

C.A. de Santiago

LIBRO: Protección-35356-2020	Fecha Ingreso: 19/04/2020
Caratulado: CONFEDEPRUS. CONFEDERACION DEMOCRATICA DE PROFESIONALES UNIVERSITARIOS DE LA SALUD/MINISTERIO DEL IN	
Recurso: Protección-Protección	
Estado Recurso: Vigente	Ubicacion: Corte apelaciones
Estado Procesal: Fallada-Terminada	

Litigantes

Sujeto	RUT	Persona	Nombre o Razón Social
Recurrente	14283716-1	Natural	MARÍA CONSUELO VILLASEÑOR SOTO
Recurrente	65174383-4	Juridica	CONFEDEPRUS. CONFEDERACION DEMOCRATICA DE PROFESIONALES UNIVERSITARIOS DE LA SALUD
Ab. Recurrente	9906503-6	Natural	MARIO RODRIGO TÉLLEZ BERGHAMMER
Recurrido	60801000-9	Juridica	MINISTERIO DE HACIENDA
Recurrido	60501000-8	Juridica	MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA- SUBDERE

Tabla de contenidos

1. Principal.....	1
1.1. Escrito: *Ingreso Recurso - 19/04/2020 (Folio 1).....	1
1.2. Escrito: Se hace parte - 20/04/2020 (Folio 2).....	9
1.3. Sentencia: Inadmisible - 21/04/2020 (Folio 3).....	19

SECRETARIA: PROTECCION.
MATERIA: RECURSO DE PROTECCIÓN. NO ISAPRE.
RECURRENTE: CONFEDERACION DEMOCRATICA DE PROFESIONALES UNIVERSITARIOS DE LA SALUD.
RUT: 65.174.383-4
REPRESENTANTE: MARIA CONSUELO VILLASEÑOR SOTO.
RUT: 14.283.716-1
DOMICILIO: AGUSTINAS 1533, OFICINA 6, SANTIAGO

RECURRIDO1: Ministerio del Interior
RUT: 60.501.000-8
REPRESENTANTE: Gonzalo Blumel Mac-Iver
RUT: 14.493.043-6
DOMICILIO: Palacio de La Moneda, calle Moneda S/N, Santiago

RECURRIDO2: Ministerio de Hacienda
RUT: 60.801.000-9
REPRESENTANTE: Ignacio Briones Rojas
RUT: 12.232.813-9
DOMICILIO: Teatinos 120, Santiago

EN LO PRINCIPAL: Acción de Protección;
EN EL PRIMER OTROSÍ: Orden de No Innovar;
EN EL SEGUNDO OTROSÍ: Acompaña Documentos;
EN EL TERCER OTROSÍ: Patrocinio y poder.

ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

MARIA CONSUELO VILLASEÑOR SOTO, cédula de identidad 14.283.716-1, actuando en representación según consta en documento que acompaño en el otrosí respectivo, de **CONFEDERACIÓN DEMOCRÁTICA DE PROFESIONALES UNIVERSITARIOS DE LA SALUD "CONFEDPRUS"** ambos domiciliados para estos efectos en calle Agustinas 1533, oficina 6, comuna y ciudad de Santiago, a V.S. ltma. respetuosamente digo:

Que, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 19 N° 1, Artículo 20 de la Constitución, y lo pertinente del Auto Acordado sobre regulación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, vengo en la representación que invoco, en deducir acción Constitucional de Protección en contra del **MINISTERIO DEL INTERIOR**, representado por el actual ministro del interior D. Gonzalo Blumel Mac-Iver, cédula nacional de identidad número 14.493.043-6, ignoro profesión u oficio, y del **MINISTERIO DE HACIENDA**, representado por su respectivo ministro D Ignacio Briones Rojas , cédula de identidad 12.232.813-9, domiciliados en el Palacio de La Moneda, calle Moneda S/N, y Teatinos 120, Santiago, por las acciones u omisiones

ilegales y arbitrarias que perturban y amenazan el ejercicio legítimo de derechos constitucionales de los asociados a la **CONFEDERACIÓN DEMOCRÁTICA DE PROFESIONALES UNIVERSITARIOS DE LA SALUD “CONFEDPRUS”**, en adelante “las personas afectadas”, en razón de la dictación del **OFICIO CIRCULAR N° 18 de 17 de abril de 2020**, según expondré a continuación:

Que, con fecha 17 de abril, las recurridas dictan un oficio, el impugnado CIRCULAR OFICIO N° 18 de 17 de abril de 2020, que acompaño en otrosí, que en lo medular dispone:

“b) Respecto de aquellos funcionarios y servidores públicos que no se encuentren haciendo uso de licencias médicas, ni se encuentren dentro del grupo de riesgo antes señalado, el plan de retorno gradual deberá considerar su incorporación gradual para que, durante el mes de abril del presente año, el organismo público respectivo pueda funcionar de manera normal, considerando obviamente, las restricciones que las condiciones sanitarias admiten.

c) Asimismo, se deberán incorporar e implementar todas las medidas establecidas por la autoridad sanitaria que sean necesarias para resguardar la salud y protección tanto de funcionarios y servidores públicos como del público en general, mediante el uso de mascarillas, la disposición de jabón/alcohol gel, el distanciamiento mínimo exigido, evitando las aglomeraciones. A este respecto deberán considerarse las medidas de gestión establecidas en el referido Oficio Presidencial, en todo aquello que sea pertinente.”

