

Copiapó, veintinueve de abril de dos mil veintidós.

Vistos y teniendo presente:

1º) Que a folio 1, comparece Brunilda González Ángel, chilena, casada, matrona, Cédula Identidad N°9.198.247-1, en su calidad de Alcaldesa de la I. Municipalidad de Caldera, ambas domiciliadas, en calle Cousiño N°395, Caldera, Región de Atacama, deduciendo acción de protección a su favor y de las personas indicadas en la nómina de folio 11, en contra de doña María Teresa Valenzuela Bravo, médico cirujano, en su calidad de Ministra de Salud Subrogante, domiciliada en calle Mac Iver N° 541, Santiago y/o Chacabuco N° 681, 3o piso, Edificio Don Elías, Copiapó, Región de Atacama.

Expone que la recurrida dictó la orden de no entregar licencias médicas a las personas consideradas como "Alerta Contagio", conocidos como "contactos estrechos", según se señala en "Plan de Manejo de Coronavirus en Chile frente a nueva variante ómicron", vigente desde el 20 de enero 2022, lo que estimó, vulneraría sus garantía de integridad física y psíquica, igualdad ante la ley, y el derecho a la salud, de artículo 19 N° 1, 2 y 9 de la Constitución Política del Estado.

Expone que el 30 de enero de 2020, el Director General de la Organización Mundial de la Salud (OMS), declaró que el brote de la enfermedad coronavirus 2019 (COVID-19), que constituye una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII), de conformidad a lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento Sanitario Internacional, decretándose Alerta Sanitaria el 5 de febrero de 2020, mediante el decreto No 4, de 2020, del Ministerio de Salud, modificado con posterioridad por el decreto No 6, la que se extendió desde el 16 de diciembre de 2021, hasta marzo del año 2022, mediante el decreto N° 52. Agrega que luego fue considerado una pandemia.

En este contexto se dictaron protocolos, los que se actualizaron frente a la nueva variante ómicron, dictándose las directrices a seguirse en el caso de contagiarse. En este contexto, se crea una nueva categoría de sujetos afectados denominados "Alerta Covid", es decir, personas que viven con o que han estado cerca, a menos de un metro de distancia, sin el uso correcto de mascarilla, de un caso confirmado de coronavirus en los últimos dos días antes del inicio de sus síntomas o 2 días antes de la toma de muestra del examen de



PCR o antígeno del caso confirmado, los que no tendrían derecho al uso de licencia médica, contrario a lo que ocurrió en el 2020 y 2021, para resguardar los derechos laborales de los afectados.

Informa que el 20 de enero del 2022, la recurrida informó que las personas consideradas 'Alerta Covid' no podrían contar con el derecho a licencia médica hasta que tengan los resultados de sus test PCR o de antígenos, y que el doctor Rafael Araos, de la Subsecretaría de Salud Pública, explicó que "una persona declarada en 'Alerta Covid' no tiene el mismo manejo que un contacto estrecho, puesto que el paciente debe someterse lo antes posible a un test de antígeno o PCR, pudiendo hacer su vida normal mientras espera los resultados".

Expone que lo anterior, transgrede el derecho a la licencia médica, del artículo 1 del Decreto Supremo N° 3 del año 1984, estimando que la decisión del Plan de Manejo de Coronavirus en Chile frente a nueva variante ómicron, con vigencia desde el 20 de enero 2022, la que estimó arbitraria e injustificada en un contexto de pandemia, que este es un derecho a los/as trabajadores/as, en un contexto de pandemia y el levantamiento de las restricciones produciría riesgos de contagio en la comunidad. Indica que, en el caso de Caldera, no hay varios laboratorios particulares, debiendo concurrir al centro de la comuna para optar a los servicios de salud primaria, no obteniendo resultados de manera inmediata, por lo que, el contacto estrecho, al mantener el ritmo de vida habitual, específicamente en lo laboral, podrá contagiar a otros. Agrega a lo anterior, las características de contagio de la variante ómicron, y que, si el sujeto decide aislarse, afectaría su estabilidad laboral.

