en los hechos hace imposible practicar
11 ningún deporte.

12 A continuación, se reproduce el texto pertinente de la
13 respuesta del Club al que pertenece, recibida por uno de los
14 recurrentes suscritos, que solicitó hora para poder concurrir a
15 practicar el deporte que acostumbra:

16 *“Desafortunadamente de acuerdo a las Resoluciones del Ministerio de*
17 *Salud que le adjunto, no es posible permitir el ingreso de socios mayores de 75*
18 *años, toda vez que estaríamos Ud. y el Club infringiendo la ley, con riesgo de*
19 *multas muy altas, entre otras medidas.*

20 *No es un tema del Club y sentimos enormemente y esperamos que*
21 *podamos ir avanzando en los pasos de desconfinamiento de manera de que los*
22 *socios mayores de 75 años puedan venir al Club y hacer deporte”.*

23 Acto seguido la respuesta expresa que ...”*El párrafo siguiente es*
24 *el que no podemos incumplir, dado que la comuna donde funciona el*
25 *club se encuentra en Paso 2”*, y reproduce, textualmente, el numeral
26 5.- de la Resolución Exenta 591.

27

28 **6.- Gravedad de la prohibición. Norma Penal.** Es importante
29 hacer hincapié sobre la gravedad de la prohibición discriminatoria
30 que impone la Resolución N° 591 del MINSAL y todas las otras

1 resoluciones e instructivos posteriores que la complementan, ya que
2 su infracción está sancionada en el artículo 318 del Código Penal.

3

4 **7.- Por sobre todo, la discriminación arbitraria impuesta por**
5 **el Ministerio de Salud, afecta la dignidad de los recurrentes (y en**
6 **general de todos los mayores de 75 años de edad),** ya que se les
7 trata tal como si no fueran autovalentes, en circunstancias que todos
8 los abogados recurrentes, están en plena posesión de sus facultades
9 intelectuales, cognitivas, afectivas y gozan de un excelente estado
10 de salud física, aún cuando con su musculatura “fuera de tono”, a
11 raíz del largo confinamiento. Al imponerles la prohibición de salir
12 de sus residencias, se les causa un evidente daño moral, se les veja y
13 ofende, sin que la pandemia autorice para causarles
14 arbitrariamente, sin fundamento ni racionalidad, tan humillantes
15 agravios morales, como consecuencia de imponerles una restricción
16 en el ejercicio de sus derechos fundamentales, garantizados por la
17 Constitución Política y por Convenciones Internacionales que
18 protegen y amparan a los mayores de 75 años edad.

19

20 **8.- Perjuicios a la salud de los recurrentes.** Los autores de las
21 resoluciones discriminatorias que impugnamos, dicen que al
22 proceder de esa forma están obrando en resguardo de la salud de
23 los mayores. No hemos escuchado las razones para sostener
24 aquello, pero lo cierto es que el efecto de tales medidas es
25 exactamente el contrario: perjudican su salud.

26 El Ministro de Salud, señor Paris y la Subsecretaria, Sra. Daza,
27 en reiteradas oportunidades han señalado, en los propios reportes
28 que ellos han dado a través de los medios de comunicación, que el
29 confinamiento causa daño, especialmente a los mayores de 75 años
30 de edad, debilitando su sistema inmunológico, lo que por cierto es

1 muy grave, precisamente por la pandemia que azota al país.

2 Es decir, el confinamiento prolongado de los recurrentes,
3 mayores de 75 años de edad, en lugar de prevenir los riesgos de
4 contagios por el Corona Virus, los incrementa, como resultado del
5 debilitamiento de su sistema inmunológico.

6 Todos los estudios científicos sobre el sistema inmunológico
7 de las personas indican, en forma unánime, que para fortalecerlo y
8 no debilitarlo es fundamental realizar actividades físicas que
9 conlleven movimientos regulares y normales de desplazamiento. A
10 menor actividad física, de las características señaladas, la salud
11 física se debilita. No basta poder caminar algunos metros alrededor
12 de las residencias privadas: es necesario mantener un libre
13 desplazamiento, realizar actividades diarias al aire libre, que
14 fortalezcan la musculatura y mejoren el ánimo.

15 La salud es un sistema complejo, físico y mental, que se
16 resiente y daña con el confinamiento, por lo que, definitivamente,
17 en vez de proteger la salud de los mayores, los perjudica física y
18 psíquicamente, y aumenta su fragilidad frente a la enfermedad.