En la misma circular deja sin efecto la Circular N° 10.

No menos importante, es lo que se establece bajo el literal a):

“a) Los funcionarios y servidores públicos que se encuentren en grupos de riesgo podrán ser eximidos del control horario de jornada de trabajo y se permitirá que ellos cumplan sus labores fuera de las dependencias institucionales, de manera remota, mediante la utilización de medios electrónicos. Se entenderá por grupo de riesgo aquellas personas mayores de 70 años de edad; las mujeres embarazadas y aquellas personas que el Jefe Superior de Servicio defina, de acuerdo a los protocolos dictados por el Ministerio de Salud, considerando especialmente el contacto estrecho con casos confirmados de COVID-19, según la definición de la autoridad sanitaria, o que por sus condiciones de salud sean especialmente susceptibles de contagio, tales como, personas inmunodeprimidas, con diabetes, enfermedades cardiacas o pulmonares, o que padezcan otras enfermedades de riesgo.”

1.- GRUPO DE RIESGO

A contrario de lo que el ejecutivo pretende, el MINISTERIO DE SALUD ha definido cuáles son objetivamente los grupos de riesgo. Lo anterior tiene especial relevancia pues es más amplio que el que determina los ministerios del interior y hacienda, y que afecta derechamente la vida e integridad física y psíquica de los funcionarios.

“4. DEFINICIONES DE INTERÉS

4.1 COVID-19 (coronavirus disease 2019)

Es una enfermedad producida por una infección del tracto respiratorio causada por el nuevo coronavirus denominado SARS-CoV-2 (Severe Acute Respiratory Syndrome CoronaVirus 2), el cual se reconoció por primera vez en diciembre de 2019.

4.2 Definiciones de caso:

Según documento vigente de definición de caso disponible en la página del Departamento de Epidemiología del Ministerio de Salud: <http://epi.minsal.cl/>

4.3 Personas de alto riesgo de presentar cuadro grave de infección(8)

- *Edad mayor a 60 años (9–11).*
- *Comorbilidades: hipertensión, enfermedades cardiovasculares, diabetes, enfermedad pulmonar crónica u otras afecciones pulmonares graves (como fibrosis quística o asma no controlada), enfermedad renal con requerimiento de diálisis o similar.*
- *Personas trasplantadas y continúan con medicamentos de inmunosupresión.*
- *Personas con cáncer que están bajo tratamiento(12,13).*
- *Personas con un sistema inmunitario disminuido como resultado de afecciones como infección por VIH no controlado, o medicamentos como inmunosupresores, corticoides(13).”¹*

¹ MINISTERIO DE SALUD, SUBSECRETARIA DE SALU PUBLICA, “Protocolo de manejo de contactos casos COVID-19 FASE 4”, Marzo 2020 (Pag.4 y 5)

Así las cosas, las recurridas han desatendido absolutamente el protocolo vigente respecto de la definición de grupos de riesgo, dejando al arbitrio de los Jefes Superiores de Servicio aquella decisión, resultando aquello no acto del todo arbitrario, pues el ente rector y calificado para dar aquella “opinio sanitas”, es el MINSAL, para lo cual, todas aquellas decisiones que denieguen a inclusión de un apersona al grupo de riesgo, que cumpla con los requisitos dispuestos por el protocolo, sería arbitraria y, por tanto, ilegal.

Aquellos casos especiales en que no sean categorizados como “Grupo de Riesgo” por el ente sanitario, y a todas luces pongan en riesgo la vida o integridad del funcionario o su familia, como el caso de los acompañantes de inmunodeprimidos u otros, han de poder incorporarse, sea incluyéndolos en esa categoría, siendo como caso fortuito o fuerza mayor. Es menester que V.S. Itma. considere que para la Subsecretaría de Salud Pública, pertenecen a grupos de riesgo además, ser inmunodeprimida o vivir con una persona que lo sea, para efectos del trabajo remoto. (Exenta 182 de 17 de marzo de 2020, MINSAL. Subsecretaría de Salud Pública)

Entonces, tanto las recurridas, al definir “grupo de riesgo” desatendiendo el protocolo del ente técnico en la materia, como la delegación de esa facultad en las Jefaturas Superiores de Servicio, adolecen de mismo vicio: falta de fundamento o fundamento arbitrario, lo que en definitiva lo convierte en ilegal.

Del mismo modo, se infracciona el llamado al distanciamiento social.

2.- DISTANCIAMIENTO SOCIAL

El distanciamiento social, aquel definido por el MINSAL, es una indicación para evitar, en los grupos considerados como NO DE ALTO RIESGO, el contagio con CORONAVIRUS, y consiste en:

“● *Distanciamiento social*

○ *Mantener una separación física de al menos un metro de distancia.*

○ *Evitar contacto físico al saludar o despedir.*

o Extremar la no realización de actividades presenciales, en caso de tener que hacerlo por fuerza mayor. En el caso de tener que realizarlas por fuerza mayor deberán considerar las siguientes exigencias:

- Espacios ventilados*
- Distancia entre cada participante de un metro circundante.*
- Reunión de corta duración*
- Que no participen personas categorizadas alto riesgo o personas con enfermedades crónicas, inmunosupresión de 60 y más años.”²*

Respecto de aquéllas, las oficinas públicas y los lugares de atención al público, usuarios, pacientes, y acompañantes, no cumplen con los requisitos de: Espacio ventilado, distancia entre cada participante de un metro circundante, reuniones de corta duración, ni mucho menos la prohibición etárea de 60 años o más, inmunodeprimidos, crónicos y sus acompañantes.