Afirma que el recurso de protección puede ser interpuesto a favor de terceros, y que en la especie, la I. Municipalidad de Caldera, ha comparecido de esta forma.

Agrega que se pueden generar grandes contagios debido al virus, a causa de la prohibición de la entrega de licencias médicas a los/as funcionarios/as y trabajadores del municipio, como también de la comunidad usuarios del sistema primario de salud que tengan "Alerta Covid". Estima que se afecta el derecho de los funcionarios y funcionarias referidos a acceder a una licencia médica, en circunstancias que se encuentra en la misma posición



que otras personas a quienes se concede, y finalmente que la medida transgrede el derecho a la salud.

Añade que la autoridad sanitaria no puede condicionar a los facultativos a entregar o no licencias médicas a personas que han estado en contacto con el virus y que pueden generar una situación de contagio en la comunidad.

En conclusión, solicita que se declare ilegal y arbitrario el actuar de la recurrida, y se adopte de inmediato las providencias necesarias para restablecer el imperio del Derecho, y en especial que se le obligue a dejar sin efecto la negativa de entrega de licencias médicas a las personas denominadas "Alerta Covid", por Coronavirus en la comuna de Caldera.

A su presentación, agregó: 1. Copia de Plan de Manejo de Coronavirus en Chile frente a nueva variante ómicron; 2. Acta de Proclamación de la Alcaldesa Electa de la comuna de Caldera, doña Brunilda González Ángel, de fecha 25 de mayo 2021, emitida por el Tribunal electoral de Atacama. 3. Copia de noticia publicada en diario digital El Mostrador "Personas que estén como 'Alerta Covid' no tendrán licencia según el Minsal".

2º) Que en folio 21, el 7 de marzo comparece Jorge Hübner Garretón, abogado, Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Salud, en representación del Ministerio de Salud, evacuando el informe, solicitando el rechazo de la acción.

Expone que la acción es improcedente, no siendo la vía idónea, tratándose de una materia que escapa a la tutela de urgencia propia de acción, pues implicaría inmiscuirse en facultades propias de la autoridad administrativa, excediendo los fines del recurso cautelar.

Niega que exista una acción u omisión ilegal o arbitraria de su parte, pues, la medida impugnada se enmarca dentro del Plan de manejo de coronavirus en Chile frente a nueva variante ómicron, cuyo objetivo es disponer de nuevas estrategias para el manejo de la pandemia, en base a criterios técnicos de salud pública y a las características de la variante ómicron.

Señala que la variante referida, si bien es más contagiosa, tiene menor patogenicidad y virulencia, lo que unido a la alta cobertura de vacunación permite evitar formas más graves de la enfermedad y una menor tasa de hospitalización. Todo lo cual habría hecho necesario adaptar las estrategias



vigentes de testeo, trazabilidad y asilamiento, conforme a las recomendaciones del Consejo Asesor y de los expertos internacionales.

Expone que, durante la circulación de la variante ómicron, la vigilancia epidemiológica y control de la pandemia ha debido centrar sus esfuerzos en la variable de las hospitalizaciones más que en el número de casos. Informa que, para ello, las estrategias preventivas del nuevo Plan prevén garantizar la cobertura mediante el fortalecimiento de la red integrada de urgencia; la prolongación de las jornadas de atención de SAPU y de SAR; el reforzamiento de la campaña de vacunación y del Plan paso a paso -con énfasis en el control del pase de movilidad-; manteniendo las medidas del Plan fronteras protegidas y la estrategia de búsqueda activa de casos.

Refiere que, en cuanto a la estrategia de testeo, trazabilidad y aislamiento, la nueva variante hizo necesario transitar de una trazabilidad universal que investigaba a todos los casos positivos y contemplaba la cuarentena para los contactos estrechos, a una donde la investigación de brotes y definición de contactos estrechos depende de la Autoridad Sanitaria. El objetivo es lograr una trazabilidad orientada a aislar oportuna y correctamente a todos los casos positivos de coronavirus y garantizarles el derecho a licencia médica cuando ésta fuese necesaria.