19 La discriminación de que son víctimas los recurrentes, por ser
20 mayores de 75 años, no puede sostenerse alegando en su favor,
21 absolutamente ninguna ventaja. Saben muy bien que deben
22 cuidarse, y son los que mayor empeño ponen en hacerlo.

23 Por el contrario, lo anteriormente expuesto constituye una
24 clara vulneración del derecho a la protección de la salud de los
25 recurrentes, consagrado en el artículo 19 N° 9 de la Constitución y
26 cautelado por el recurso de protección, conforme al artículo 20,
27 asunto sobre lo que volvemos, en el capítulo que sigue.

28

29 **II.- EL DERECHO**

30 **El Trato discriminatorio** que se traduce en la vulneración de

1 la libertad de los recurrentes, por el hecho de ser mayores de 75
2 años de edad, dispuesto por la Resolución Exenta N° 591 del
3 Ministerio de Salud, de fecha 25 de julio de 2020, complementada
4 por las resoluciones e instructivos del referido Ministerio, emitidos
5 con posterioridad, en particular el de fecha 17 de agosto último, que
6 la han agravado, **constituye un acto arbitrario e ilegal que atenta**
7 **contra derechos y garantías fundamentales de las personas,**
8 recogidos y amparados por la **Constitución Política de la**
9 **República de Chile y por Convenciones Internacionales suscritas**
10 **y ratificadas por Chile,** que examinaremos a continuación.

11

12 **1.- Garantía referida al principio de igualdad ante la ley.**
13 **Artículo 19 Número 2 de la Constitución Política de la**
14 **República.**

15 *“Artículo 19: “La Constitución asegura a todas las personas:*
16 *Nº2: La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni*
17 *grupo privilegiado. En Chile no hay esclavos y el que pise su*
18 *territorio queda libre.*

19 *Ni la ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias*
20 *arbitrarias.”*

21 El antecedente inmediato de esta garantía, al igual que la de la
22 libertad, se encuentra en el Art 1° de la Constitución, que reconoce
23 que: **“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”**.

24 La igualdad ante la ley, según lo previene nuestra
25 **Constitución**, consiste en el sometimiento de todas las personas -
26 sean naturales o jurídicas - a un mismo estatuto jurídico que
27 encuadra el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus
28 deberes, sin que sea procedente efectuar entre ellas distinciones
29 favorables o adversas a ninguna de ellas, por ningún motivo. El
30 elemento esencial de esta garantía es la inadmisibilidad de

1 discriminaciones arbitrarias, de acuerdo a lo que expresa de la
2 Constitución.

3 Como lo establece uniformemente la jurisprudencia
4 constitucional, nacional e internacionalmente, *la regulación de*
5 *cualquier diferenciación debe estar justificada racionalmente. El principio*
6 *de no discriminación* como uno de los derechos más básicos del ser
7 humano, ha sido elevado a la categoría de “*Ius Cogens*”, el que
8 prohíbe toda diferenciación hecha sobre fundamentos no
9 razonables, irrelevantes o arbitrarios.

10 El principio de no discriminación puede formularse de la
11 siguiente forma: "a menos que exista una razón reconocida como
12 relevante y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado,
13 ninguna persona puede ser preferida a otra".

14 El Tribunal Constitucional chileno, en sentencia del 8 de abril
15 de 1985, Rol N° 28, estableció que "*la igualdad ante la ley consiste en*
16 *que las normas jurídicas deben ser igual para todas las personas que se*
17 *encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse*
18 *privilegios ni imponerse obligaciones a ellas, que no beneficien o graven a*
19 *otros que se hallan en condiciones similares. No se trata, por consiguiente,*
20 *de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso*
21 *conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por*
22 *tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma*
23 *condición*".

24 Así, la igualdad ante la ley, tutela y protege a las personas
25 frente a los eventuales privilegios, a los actos y normas
26 discriminatorias o sin fundamento racional o justo.

27 La ley debe perseguir un objetivo legítimo, lo que obliga al
28 tribunal a averiguar cuál es la finalidad real de la norma y el de la
29 existencia de una *proporcionalidad entre los medios y los fines*, siendo
30 así discriminatorio que el fin perseguido por la norma no sea

1 legítimo o que falte el requisito de proporcionalidad entre los
2 medios empleados para lograr determinados fines.