Así las cosas, el llamado a participar en trabajo presencial donde exista una o más de estos elementos faltantes o insuficientes, sería acreedor de la utilización de lo dispuesto por el artículo 62 del Estatuto Administrativo que señala:

“Artículo 62.- En el caso a que se refiere la letra f) del artículo anterior, si el funcionario estimare ilegal una orden deberá representarla por escrito, y si el superior la reitera en igual forma, aquél deberá cumplirla, quedando exento de toda responsabilidad, la cual recaerá por entero en el superior que hubiere insistido en la orden. Tanto el funcionario que representare la orden, como el superior que la reiterare, enviarán copia de las comunicaciones mencionadas a la jefatura superior correspondiente, dentro de los cinco días siguientes contados desde la fecha de la última de estas comunicaciones.”

Como la indicación no proviene de la jefatura directa ni de la superior a ella, tiene su origen en las, se ha de impugnar sólo por esta vía, en razón del principio jerárquico y lo dispuesto el artículo 61 f) del estatuto administrativo, la judicatura en un procedimiento breve que permita la eficaz protección de la integridad física y vida del funcionario, mediante una acción semejante a la que en este caso se ha deducido.

² MINISTERIO DE SALUD, SUBSECRETARIA DE SALU PUBLICA, “Protocolo de manejo de contactos casos COVID-19 FASE 4”, Marzo 2020 (Pag.7)

3.- TRABAJO POR TURNOS

El Ordinario Circular N°10 de 18 de marzo de 2020, que fue dejado sin efecto con la dictación de la impugnada Circular N°18 de 17 de abril de 2020, señalaba respecto de los turnos:

“ 2.- Respecto de aquellas tareas que deban realizarse en forma presencial en el respectivo Servicio para garantizar la continuidad del cumplimiento de sus funciones y la prestación de los servicios básicos a la ciudadanía, el Jefe Superior de Servicio deberá diseñar un plan de contingencia con turnos u otras medidas para garantizar la entrega de los servicios indispensables para el bienestar de la comunidad, evitando siempre las aglomeraciones como foco de potencial contagio por COVID.19.”

En el caso particular de los beneficiados por el presente recurso, “personas afectadas”, ha de entenderse la derogación de esta facultad, y el consiguiente cese de sus efectos, como la imposibilidad material de la debida cuarentena que, en la práctica, se ha realizado en los diversos entes asistenciales respecto de los turnos.

Me explico. Son muchos los equipos críticos que atienden COVID-19+ trabajan hoy en día, en turnos de 2x2, entendiéndose que trabajan 2 semanas consecutivas y realizan cuarentena de otras dos. Así entonces cuando retornan a sus labores, se saben sin riesgos de contagiar a pacientes y otros integrantes del equipo.

Aquello se dejó sin efecto la circula que facultaba, arriesgando así la salud de los funcionarios que prestan servicios y, consecuentemente, cada uno de los usuarios que asisten a nuestros centros asistenciales.

Así entonces, deja sin efecto la posibilidad de, aun en tiempos de pandemia, reorganizar, distribuir y generar sistemas de trabajo, como de turno, necesarios y en actual vigencia en los hospitales.

Lo anterior conlleva a amenazar indudablemente, la integridad física y psíquica de las personas afectadas.

4.- RESPECTO DE LA OBLIGACION DE USO DE MASCARILLA Y OTROS EPP

Los equipos de protección personal, se componen entre otros, por elementos de protección personal, conocidos también como EPP. Resultan de uso obligatorio en muchos lugares, y escasos en el comercio.

Pues bien, es de público conocimiento que los establecimientos de salud, no hacen entrega de todos los EPP al personal. Así mismo, el que entregan no siempre responde a las características que se requieren y, que no se respeta las recomendaciones de los fabricantes en cuanto su duración, como agentes eficaces de prevención de contagio activo y pasivo, llegando al extremo de, como ocurre en Viña del Mar, ordenar la reutilización de aquellas mascarillas sin previa esterilización.

Resulta que, estos elementos escasos, como todos los bienes, ahora serán destinados por el propio Estado, a otros servicios que, sin menospreciar, antes no requerían de ellos. La obligatoriedad de su utilización en recintos cerrados, con afluencia de personas y demás, distraen aquellos preciados epp del profesional de la salud, donde se tratan los pacientes de ésta y otras muchas patologías.

Lo anterior, es sin duda alguna, un acto que amenaza la integridad física y vida de los protegidos por el recurso.

POR TANTO, en razón de los hechos descritos y lo prescrito por los artículos 20 y 19 N°1 de la Constitución Política de la Republica,

SOLICITO A V.S.ILTMA. se sirva en tener por deducido recurso de protección de garantías constitucionales en contra de las recurridas, MINISTERIO DEL INTERIOR Y MINISTERIO DE HACIENDA ya individualizados, en razón de la dictación del OFICIO CIRCULAR N°18 de 17 de abril de 2020, por ser arbitrario o ilegal y amenazar la vida e integridad física y psíquica de la personas, lo someta a tramitación y, previo informe de las recurridas lo acoja en todas sus partes, tomando las providencias que V.S.Iltma. considere necesarias para el debido restablecimiento del imperio del derecho.