Para lo anterior, la persona deberá dar aviso de su condición de caso confirmado a todas las personas que pueda contactar directamente y que, hubiese tenido contacto sin el uso correcto de mascarilla desde los 2 días antes del inicio de síntomas o; de tratarse de una persona asintomática cuyo resultado es positivo, que hubiese tenido contacto 2 días antes de la toma de muestra del examen de PCR o antígeno. Estas personas, por haber tenido contacto con un caso confirmado, se encontrarán en alerta Covid y deberán seguir una serie de recomendaciones con el objetivo de cuidarse a ellos mismos y a la comunidad en general. Señala que se prevé el testeo, para lo cual se debe realizar un test de PCR o antígeno durante los 2 primeros días desde el contacto con el caso confirmado, y estar atento a la presentación de síntomas hasta 10 días desde el último contacto con el caso. Además, en el cuidado, se debe extremar las medidas de autocuidado sobre todo el uso correcto de mascarilla quirúrgica, es decir, recambio cada 4 horas y si la persona se la sacó no volver a usarla, evitar el contacto con otras personas



como actividades sociales, lugares aglomerados, sin ventilación y preferir el teletrabajo en la medida de lo posible, alertar y proteger a las personas que lo rodean.

Refiere que en la estrategia están consideradas como situaciones especiales, las poblaciones vulnerables y centros especiales, en las que se priorizará la investigación de brotes epidémicos que incluya la identificación formal de contactos estrechos por parte de la Autoridad Sanitaria. Agrega que se priorizará los brotes en los distintos sectores productivos, con la colaboración de las mutuales de seguridad y; en aquellas situaciones en que el comportamiento de los casos sea distinto, se complementará con estudios genómicos con PCR de mutaciones o con secuenciaciones genómicas completas cuando sea necesario.

Expone que política sanitaria se ha enfocado en la prevención y la responsabilidad individual, por la evolución de la situación epidemiológica del país y; en consecuencia, a la necesidad de focalizar los esfuerzos, al menos durante el brote de ómicron, en la necesidad de hospitalizaciones más que el número de casos activos.

Afirma que la actividad desplegada se funda en el DFL N° 1, de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2.763, de 1979, y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469, del Ministerio de Salud. Especialmente, cita artículo 4 del citado DFL N° 1 y artículo 36 del Código Sanitario.

Informa que en enero de 2020 y tras el brote del nuevo coronavirus (2019-nCoV), el director general de la Organización Mundial de la Salud declara el estado de emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII), conforme al artículo 12 del Reglamento sanitario internacional, promulgado mediante el decreto N°230, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores. Por ello, el 5 de febrero de 2020, se dicta el decreto N° 4, del Ministerio de Salud, que declara la alerta sanitaria en todo el territorio nacional y otorga facultades extraordinarias al Ministerio de Salud y; posteriormente, se dispone su prórroga mediante los decretos N° 1, 24, 39 y 52, todos de 2021, del Ministerio de Salud.



Afirma que el nuevo Plan es una medida sanitaria adoptada en el ejercicio de las prerrogativas de la Administración y en resguardo de la salud de la población; recogiendo las recomendaciones de la ciencia, la OMS y el Consejo Asesor, conforme a la realidad epidemiológica del país, obedeciendo a criterios técnicos de salud pública, por lo que el mérito, oportunidad, conveniencia y eficacia del nuevo Plan está radicado en la autoridad de salud.

Niega haber actuado arbitrariamente, considerando la investidura regular del titular del órgano que dicta el acto y la previa y expresa habilitación jurídica para actuar, y el presupuesto básico que sustenta el acto recurrido, consistente en una necesidad pública concreta sobre un asunto propio de competencia del MINSAL.