3 La Corte Suprema chilena, en otra sentencia, de 15 de junio
4 de 1988, estableció que "*la igualdad ante las leyes es el sometimiento de*
5 *todas las personas de similares condiciones a un mismo estatuto jurídico*
6 *fundamental para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus*
7 *deberes, sin que sea posible discriminar entre ellas. Por lo que es natural*
8 *que, en una serie de ámbitos, la ley pueda hacer diferencias entre grupos,*
9 *siempre y cuando no sea una discriminación arbitraria, esto es. contraria a*
10 *la ética elemental o que no tenga una justificación racional"*.

11 "Ello lleva a plantear la necesidad de tener presente en el
12 tema de la igualdad, "el *principio de igual consideración*, que obliga en
13 el caso de medidas adoptadas por la administración en la definición
14 de políticas sociales, económicas y culturales o de salud, a
15 considerar violatorias del principio de igualdad las medidas que
16 excluyan o pasen por alto algunos de los posibles beneficios, los
17 cuales necesariamente deben tenerse presentes, aun cuando tengan
18 poca presencia, influencia o poder. El uso de este criterio permite
19 reducir los riesgos de que un órgano estatal tome decisiones
20 arbitrarias basadas en criterios sin justificación racional, y su vez,
21 ello hará más responsables a los funcionarios directivos que deben
22 tomar las decisiones, al serles exigible un análisis más cuidadoso
23 que no deje afuera a ciertos grupos que debieran estar
24 comprendidos dentro de los beneficiarios, como, asimismo,
25 cuidando de no gravar excesivamente a otros" (2).

26 En el caso de autos, la discriminación arbitraria en contra de
27 los recurrentes, por ser mayores de 75 años, se presenta, justamente,
28 en cuanto el recurrido ha dispuesto restricciones aplicables

2 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional", Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XVIII (1997).

1 únicamente a ellos, que afectan su derecho a la libertad de
2 desplazarse al aire libre, sin confinamiento o encierro, en el
3 generalmente muy estrecho margen de movilidad que tienen en el
4 interior de los inmuebles en que viven, y de distraerse, sea
5 caminando, trotando (jogging), andando en bicicleta o practicando
6 deportes que no representan ningún peligro de contagio, ni para
7 ellos ni para los demás.

8 El Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a este
9 tema en la siguiente forma: *“Tanto sexo como edad son factores cuya*
10 *existencia y evolución transcurren independientemente de la voluntad de*
11 *las personas. Ambas expresiones, por lo tanto, denotan estados naturales,*
12 *inimputables a las personas que los viven, especialmente para ser afectados*
13 *negativamente por la ley. Así, la diferenciación por el criterio de edad no es,*
14 *en sí misma, jurídicamente reprochable. Desde luego, es usual en el derecho*
15 *público, que se exija ciertos requisitos de edad para ejercer derechos*
16 *políticos activos y pasivos, o en el derecho privado para ser titular en el*
17 *ejercicio de determinados derechos. Las diferenciaciones señaladas deberán*
18 *ajustarse al principio de que la relación jurídica no debe perjudicar al más*
19 *débil, menos aún si tal condición escapa a la voluntad del afectado, siendo*
20 *inconstitucional la diferenciación por los factores antes señalados que*
21 *perjudique a quien los posea”. (3).*

22 En mayo último, en un primer estadio de la evolución de la
23 Pandemia que nos afecta, el hecho de restringir diferenciadamente
24 la libertad de circulación de los mayores de 75 años, pudo haber
25 tenido *algún* motivo para ser defendida, no obstante que, en el
26 ámbito internacional, a fines de ese mes, Angela Merkel, Canciller
27 de Alemania, manifestó públicamente su firme negativa a imponer
28 ningún confinamiento discriminatorio a los adultos mayores de su
29 país.

3 Sentencia N° STC 1273 cc. 67, 69 y 70.

1 En el nuestro, el gran fundamento de la medida era de política
2 sanitaria: cuidar la disponibilidad de camas críticas y de
3 ventiladores mecánicos, que son más requeridos por los adultos
4 mayores, y que en ese momento se encontraba en una fase de grave
5 escasez, al límite máximo de su disponibilidad. Tanto es así que un
6 lector de “El Mercurio” enviaba en esa época una carta al Director,
7 discrepando de lo sostenido por la canciller de Alemania y diciendo
8 que aquí, en Chile, “casi el 90% de los fallecidos tiene más de 60
9 años” y que “cerca de un 60% de los enfermos graves en los
10 hospitales son adultos mayores” y llegó al extremo de plantear,
11 como “solución simple” al problema del confinamiento total de los
12 mayores de 75 años, que aquellos que no quisieren sufrirlo,
13 ¡firmaren una declaración jurada “*diciendo que renuncian a ser*
14 *atendidos en camas críticas y ventiladores*”!.