EN EL PRIMER OTROSÍ: En razón de lo urgente y grave de los hechos descritos, y a fin de resguardar la integridad y vida de las personas afectadas, la protección de los bienes jurídicos antes señalados y eficacia del presente recurso, es que solicito desde, que V.S.Iltma. ODRENE NO INNOVAR respecto del OFICIO CIRCULAR N°18 ya identificado.

EN EL SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase V.S.Iltma. tener por acompañados los siguientes documentos:

- 1.- Certificado de Vigencia que acredita mi calidad de Presidenta de la Confederación Nacional de Profesionales Universitarios de la Salud” CONFEDEPRUS”
- 2.- Copia de Ordinario Circular N° 18 de 17 de abril de 2020 impugnada.
- 3.- Copia de Ordinario Circular N° 10 de 18 de marzo de 2020
- 4.- Copia de Protocolo de manejo de contactos casos COVID-19 FASE 4”, Marzo 2020
- 5.- Copia Ordinario 182. Salud Pública

EN EL TERCER OTROSÍ: Sírvase V. S. Iltma. tener presente que designo abogado patrocinante y confiero poder don Mario Téllez Berghammer, cédula nacional de identidad número 9.906503-6, domiciliado en Agustinas en calle Agustinas 1533, ,oficina 6, comuna y ciudad de Santiago, quien firma en señal de aceptación.

INGRESO : 35.356-2020

**“CONFEDERACION DEMOCRATICA DE PROFESIONALES UNIVERSITARIOS
DE LA SALUD/MINISTERIO DEL INTERIOR Y OTRO”**

.....

EN LO PRINCIPAL: **SE HACE PARTE.**

PRIMER OTROSÍ: **SE DECLARE INADMISIBLE**

SEGUNDO OTROSÍ: **PERSONERÍA.**

ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

RUTH ISRAEL LÓPEZ, C.I. N° 9.772.243-9, Abogado Procurador Fiscal de Santiago, del Consejo de Defensa del Estado, asumiendo la representación de los recurridos en estos autos, con domicilio en calle Agustinas N° 1687, Santiago, en los autos individualizados en la presuma del escrito, S.S. Itma., con respeto digo:

Que, por este acto vengo en hacerme parte en los presentes autos, para todos los efectos legales.

POR TANTO,

RUEGO A S.S. ILTMA., Tenerlo presente para todos los efectos legales.

PRIMER OTROSÍ: En atención a que se encuentra pendiente un pronunciamiento con relación a la admisibilidad de la presente acción de protección, solicito a S.S. Itma. tener presentes las siguientes consideraciones al resolver sobre la admisibilidad de la misma:

I.- La acción constitucional de protección, su naturaleza y admisibilidad.

La acción constitucional de protección ha sido definida como aquella: *“(...) destinada a poner en ejercicio las facultades jurisdiccionales de los tribunales de justicia (Cortes de Apelaciones) a través de un procedimiento efectivo, concentrado y breve, ante actos ilegales o arbitrarios de terceros que amenacen, perturben o priven del legítimo ejercicio de los derechos expresamente mencionados en el artículo 20 de la Constitución, con el objeto de restablecer el pleno imperio del derecho y de los derechos de las personas de un modo directo e inmediato (...).”*¹

¹ Humberto Nogueira Alcalá, “El Recurso de Protección en el contexto del amparo de los Derechos Fundamentales Latinoamericano e Interamericano”, Revista Ius et Praxis, AÑO13 N°1 pág.89.

Esta ltma. Corte, en sus actuales fallos, lo define como aquel “(...) *que tiene por objeto restablecer el imperio del derecho cuando éste ha sido quebrantado por actos u omisiones arbitrarias o ilegales que amenazan, perturban o privan del ejercicio legítimo de alguna de las garantías taxativamente numeradas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República (en adelante CPR), dejando a salvo las demás acciones legales*”.² (el énfasis es nuestro).

Estas construcciones dogmáticas, elaboradas al amparo del texto expreso del artículo 20 de la Constitución Política de la República, nos permiten distinguir nítidamente los contornos del instituto y, por tanto, discernir acerca de la procedencia de esta herramienta excepcional y urgente de proteger los derechos de la persona.

En la perspectiva de obtener una más pronta y mejor administración de justicia, la Excma. Corte Suprema, en uso de sus atribuciones económicas, ha regulado el procedimiento para tramitar y resolver estas acciones constitucionales de protección, el que se encuentra actualmente recogido en el Acta N°94-2015.

Dentro de los puntos tratados en dicha normativa, se instaura un expreso control de admisibilidad de los recursos, regulado en los siguientes términos:

“(...) Presentado el recurso, el Tribunal examinará en cuenta si ha sido interpuesto en tiempo y si se mencionan hechos que puedan constituir la vulneración de garantías de las indicadas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República. Si su presentación es extemporánea o no se señalan hechos que puedan constituir vulneración a garantías de las mencionadas en la referida disposición constitucional, lo declarará inadmisibile desde luego por resolución fundada, la que será susceptible del recurso de reposición ante el mismo tribunal, el que deberá interponerse dentro de tercero día. En carácter de subsidiario de la reposición, procederá la apelación para ante la Corte Suprema, recurso que será resuelto en cuenta (...)”. (el énfasis es nuestro).