Afirma que el nuevo Plan está directamente relacionado con la intención de fortalecer las estrategias de salud y evitar de esa manera la propagación del virus, así como preservar la integridad de los servicios asistenciales, las funciones críticas que permiten mantener la infraestructura del país y, prevenir mortalidad y morbilidad en subgrupos de la población.

Niega haber incurrido en vulneración de las garantías señaladas por la recurrente, sobre el artículo 19 N° 1 de la norma fundamental, asevera haber actuado dentro de sus facultades legales, careciendo la acción de fundamentos. Afirma que el recurso no es una acción popular.

Sobre el artículo 19 N° 2 de la Constitución, expone que no hay discriminación en el hecho que aquellas personas en alerta Covid, es decir en idénticas circunstancias -han tenido contacto con un caso confirmado y no presentan síntomas de coronavirus-, se les indique las mismas medidas y conductas a seguir. Respecto de la garantía del artículo 19 N° 9, informa que la licencia médica si bien es un derecho que tiene el trabajador, se trata de un acto médico administrativo -artículo 5 del citado decreto N° 3- extendido por un profesional habilitado en conformidad a las normas legales y reglamentarias que rigen su otorgamiento; sin que ello constituya una vulneración a al derecho a la protección de la salud.

Por lo anterior, pide el rechazo de la acción, con costas.

3°) Que se trajeron los autos en relación y se procedió a la vista del recurso el día veintiséis de abril último, compareciendo los abogados de la recurrente y la recurrida a efectuar alegatos.



4º) Que el recurso de protección es una acción de naturaleza cautelar, cuyo objetivo es la adopción de medidas de carácter urgente, tendientes a salvaguardar los derechos o garantías constitucionales preexistentes, conculcados por actos u omisiones ilegales o arbitrarios.

En efecto, la Excelentísima Corte Suprema ha señalado, que si bien en virtud de la competencia conservativa que el indicado arbitrio confiere, pueden adoptarse todas las medidas que se estimen conducentes para otorgar la debida protección a quienes han visto amagados sus derechos constitucionales previstos en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, lo cierto es que no se puede perder de vista que esta acción constituye una medida de emergencia consagrada para dar remedio pronto y eficaz a los atropellos que sufra el ciudadano en sus derechos constitucionales producto de una acción u omisión que a todas luces sea ilegal y/o arbitraria, cuestión que justifica una intervención jurisdiccional rápida que ampare suficientemente el derecho amagado, mientras se acude a la sede ordinaria o especial correspondiente, otorgando una tutela efectiva a los recurrentes.

5º) Que se ha cuestionado, mediante la interposición del presente arbitrio constitucional de emergencia la implementación del Plan de manejo de Coronavirus en Chile frente a nueva variante ómicron, por parte del Ministerio de Salud encabezado por la Ministra (S) recurrida, lo que incluye en específico el no otorgamiento de licencias médicas a las personas consideradas “Alerta Contagio” o “Alerta Covid” (antes contacto estrecho); la que se estima ilegal y arbitraria y virtualmente conculcadora de los derechos y garantías que se enarbolan, por lo que, a fin de dilucidar el nudo controvertido, que situaremos, inicialmente, en determinar la ausencia de adecuación constitucional de la medida que forma parte del referido plan, es imprescindible reflexionar en torno a la regulación legal y reglamentaria que gobierna la actuación de la autoridad recurrida.

Tal como lo señala el informe, la medida concernida se fundamenta, en primer término, en el DFL N° 1, de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2.763, de 1979, y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469, del Ministerio de Salud. Así, el artículo 4 del citado DFL N° 1 dispone que, “Al Ministerio de Salud le corresponderá formular, fijar y controlar las políticas de salud”.



En el ejercicio de esta labor, el artículo 9 inciso 2 del reglamento orgánico del Ministerio de Salud le encomienda, “en casos de amenaza de alguna epidemia o de aumento notable de alguna enfermedad o de emergencias que impliquen grave riesgo para la salud o la vida de los habitantes, (...) adoptar medidas, disponer alertas y declarar emergencias sanitarias para su enfrentamiento”.