15 Unos días después, el 4 de junio, el diario el Mercurio
16 mostraba, en su página 3, un dibujo de Jimmy Scott que era muy
17 ilustrativo y sensible, toda vez que, como muchas veces se ha dicho,
18 una imagen convence más que mil palabras.

19 En ese dibujo aparecía una joven que, traspuesta ya la puerta
20 de su casa, agitando la correa, animaba a un perro, sentado en el
21 umbral, para que saliera con ella a pasear. El animal demostraba su
22 alegría moviendo su cola, pero, antes de partir, tuerce su cabeza y
23 mira hacia su derecha, esperando que los acompañe el abuelo que,
24 parado y casi escondido detrás de la puerta, lo mira con un rictus
25 de amargura en su rostro: el perro puede salir, pero a él se lo han
26 prohibido. En esa época, los perros podían salir a pasear, varias
27 veces a la semana; los mayores de 75 años, no.

28 **Pero la controversia sobre el tema que se planteaba en Mayo**
29 **y Junio, no se puede proyectar a la actualidad,** por la simple razón
30 de que la situación ha cambiado: hoy en día no puede defenderse el

1 confinamiento discriminatorio de los adultos mayores por la
2 escasez de camas críticas y de ventiladores mecánicos, porque la
3 disminución de los contagios y de los enfermos hospitalizados se ha
4 traducido en que **hoy en día no hay problemas ni peligro de falta**
5 **de disponibilidad de camas críticas y ventiladores mecánicos.**

6 Antes de terminar con el análisis de la garantía constitucional
7 de la igualdad ante la ley, cabe señalar que ella es una de aquellas
8 cuya vulneración autoriza a la interposición de un recurso de
9 protección.

10

11 **2.- Garantía de la libertad personal. Artículo 19 N° 7 de la de**
12 **la Constitución Política de la República, que expresa:**
13 ***Artículo 19: “La Constitución asegura a todas las personas:***
14 **N° 7.- El Derecho a la Libertad Personal.**

15

16 El trato desigual, produce un impacto sobre otras garantías y
17 derechos que no están tutelados por el Art 20 de la Constitución. El
18 impacto en la garantía de la libertad personal que contempla el
19 numeral 7 del Art 19, es el más importante: la discriminación
20 arbitraria que afecta a los recurrentes, mayores de 75 años, a que
21 nos referimos en el apartado 1.-, precedente, se traduce en una
22 directa violación al derecho a su libertad personal,
23 constitucionalmente garantizado.

24 El diccionario de la Real Academia Española define a la
25 libertad, en su primera acepción, como la “facultad natural que
26 tiene el hombre de obrar de una manera u otra, y de no obrar, por
27 lo que es responsable de sus actos”, y en la cuarta, “En los sistemas
28 democráticos, derecho de valor superior que asegura la libre
29 determinación de las personas”.

1 En este sentido, podríamos afirmar que la conducta humana
2 está regida por la libertad, si bien es menester prevenir, que la
3 exteriorización de dicha voluntad, está sujeta siempre a los límites
4 que impone el derecho en general y en particular los derechos de
5 los demás. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, libertad
6 es “la facultad que toda persona tiene de optar entre el ejercicio y el
7 no ejercicio de sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los
8 mismos no se agota en la posibilidad normativa de cumplir con un
9 deber propio” (4).

10 El Estado de Chile ha suscrito Instrumentos Internacionales
11 que tratan los más diversos aspectos referentes a la libertad, entre
12 los cuales resulta especialmente importante el derecho a la libertad
13 personal. En particular, la exigencia se remite a la adecuación
14 legislativa por parte de nuestro país a los estándares de conducta
15 impuestos por los tratados internacionales ratificados por el mismo,
16 en razón del rango normativo que hace prevalecer a éstos últimos.
17 Así lo reconoce el Art 5° de la Constitución Política.

18 En efecto, y tal como ya lo hemos adelantado anteriormente,
19 nuestra carta fundamental, en su capítulo primero titulado “Bases
20 de la Institucionalidad”, su artículo primero señala que “las
21 personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. El referido
22 enunciado, tanto por su ubicación, así como también por su
23 redacción, está otorgando a la libertad jurídica, el valor de principio
24 básico y fundante de un Estado Democrático de Derecho.