De este modo, procede desechar in limine aquellas acciones que relaten situaciones en las que aparezca de manifiesto la extemporaneidad de su ejercicio o bien, aquellas que No refieran a hechos (...) *que puedan constituir la vulneración de garantías de las indicadas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República (...)*.

II.- La acción de protección deducida en estos autos debe ser declarada inadmisibile.

1. Cuestión previa. La I. Corte de Apelaciones de Santiago ya ha declarado inadmisibile otras acciones similares a la que hoy se analiza.

² Fallos de inadmisibilidat Rol P-23315/2020 de fecha 13.03.2020; Rol P-24468/2020, de fecha 17.03.2020; Rol P-24542/2020, de fecha 17.03.2020 y Rol P- 26340/2020.

Es importante partir señalando como cuestión previa que a esta fecha la Corte de Apelaciones de Santiago, así como otras tantas a nivel nacional, ya ha declarado inadmisibles numerosos recursos de protección que, al igual que éste, intentan que los tribunales tomen decisiones propias de la autoridad vinculadas con el manejo de la crisis y la política sanitaria. Así, entre otros, las sentencias dictadas en los roles 32536-2020; 32720-2020; 32846-2020; 32933-2020; 32936-2020; 33080-2020; 33112-2020; 33118-2020; 33180-2020; 33186-2020; 33258-2020 y 33539-2020, todas de la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago declara inadmisibles recursos de protección vinculados con la pandemia y en los que se solicitaban diversas medidas especiales. La propia Corte Suprema ha ratificado este criterio en otras decisiones tales como en los roles 33429-2020; 33422-2020 y 33265-2020.

No hay motivo alguno para que, ante peticiones similares, esta I. Corte modifique este criterio ya asentado.

2.- La acción de protección no resulta admisible, ya que con su ejercicio se excede el ámbito que el constituyente a fijado para el conocimiento y decisión de este tipo de acciones constitucionales.

Los hechos descritos en el presente recurso de protección y las peticiones que se formulan a esa ltma. Corte, exceden las materias que el constituyente reserva a la judicatura, atendida su naturaleza excepcional y cautelar. Así se ha resuelto recientemente por este ltmo. Tribunal al decidir la inadmisibilidad de los recursos Rol P-23315-2020 con fecha 13 de marzo de 2020 y Roles P- 24468/2020 y P- 24542/2020, con fecha 17 de marzo de 2020.

La acción de protección en examen *“no dice relación con cautelar el respeto y ejercicio de garantías constitucionalmente protegidas, sino que se vincula con la adopción de estrategias propias de la determinación de políticas públicas para hacer frente a la afectación sanitaria que aqueja al país, gestión que es privativa del Ejecutivo y que no corresponde a los Tribunales de Justicia establecer”*.³ (el énfasis es nuestro). La adopción de tales medidas debe ser institucionalmente coordinadas y técnicamente resueltas, para lo cual sólo el poder Ejecutivo está preparado.

El recurso cuestiona una supuesta **acción arbitraria consistente en la adopción de una determinada medida, que se encuentra dentro de la esfera de las atribuciones del Presidente de la República a través de uno de sus Ministerios y que, más aun, tienen como contexto un estado de excepción constitucional.**

³ ltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, fallo inadmisibilidad de 23 de marzo de 2020 Rol P-8843-2020.

Se cuestionan las decisiones adoptadas por la autoridad competente, en relación con la forma de enfrentar la pandemia del COVID 19. Es decir, del contenido del arbitrio queda de manifiesto que se solicita a esta ltma. Corte ir más allá de las facultades que el constituyente le ha confiado conforme al texto del artículo 20 de la Carta Fundamental; se pide exceder los llamados límites externos de la jurisdicción, que reconocen como frontera intraspasable las facultades que la Carta Fundamental confía a los demás poderes públicos. Lo anterior importa un acto constitucionalmente nulo y una abierta infracción a la prohibición que al respecto establece el artículo 4 del Código Orgánico de Tribunales.

3.- El rol de la judicatura en situaciones excepcionales como la presente Pandemia.

El recurso planteado busca obtener por la vía de una decisión judicial, la adopción de una determinada herramienta de gestión administrativa, que no es más que el reflejo de una gestión de política estatal.

Así:

a) La gestión de la emergencia requiere respuestas complejas y múltiples.

Esta política estatal debe considerar un fenómeno (como lo es el COVID 19) desde, en lo posible, todas las ópticas en que se manifieste, por lo que sus respuestas son esencialmente complejas y múltiples

A nivel de doctrina extranjera se ha señalado que *“La política estatal no constituye ni un acto reflejo ni una respuesta aislada, sino más bien un conjunto de iniciativas y respuestas, manifiestas o implícitas, que observadas en un momento histórico y en un contexto determinados permiten inferir la posición -agregaríamos, predominante- del Estado frente a una cuestión que atañe a sectores significativos de la sociedad.”* (Oszlak y O’Donnell).