Por su parte, el artículo 36 del Código Sanitario establece que, “Cuando una parte del territorio se viere amenazada o invadida por una epidemia o por un aumento notable de alguna enfermedad, o cuando se produjeran emergencias que signifiquen grave riesgo para la salud o la vida de los habitantes, podrá el Presidente de la República, previo informe del Servicio Nacional de Salud, otorgar al Director General facultades extraordinarias para evitar la propagación del mal o enfrentar la emergencia”.

Como es de dominio público, en enero de 2020 y tras el brote del nuevo coronavirus (2019-nCoV), el Director General de la Organización Mundial de la Salud declara el estado de emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII) (la referida determinación se realiza conforme al artículo 12 del Reglamento Sanitario Internacional, promulgado mediante el Decreto N°230, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores).

En mérito de estos acontecimientos, sin precedentes en la historia reciente, es que con fecha 5 de febrero de 2020, se dicta el decreto N° 4, del Ministerio de Salud, que declara la Alerta Sanitaria en todo el territorio nacional y otorga facultades extraordinarias al Ministerio de Salud y; posteriormente, se dispone su prórroga mediante los decretos N° 1, 24, 39 y 52, todos de 2021, de la misma cartera, los que han investido a la autoridad de facultades extraordinarias suficientes a fin de hacer frente a la enfermedad por COVID-19 y prevenir la diseminación del SARS-COV-2.

6°) Que, para que resulte procedente la acción de protección, la conducta por ella denunciada debe insoslayablemente ser ilegal o arbitraria. Respecto del primer adjetivo, una acción u omisión será *ilegal* “cuando constituya una contravención a la legislación vigente” (Henríquez, *Acción de protección*, Der, 2018, p.12). Del mismo modo, se ha señalado que “la ilegalidad de la conducta es un presupuesto cuyos alcances han sido discutidos en la práctica judicial, a pesar de que la definición de la ley es clara (...). En un



sentido acotado, esta causal revela lo que Alejandro Silva llama 'la dimensión legal de la supremacía constitucional', en donde es la ley la que permite que los tribunales justifiquen el contenido normativo de su interpretación del texto constitucional para tomar una decisión en un caso concreto" (Larroucau, *La tutela judicial de los derechos fundamentales*, Der, 2021, pp. 71-72). Entonces, al menos, podríamos convenir que existe consenso en que la falta de lealtad a la regla legal, en su conexión con una garantía amagada de aquellas cubierta por el paraguas de la acción constitucional de protección, habilita para tutelar aquellos derechos por la presente vía.

Sin embargo, no se vislumbra cómo la actuación denunciada, esto es, la decisión de no otorgar licencia a quienes queden comprendidos en la clase "Alerta Covid" y que forma parte de la implementación del plan aludido, puede constituir una contravención a la normativa vigente, ya detallada precedentemente. Por el contrario, la decisión de la autoridad sanitaria encuentra cobijo en las normas, que frente a una situación que ha sido calificada como "Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional", la habilitan a dictar medidas en el ejercicio de sus prerrogativas y en resguardo de la salud de la población.

7º) Que desechada la posibilidad de calificar la actuación materia de esta litis como de *ilegal*, corresponde el turno de develar la existencia o inexistencia de alguna *arbitrariedad* en ella. Respecto de lo cual la doctrina más autorizada ha señalado que "En el sistema interno de tutela judicial de los derechos fundamentales la ley indica lo que cuenta como una conducta arbitraria en algunos contextos, los cuales sirven de referente para el juicio de protección. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en la justicia del trabajo que apunta a 'las distinciones, exclusiones o preferencias' del empleador (art. 2º inciso 4º del Código del Trabajo y la ley Zamudio, en donde se alude a 'toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable'. El punto en común de esta cláusulas legales es una 'diferencia de trato' hacia alguien en particular" (Larraucau, *La tutela judicial de los derechos fundamentales*, Der, 2021, p. 77).