25 La concreción práctica de la libertad jurídica en general, se
26 desagrega en una amplia gama de libertades, reconocidas como
27 derechos en el texto constitucional y demás cuerpos normativos,
28 más allá de su consagración como meras declaraciones

4 GARCIA MAYNES, “Introducción a la Lógica Jurídica”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1951, p. 208.

1 programáticas, entre las cuales podemos encontrar, por señalar
2 algunas, la libertad de expresión, la libertad de conciencia y de
3 culto, la libertad de circulación, residencia, entrada y salida del país,
4 la libertad de reunión y de asociación y, como no, la libertad
5 personal.

6 Resulta importante reiterar que el reconocimiento por parte
7 de los Estados del aspecto general del derecho a la libertad
8 personal, así como también de sus diversas hipótesis específicas, los
9 derechos fundamentales (o humanos) no son sólo aquellos que se
10 encuentran establecidos en el texto constitucional, sino que también
11 comprende aquellos asegurados por los tratados internacionales
12 ratificados y vigentes por un determinado Estado, entre los cuales
13 se encuentran los pertenecientes al campo del Derecho
14 Internacional de los Derechos Humanos.

15 Enfocándonos en la libertad personal, esta se refiere,
16 esencialmente, a la libertad de la persona física en cuanto ser
17 corporal en sí mismo; en otras palabras, viene a ser el derecho de
18 toda persona, a que los poderes públicos y terceros no interfieran en
19 la esfera de autonomía personal (5), esto es, la capacidad propia de
20 disponer de su persona y de actuar de acuerdo a su voluntad, sin
21 otras limitaciones que las impuestas por el derecho ajeno y el
22 ordenamiento jurídico en general, que hacen posible la vida en
23 sociedad. Excluimos, desde ya, cualquier acepción sobre libertad
24 moral, toda vez que este aspecto del derecho a la libertad, se
25 encuentra tutelada por el derecho a la intimidad y particularmente
26 por el derecho a la intimidad moral, según lo ha indicado el Comité
27 de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos
28 Humanos en algunas de sus recomendaciones.

5 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno". Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, diciembre de 2002, volumen XIII.

1 Al referirnos al derecho a la libertad personal, por su
2 pertinencia al caso que nos ocupa, cabe reflexionar sobre la libertad
3 ambulatoria o de circulación.

4 El derecho a la libertad ambulatoria tiene un contenido
5 diverso del derecho a la libertad personal, y ha sido definido como
6 aquel “derecho que permite a la persona trasladarse sin obstáculos
7 por el territorio nacional pudiendo circular y asentarse donde
8 estime conveniente, como, asimismo, entrar y salir libremente del
9 país, pudiendo expatriarse si lo considera adecuado” (Nogueira). A
10 partir de esta enunciación, podemos desentrañar el doble aspecto
11 de este derecho, consistente, por una parte, en la facultad de
12 moverse libremente por el país (dimensión interna), así como, por
13 otra, la posibilidad de entrar y salir libremente del mismo
14 (dimensión externa).

15 Pues bien. Las resoluciones e instructivos del Ministerio de
16 Salud, discriminatorios en contra de los mayores de 75 años de
17 edad, y en los que se encuadra la Protección que interponen los
18 recurrentes, se traducen directamente en limitar grave, infundada e
19 innecesariamente, la libertad de desplazamiento de los recurrentes
20 como parte del grupo etario al que pertenecen, con el resultado que,
21 además, se afecta a otros derechos constitucionalmente consagrados
22 y que no son otra cosa que manifestaciones específicas del derecho a
23 la libertad, el más básico de todos los derechos humanos, a los que
24 nos referiremos a continuación.

25
26 **3.- Garantía de la libertad de trabajo. Artículo 19 N° 16 de la**
27 **de la Constitución Política de la República, que expresa:**
28 *Artículo 19: “La Constitución asegura a todas las personas:*
29 **N° 16.- La Libertad de trabajo y su protección.**

30

1 Como ya se ha señalado, los recurrentes (y una gran cantidad
2 de personas mayores de 75 años en Chile), realizamos diferentes
3 tipos de actividades laborales, lo que implica la necesidad de
4 desplazamiento, partiendo por el de trasladarse desde nuestro
5 domicilio al lugar donde se encuentran nuestros lugares de trabajo,
6 en nuestro caso, los estudios profesionales, estando hoy impedidos
7 de hacerlo, a diferencia del resto de la ciudadanía, lo que constituye
8 una manifestación más, de la desigualdad de trato en contra de
9 nuestros representados.