Para diseñar una política estatal, siguiendo el denominado Modelo de Bardach, se deben seguir los siguientes pasos previos: a) Definir el problema, b) Recolectar evidencia, c) Construir alternativas, d) Seleccionar criterios, e) Proyectar resultados, e) Analizar pros y contras, f) Decidir.

Como guía para cada una de las decisiones existirán argumentaciones basadas en el estado del conocimiento, basadas en diversas consideraciones que ponderas los elementos en juego con cierto dinamismo.

Por su parte, la implementación de cada medida aplicable en materia de gestión pública debe ser medible y evaluable.

Según observamos, el recurso en comento no solo pretende una evaluación de políticas públicas, cuestión claramente no justiciable, sino que, más aun, a partir de ellas,

exigen medidas generales de carácter sumamente técnico para implementar los programas o alternativas destinadas a hacer operativas determinadas políticas públicas, esencialmente de salud, a objeto de enfrentar la pandemia.

A nivel de doctrina, se establece el concepto denominado como *Capacidad Epistémica*, conforme al cual se reconocen limitaciones en la actividad jurisdiccional que impactan en la legitimidad de una eventual intervención en una política pública, y que radica en la capacidad de la autoridad judicial de conocer acabadamente las características de los conflictos con políticas estatales y las eventuales consecuencias de sus decisiones al respecto.

En particular, la judicatura carece de capacidad y medios técnicos en materia de asignación de recursos públicos (sean materiales, presupuestarios o personales), asignación de tareas que afectan a toda o parte de la población, y, en general, respecto de la gestión, evaluación y control de políticas estatales, por lo cual se ve prácticamente imposibilitada de conocer, evaluar y anticipar con exactitud los efectos que a nivel de distintos ámbitos de la vida de una comunidad (extrapolando el efecto entre las partes de un proceso) generan las decisiones respecto a políticas puntuales pudieran surtir en el esquema general del aparato burocrático estatal y la inyección en el mismo de recursos presupuestarios

Especialmente, **una determinada medida (como lo son las sanitarias o la aplicación de teletrabajo), son producto de un diseño, planificación y el diagrama de políticas estatales complejas, que involucran estudios de campo, análisis económicos y sociales de la eficiencia de la medida, examen de externalidades positivas y negativas, y un extenso etc.; todos elementos que hacen imposible sopesarlos por la vía de un procedimiento de urgencia como lo es el recurso de protección.**

A todo lo anotado debe sumarse el dinamismo en la evolución de la pandemia, que requiere de respuestas particulares y no decisiones generalizadas como las que se solicitan en muchos de los recursos declarados inadmisibles. Es por la vía de decisiones administrativas con efectos medibles y acotados, fundados en evidencia científica y esencialmente revisables, que es posible combatir los efectos de la emergencia sanitaria actual.

b) El Poder Judicial no está funcionalmente llamado a involucrarse en estas decisiones.

Procesalmente hablando, algunos autores extranjeros se refieren a este tipo de litigios como “litigio policéntrico”, en palabras de Lon Fuller. Estos son controversias que involucran no solo un conflicto entre partes procesales, sino que arrastra diversas y complejas relaciones entre distintos grupos, con distintos intereses, algunos, ni siquiera representados en el juicio. Todo esto genera grandes deficiencias en materia de debido proceso y probatorias.

Por otra parte, observamos cómo los recursos deducidos, apartándose de la finalidad propia, no buscan resarcir o evitar un daño a una garantía constitucional (mayoritariamente, la vida y salud). En otras palabras, no se trata de un conflicto actual, sino que orientan la controversia a un escenario futuro e incierto (probables efectos del COVID 19 en la población o en un grupo de funcionarios públicos) en el cual pueden plantearse infinidad de probabilidades que no permiten siquiera configurar una amenaza efectiva al ejercicio del derecho.

El problema se complejiza entonces, desde que se exige a esta Corte una función declarativa y anticipativa de una supuesta y eventual transgresión de una garantía constitucional, para, acto seguido, diseñar una estrategia que ponga en ejercicio una determinada medida de carácter general.

Por estas razones, el desafío en la fase del diseño de remedios está absolutamente fuera de la posibilidad de ser objeto de un recurso cautelar y de urgencia, por la simple razón que, además de apartarse del texto constitucional, nos enfrentamos a un juez que carece de las herramientas procesales y técnicas para evaluar las potencialidades y posibles consecuencias de programas alternativos que podrían corregir la situación del COVID 19.

Un de las características propias de este tipo de emergencias es la interdependencia de tales problemas. Al efecto, se las ha definido por los entendidos del siguiente modo:

“a) Interdependencia de los problemas. Los problemas públicos muy raramente se nos revelan como cuestiones aisladas de otros fenómenos de la vida social. Los problemas que identificamos como tales son parte de un sistema completo de acción y muy raramente hay unicausalidad en su origen o explicación. Las diversas esferas de la vida social están interconectadas, por lo que aquellas situaciones que han sido identificadas como problemáticas están influidas por – y también influyen a – los fenómenos con los que comparten un sistema de acción.”⁴

c) El rol de la Judicatura ante un Estado de Excepción Constitucional.

En mayor o menor medida, lo que se solicita en el recurso sub lite, es que se ordene al Estado, a través de sus organismos, que adopte determinadas medidas comprendidas dentro de la gestión de una política pública generada a partir de hechos de tal gravedad que han motivado un Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe.