La jurisprudencia por su parte ha asentado que "...un acto u omisión es arbitrario cuando carece de razonabilidad, de fundamentación suficiente, de



sustentación lógica, es decir, cuando no existe razón que lo fundamente y quien actúa lo hace por mero capricho” (SCA Antofagasta, Rol 4850-2020, 26.04.2021).

El ejercicio de contraste entre el acto denunciado por la presente acción constitucional -y tildado de arbitrario- y la articulación de aquello que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, estima como arbitrario, permiten colegir -no sin contundente basamento-, que no es advertible del examen de los antecedentes hechos valer por los intervinientes en la presente causa. En efecto, señala el informe de la recurrida que es necesario contextualizar que la medida, que la recurrente impugna, se enmarca dentro del Plan de manejo de coronavirus en Chile frente a nueva variante ómicron, cuyo objetivo es disponer de nuevas estrategias para el manejo de la pandemia, en base a criterios técnicos de salud pública proporcionados por la ciencia y la comunidad de expertos nacional e internacional y a las características de la variante indicada.

Agregando que esta nueva variante, si bien ha demostrado ser más contagiosa, tiene menor patogenicidad y menor virulencia, lo que unido a la alta cobertura de vacunación alcanzada permite evitar formas más graves de la enfermedad y una menor tasa de hospitalización, lo cual ha hecho necesario adaptar las estrategias vigentes de testeo, trazabilidad y asilamiento, conforme a las recomendaciones del Consejo Asesor y de los expertos internacionales.

Entonces, lejos de asistir a un acto gobernado únicamente por el capricho, sin justificación y que confiere un trato disímil a personas que se encuentren en el mismo supuesto de hecho, claramente está guiado por criterios técnicos pertenecientes a *lex artis* propia de la cartera recurrida.

8º) Que a mayor abundamiento, “... la función de dictar las políticas públicas dentro de un Estado Democrático de Derecho le corresponde efectuarlo al Gobierno que asuma la dirección del Poder Ejecutivo del país, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia en esta materia, no siendo posible, por tanto, 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” (SCA Puerto Montt, Rol 784-2021, 04.08.2021).

Entonces, tratándose de una materia que la legislación encomendó expresamente a la administración, cuya decisión está cimentada en criterios



eminentemente técnicos, no resulta ser la acción constitucional de emergencia que nos ocupa, la vía idónea para decidir la mantención o revocación de la decisión de la autoridad sanitaria.

9º) Que la documentación adjuntada por la actora en nada altera la conclusión a que ha arribado esta Corte, pues contribuyen a perfilar el supuesto fáctico de la litis, el que no se encuentre controvertido; por lo que dicha conclusión será conducente al rechazo de la acción, pues, por una parte, no es posible afirmar la existencia de un acto u omisión arbitrario o ilegal, y por otra, no es el instituto concernido, la vía idónea para dejar sin efecto una decisión de la administración que no está teñida de ilegalidad ni arbitrariedad.

Por estas consideraciones y con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales; SE RECHAZA la acción deducida en estos antecedentes por doña Brunilda González Ángel, en su calidad de Alcaldesa de la I. Municipalidad de Caldera, a su favor y de las personas indicadas en la nómina de folio 11, en contra de doña María Teresa Valenzuela Bravo, en su calidad de Ministra de Salud Subrogante, sin costas.

Regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad.

Redactó la ministra señora Marcela Araya Novoa.

NºProtección-21-2022.-



Pronunciada por los Ministros: la Ministra señora Marcela Araya Novoa, la Ministra señora Aída Osses Herrera, y el Fiscal Judicial don Carlos Meneses Coloma, no firma el señor Meneses por encontrarse con permiso 347 C.O.T. Copiapó veintinueve de abril de dos mil veintidós.

En Copiapo, a veintinueve de abril de dos mil veintidós, 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 02 de abril de 2022, 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>