10 La libertad de trabajo si está, a diferencia de la libertad en
11 general, tutelada por el Art 20 de la Constitución.

12

13 **4.- Garantía a la libertad económica y a la no discriminación**
14 **arbitraria en materia económica. Art. 19, N°s 21 y 22 de la**
15 **Constitución Política de la República.**

16

17 El Art. 19 N. 21 garantiza el derecho a desarrollar cualquier
18 actividad económica y de hecho los recurrentes, se ven impedidos
19 de gozar de este esencial derecho dirigido a que las personas
20 puedan ganarse la vida y el sustento diario, con graves perjuicios
21 personales y para sus familias.

22 Por su parte, el Art. 19 N. 22 garantiza específicamente el
23 ejercicio de las actividades económicas de las que los recurrentes se
24 ven privados, sin discriminaciones arbitrarias. Esta disposición no
25 es sino una proyección del Art. 19 N. 2, sobre igualdad de trato,
26 antes analizado y, asimismo, vinculado a la libertad económica.

27

28 **5.- Garantía a la integridad física y psíquica de las personas.**
29 **Art. 19, N° 1 de la Constitución Política de la República.**

1 La discriminatoria restricción de la libertad de los recurrentes,
2 que perturba y priva gravemente el ejercicio de varios derechos
3 constitucionalmente garantizados por la Constitución, produce
4 como resultado que, en vez de protegerles su salud, afecta
5 seriamente su condición y equilibrio, física y psíquica, y les causa
6 un debilitamiento, que los pone en un riesgo aún mayor, frente a la
7 Pandemia que sufre el país, según lo expuesto en este recurso, en el
8 apartado 8.-, del Capítulo I.- LOS HECHOS, a cuya lectura nos
9 remitimos, infringiéndose, como hemos dicho anteriormente, el
10 artículo 19 N° 9 de la Constitución, que protege la salud.

11
12 **6.- Las resoluciones e instructivos impugnados, vulneran**
13 **también los derechos conferidos a los adultos mayores por**
14 **la “CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA**
15 **PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS**
16 **PERSONAS MAYORES”, de la OEA.**

17 La normativa dispuesta por el Ministerio de Salud, que
18 motiva la presentación del presente Recurso de Protección, no sólo
19 afecta las garantías constitucionales que hemos mencionado, sino
20 también pugna contra lo que dispone la “CONVENCIÓN
21 INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS
22 DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES”, de la
23 OEA, ratificada por Chile el 7 de julio de 2017, mediante el DS 162
24 del Ministerio de RR.EE. Esta Convención fue acordada, según
25 expresa su Preámbulo,... “teniendo en cuenta la Declaración
26 Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración
27 Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana
28 sobre Derechos Humanos”.

29 Entre otras disposiciones relevantes, la referida Convención
30 contiene las siguientes normas aplicables al presente recurso:

1 a) **“A los efectos de la presente Convención se entiende por:”**

2 **“Discriminación:** Cualquier distinción, exclusión, restricción
3 que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el
4 reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los
5 derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera
6 política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la
7 vida pública y privada”.

8 **“Discriminación por edad en la vejez:** Cualquier distinción,
9 exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o
10 efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en
11 igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades
12 fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en
13 cualquier otra esfera de la vida pública y privada”.

14 **“Artículo 5.- Igualdad y no discriminación por razones de**
15 **edad.** Queda prohibida por la presente Convención la
16 discriminación por edad en la vejez.

17 **Artículo 6.- Derecho a la vida y a la dignidad en la vejez.**
18 Los Estados Parte adoptarán todas las medidas necesarias para
19 garantizar a la persona mayor el goce efectivo del derecho a la vida
20 y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días,
21 en igualdad de condiciones con otros sectores de la población.

22 **Artículo 13.-Derecho a la libertad personal.** La persona
23 mayor tiene derecho a la libertad y seguridad personal,
24 independientemente del ámbito en el que se desenvuelva. Los
25 Estados Parte asegurarán que la persona mayor disfrute del
26 derecho a la libertad y seguridad personal y que la edad en ningún
27 caso justifique la privación o restricción arbitrarias de su libertad.

28 **Artículo 19.- Derecho a la salud.** La persona mayor tiene
29 derecho a su salud física y mental, sin ningún tipo de
30 discriminación.