El art. 45 inciso 1° de la CPR, dispone: *“Los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para decretar los estados de excepción, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 39. No obstante, **respecto de***

⁴ Conceptos Básicos en el Análisis de Políticas Públicas. N° 11 – DICIEMBRE 2007 Mauricio Olavarría Gambi, Ph.D. Instituto de Asuntos Públicos. U. de Chile. Pag 11.
http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/123461/Olavarría_Mauricio.pdf?sequence=1

las medidas particulares que afecten derechos constitucionales, siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales a través de los recursos que corresponda.”.

Conforme a la disposición citada, los tribunales de justicia – incluso en estados de excepción - están facultados para conocer casos específicos cuyos antecedentes ameriten un pronunciamiento judicial para proteger o restablecer el imperio de derechos constitucionales⁵. Pero, cuestión distinta es calificar los motivos o fundamentos de hecho de las medidas con efecto general que se adopten o se decida no adoptar. Esta es una competencia discrecional de la autoridad administrativa. **Las medidas solicitadas en cada recurso, afectan a un número indeterminado de personas, por lo que resulta evidente que no son medidas particulares que afecten exclusivamente a cada una de las recurrentes.**

Es de este modo que se pretende provocar, por la vía de una sentencia judicial, una medida general íntimamente asociada a las potestades que la Constitución entrega a las autoridades durante el Estado de Excepción, lo que vulnera el art. 45 inciso 1° de la Constitución Política de la República.

Pero también **tales pretensiones atentan contra el principio del efecto relativo de las sentencias judiciales, consagrado en el inciso 2° del art. 3 del C. Civil**, desde que buscan obtener que por la vía de los tribunales se dicten medidas administrativas de efecto *erga omnes*.

En este sentido, los Tribunales no pueden entrar a pronunciarse sobre la suficiencia, oportunidad o congruencia de las medidas adoptadas o de aquellas que potencialmente podrían adoptar.

Esa labor corresponde a la esfera de competencias de otro Poder del Estado. Así lo ha resuelto la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, en su fallo de 29 de abril de 2010, en la causa Rol N° 1189-2009, cuyo considerando 8° señala en lo que interesa, que *“la finalidad del recurso de protección, como reiteradamente se ha expresado por la doctrina y jurisprudencia, es la de adoptar las medidas urgentes necesarias para proteger los derechos esenciales de las personas, afectados por una actuación anormal, ilegal y arbitraria de otro, restableciendo el imperio del derecho, y en ningún caso puede ser empleado para impugnar las funciones que el ordenamiento jurídico ha entregado a una determinada autoridad pública, legítimamente ejercidas por ésta, ni para discutir aspectos de interpretación jurídica”.*⁶

⁵ Corte de Apelaciones de Talca, Rol IC P 891/2020, resolución de fecha 23 de marzo 2020.

⁶ En el mismo sentido ha fallado la ltma. Corte de Apelaciones de Talca, resolviendo la admisibilidad de un recurso de protección, Rol IC P 891/2020, en que en su Considerando Segundo señaló que: *“...las circunstancias invocadas en la acción deducida, dicen relación con el Estado de Excepción Constitucional decretado en el país a raíz de la situación sanitaria que lo afecta, ante lo cual corresponde al poder político y a los entes administrativos y/o militares a cargo de la emergencia, adoptar todas las medidas que sean necesarias para proteger la salud y demás condiciones de las personas y sus familias, velar por el adecuado desarrollo de las diversas actividades de la nación y garantizar el ejercicio de los derechos ciudadanos”,* razón por la cual esa acción fue declarada inadmisibile.

4.- La acción de protección debe ser declarada inadmisibles ya que, junto a todo lo expuesto, no da cuenta de hechos constitutivos de vulneración de garantías amparadas en el artículo 20 de la carta fundamental.

Conforme con lo dispuesto en el Auto Acordado sobre Tramitación del Recurso de Protección, artículo 2º, inciso 2º, *“Presentado el recurso, el Tribunal examinará en cuenta si ha sido interpuesto en tiempo y si se mencionan hechos que puedan constituir la vulneración de garantías de las indicadas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República. Si su presentación es extemporánea o no se señalan hechos que puedan constituir vulneración a garantías de las mencionadas en la referida disposición constitucional, lo declarará inadmisibles desde luego por resolución fundada...”*.

El mérito de los fundamentos esgrimidos por cada recurrente, no ponen en evidencia hechos constitutivos de vulneración a la garantía que se reclama como vulnerada más allá que una mera referencia general a decisiones en curso de la autoridad.

No debe olvidarse que, las autoridades han adoptado múltiples medidas administrativas que se someten continuamente a evaluación y revisión conforme evoluciona los casos a nivel nacional.

A modo de ejemplo, señalamos que el día 20 de marzo de 2020, la autoridad administrativa prohibió el funcionamiento de cines, teatros, restaurantes, pubs, discoteques y eventos deportivos independientes, por un tiempo indefinido, a nivel nacional. Además, el Ministerio de Economía dispuso el cierre de centros comerciales a contar del jueves 19 de marzo del presente año, con la excepción de los establecimientos fundamentales para el abastecimiento de las familias: supermercados, farmacias, centros médicos, bancos y tiendas para el abastecimiento del hogar. Igualmente, el Ministerio de Salud dictó el decreto N° 4 del 2020, que decreta alerta sanitaria y otorga facultades extraordinarias a dicho Ministerio.

En este orden de ideas, desde hace 3 meses las autoridades han venido adoptando diversas medidas para hacer frente a esta crisis sanitaria, como son:

- La dictación de una Alerta Sanitaria a comienzos de febrero para fortalecer el sistema de salud.
- El establecimiento de controles fronterizos y el cierre de fronteras terrestres, marítimas y áreas.
- La suspensión de clases en jardines, colegios y universidades.
- La anticipación y fortalecimiento del plan de vacunación contra la influenza, para proteger a 8 millones de personas.
- La dictación del Estado de Catástrofe.

- El Establecimiento de Aduanas y Cordones Sanitarios en distintas zonas del país.
- Cuarentena estricta en la localidad de Puerto Williams.
- Aduana Sanitaria mucho más estricta en el cruce marítimo y aéreo del Estrecho de Magallanes, con paso solo de carga y personas debidamente autorizadas.
- Endurecimiento de la Aduana Sanitaria en el acceso a la Isla de Chiloé, con excepciones sujetas a salvo conducto de las personas o funcionarios a cargo del abastecimiento.
- Cuarentena obligatoria para toda persona con residencia en nuestro país que ingresen a Chile, cualquiera sea el origen.
- Toque de queda en todo el territorio nacional, desde las 22.00 horas hasta las 5.00 horas del día siguiente, todos los días.
- Aduana Sanitaria en los principales puntos de acceso y egreso de Santiago (ciudad).
- Cuarentena Total estricta en las comunas de la RM de Lo Barnechea, Vitacura, Las Condes, Providencia, Ñuñoa, Santiago e Independencia, debiendo las personas permanecer en sus domicilios por un lapso de 7 días. Medida que fue objeto de renovaciones, y, que, actualmente, se ha alzado en algunas comunas de forma total o parcial (como en la comuna de Santiago), incorporando parte de la comuna de Puente Alto.
- Cuarentena en determinadas comunas del resto de Chile, como Temuco, Punta Arenas, Padre Las Casas, Nueva Imperial

Las medidas referidas –que constituyen algunas de las ya adoptadas-, **evidencian que este es un proceso completamente dinámico**, en el que la autoridad adopta e intensifica o, incluso, levanta las medidas, en un proceso constante de todos los días e incluso dentro del mismo día, conforme con los requerimientos o necesidades que van surgiendo durante la catástrofe. Este dinamismo hace necesario dejar la adopción de decisiones en manos de la autoridad política -que es la única que está en cabal conocimiento de la situación sanitaria del país, tal y como lo declaró la Iltma. Corte Apelaciones de Talca, con fecha 23 de marzo 2020⁷.

POR TANTO,

SOLICITO A S.S. ILTMA. Tener presente lo expuesto y declarar inadmisibile la acción constitucional de protección de autos.

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase S.S. Iltma., tener presente que actúo en estos autos de conformidad a lo dispuesto en los artículos 3º y 24 del D.F.L. Nº 1/1993 (Hacienda), en mi calidad de Abogada Procurador Fiscal de Santiago, del Consejo de Defensa del Estado, cargo en el que he sido designada por Resolución TRA 45/142/2017 de fecha 28 de agosto

⁷ Corte Apelaciones Talca, Rol IC P 891-2020.

de 2017, publicada en el Diario Oficial con fecha 9 de septiembre de 2017, según consta en la copia que por este acto se acompaña.

GCA/PRS

C.A. de Santiago

Acs/rsa

Santiago, veintiuno de abril de dos mil veinte.

Vistos y teniendo presente:

1º) Que el recurso de protección tiene por objeto restablecer el imperio del derecho cuando éste ha sido quebrantado por actos u omisiones arbitrarias o ilegales que amenazan, perturban o privan del ejercicio legítimo de alguna de las garantías taxativamente numeradas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, dejando a salvo las demás acciones legales.

2º) Que del contenido de la presentación efectuada en estos autos no aparecen hechos que formen parte de aquellas materias que puedan ser conocidas por esta vía, por cuanto lo reclamado recae sobre una decisión de la administración central en ejercicio de sus funciones, cuyo contenido y aplicación del mismo deberá ser discutido por los mecanismos jurisdiccionales correspondientes.

Es por estas razones que el presente recurso no podrá ser admitido a tramitación.

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección, se declara inadmisibile el recurso de protección interpuesto al folio 1.

Al folio 2: a todo, estése al mérito de lo resuelto.

Archívese.

Acordada la inadmisibilidad con el voto en contra de la ministra señora González, quien fue de parecer de acoger a tramitación la acción constitucional, teniendo para ello presente que en la presentación se mencionan hechos que eventualmente pueden constituir vulneración a las garantías constitucionales indicadas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

NºProtección-35356-2020.

Pronunciada por la Primera Sala de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la ministro señora Dobra Lusic Nadal e integrada por la ministro señora Jessica González Troncoso y por el ministro (S) señor Rafael Andrade Díaz.





Pronunciado por la Sala de Cuenta Protección de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Dobra Lusic N., Jessica De Lourdes Gonzalez T. y Ministro Suplente Rafael Andrade D. Santiago, veintiuno de abril de dos mil veinte.

En Santiago, a veintiuno de abril de dos mil veinte, 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 abril de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>