1 **Artículo 22.-Derecho a la recreación, al esparcimiento y al**
2 **deporte.** La persona mayor tiene derecho a la recreación, la
3 actividad física, el esparcimiento y el deporte.

4 **Artículo 26.-Derecho a la accesibilidad y a la movilidad**
5 **personal.** La persona mayor tiene derecho a la accesibilidad al
6 entorno físico, social, económico y cultural, y a su movilidad
7 personal”.

8 Es importante enfatizar, como ya lo adelantamos, que el Art 5°
9 de la Constitución Política de la República de Chile prescribe que
10 “Es deber de los órganos del Estado, respetar y promover tales
11 derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los
12 tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran
13 vigentes”.

14 Esa es, precisamente, la condición en que se encuentra la
15 Convención que protege la dignidad y derechos de los adultos
16 mayores, entre los cuales se encuentran los recurrentes, cuyas
17 normas pertinentes hemos transcrito precedentemente,

18
19 **7.- Las resoluciones e instructivos impugnados, colisionan**
20 **también con lo que dispone el Art 43 de la Constitución**
21 **Política de la República, lo que da motivo para impugnarlos,**
22 **también, de acuerdo a lo que dispone el Art 45.**

23 Dicha norma establece que “por la declaración del estado de
24 catástrofe, el Presidente podrá, solamente, restringir las libertades
25 de locomoción y de reunión, disponer requisiciones de bienes,
26 imponer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y
27 adoptar medidas administrativas para el pronto restablecimiento de
28 la normalidad”, más no lo faculta para “disponer tratos desiguales y
29 diferencias carentes de toda justificación, y por consiguiente, privar
30 de su libertad a un determinado grupo de personas”, en forma

1 discriminatoria. Y eso es, exactamente, lo que las resoluciones e
2 instructivos impugnados hacen, lo que indudablemente significa y
3 constituye un grave atropello a la más fundamental de las garantías
4 constitucionales, en Chile y en cualquier país del mundo.

5 Aun cuando la autoridad haya actuado con las mejores
6 intenciones, se ha equivocado en los medios y el efecto de sus
7 medidas.

8 Por su parte, el Art 45 de la Constitución prescribe que,
9 tratándose de los estados de excepción, ...” **respecto de las medidas
10 particulares que afecten derechos constitucionales, siempre
11 existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales a
12 través de los recursos que corresponda”.**

13 Es lo que hacemos mediante la interposición del presente
14 recurso de protección.

15

16

POR TANTO

17

18 Con el mérito de lo expuesto, de las disposiciones
19 constitucionales y legales, y de los tratados internacionales citados,
20 y conforme a lo señalado en el Auto Acordado de la Excm. Corte
21 Suprema sobre Tramitación y fallo de los Recursos de Protección de
22 las Garantías Constitucionales, de 27 de junio de 1992,

23

24 **A S.S. Iltma. respetuosamente rogamos,** se sirva tener por
25 presentada *Acción Constitucional de Protección* en contra del
26 Ministerio de Salud, representado por el Sr. Ministro don Enrique
27 París Mancilla, quien, por actos arbitrarios e ilegales ha causado a
28 los recurrentes, privación y perturbación de las garantías
29 constitucionales establecidas en su favor en el artículo 19 números
30 1, 2, 7, 9, 16, 21 y 22 de la Constitución Política del Estado, sin

1 perjuicio que da motivo a invocar lo prescrito en el Art. 45 de la
2 misma, a fin de que, restaurándose el imperio del derecho, se
3 dictamine que son arbitrarios e ilegales, la Resolución N° 591 del
4 Ministerio de Salud, publicada en el D.O. del 25 de julio de 2020, la
5 N° 663, de fecha 11 de agosto de 20120 y todas las resoluciones e
6 instructivos del Ministerio de Salud que las han complementado y
7 agravado las restricciones discriminatoriamente impuestas a la
8 libertad de los recurrentes, en su calidad de mayores de 75 años,
9 atentando contra su salud física y psíquica y se ordene la dictación
10 de los actos administrativos pertinentes que conduzcan a
11 restablecer el ejercicio de sus derechos vulnerados, en un pie de
12 igualdad con el resto de los ciudadanos que, en relación al control
13 de la pandemia, se encuentran residiendo en el mismo sector del
14 país en que ellos viven.

15

16 **PRIMER OTROSÍ:** Ruego a S.S. Iltma. tener presente que, antes y
17 durante la vista de esta causa, si necesario fuera, nos valdremos de
18 todos los medios de prueba que nos franquea el ordenamiento
19 jurídico, **en particular la documental, testimonial y la pericial.**

20

21 **SEGUNDO OTROSÍ:** Ruego a S.S.I. tener por acompañados, los
22 siguientes documentos, sin perjuicio de reservarnos el derecho a
23 presentar más adelante, otros que sean pertinentes:

24 1) Copia del Diario Oficial del 25 de julio de 2020, en el que se
25 publicó la Resolución Exenta N° 591 del Ministerio de Salud;

26 2) Copia del Diario Oficial del 11 de agosto de 2020 en el que
27 consta la publicación de la Resolución exenta N° 663, del Ministerio
28 de Salud, que complementa la anterior.

29 3) Copia del "Instructivo para permisos de desplazamiento",
30 emitido por el Ministerio de Salud como complemento de las

1 resoluciones anteriores, en vigencia desde el 17 de agosto de 2010,
2 “Plan de Acción Corona Virus Covid 19”.

3 4) Como antecedente de la puesta en práctica de las
4 resoluciones e instructivos del Ministerio de Salud, anteriormente
5 mencionados, copia de los **Protocolos** de “Ingreso Socios” y de
6 “Uso de Cancha”, emitidos por un Club Deportivo de la capital, al
7 que pertenece uno de los recurrentes

8

9 **TERCER OTROSÍ:** Sin perjuicio de las notificaciones ordinarias por
10 el Estado Diario, solicitamos que, atendidas las dificultades para
11 acceder al Palacio de los Tribunales a raíz de la Pandemia, se nos
12 notifique también a través de nuestros correos electrónicos
13 osvaldo.contreras@contreraslex.cl y andres.maira@contreraslex.cl.

14

15 **CUARTO OTROSI:** El recurso de protección deducido en lo
16 principal se interpone en favor de los recurrentes individualizados
17 en su texto, pero es un hecho que la arbitrariedad e ilegalidad de la
18 resolución del Ministerio de Salud a que él se refiere, afecta en
19 general, a todos los mayores de 75 años de edad. En estas
20 circunstancias, venimos en solicitar que esta Ilustrísima Corte de
21 Apelaciones, al conocerlo y fallarlo, haga uso de sus facultades
22 privativas conservadoras de las garantías constitucionales, que
23 contempla el Art 3° del Código Orgánico de Tribunales, para
24 ordenar medidas concretas en favor de toda una comunidad, y de
25 oficio, al acogerse el recurso, disponer que se extienda los efectos de
26 la sentencia a todas las personas mayores de 75 años de edad, para
27 que éstos también sean beneficiados de la resolución definitiva
28 recaída en este recurso.

29 Ya hay un importante precedente que invocamos en respaldo
30 de esta petición. Así decidió proceder la Excma. Corte Suprema al

1 dictar sentencia en los autos Rol 5888-2019, sobre Recursos de
2 Protección interpuestos por un Senador, la Municipalidad de
3 Quintero y varios otros, en contra de ENAP, Enel, Copec y otros
4 (conocido como "Caso Ventanas"), dictada con fecha 28 de mayo de
5 2019. Los razonamientos en que descansa la decisión de la Excma.
6 Corte se encuentran en los motivos 34 y 47 de la sentencia, que
7 condujeron al alto tribunal a acudir a sus facultades conservadoras
8 de las garantías constitucionales, para ordenar medidas concretas
9 en favor de toda una comunidad, no obstante haber rechazado los
10 recursos deducidos por personas no identificadas.

11

12 **QUINTO OTROSÍ:** Atendida la situación que provoca la
13 Pandemia, que es pública y notoria, e incidir este recurso en la
14 forma arbitraria como el Ministerio de Salud, en el punto a que este
15 recurso se refiere, enfoca la manera de enfrentarla, en relación a los
16 derechos de los recurrentes, mayores de 75 años de edad, a USI
17 rogamos, se sirva disponer se le dé tramitación de urgencia.

18

19 **SEXTO OTROSI:** Ruego a S.S.I. se sirva tener presente que
20 patrocinamos esta causa en nuestra calidad de abogados habilitados
21 para el ejercicio de la profesión, y como apoderados de los
22 recurrentes actuaremos en todas las gestiones que se lleven a cabo
23 durante la tramitación de esta acción constitucional, ambos con
24 domicilio, para estos efectos, en Málaga 50 Of. 32, Las Condes.