

Arica, ocho de noviembre de dos mil veintiuno.

VISTO:

Compareció Víctor Alfredo Barrientos Morales, docente, domiciliado en calle Tucapel N° 196 de esta ciudad, cédula de identidad N°13.864.901-6, e interpuso recurso de protección en contra de don Oscar Enrique Paris Mancilla, en su calidad de Ministro de Salud, por haber incurrido en un acto arbitrario e ilegal consistente en la dictación del Decreto Afecto N° 39 de 15 de septiembre de 2021 y la Resolución Exenta N° 994 de 30 de septiembre de 2021, la que ha provocado privación del legítimo ejercicio de las garantías constitucionales consagradas en los numerales 1°, 2°, 7°, 21° y 22° del artículo 19 de la Carta Magna.

Señala que se dedica a la docencia y entre sus compromisos está desplazarse constantemente por distintas comunas, participar en reuniones y distintas actividades laborales, sociales y de la vida diaria, lo que ha sido impedido o dificultado notoriamente con ocasión de la dictación de estas normas por parte del recurrido, entre las que se encuentra la exigencia del pase de movilidad para ingresar a ciertos lugares cerrados, tales como gimnasios, cines, restaurantes, cafeterías o bares, lo que constituye claramente una discriminación, ya que la vacunación no es obligatoria.

Sostiene que el Decreto N° 39 de 15 de septiembre de 2021, es arbitrario en cuanto de numerosos documentos técnicos se desprende que las restricciones de movilidad y trabajo a gran parte de la población no son beneficiosas para la ciudadanía y que éstas le han acarreado consecuencias físicas, psicológicas y económicas difícilmente reparables. Citando diversos estudios.

Asevera que el actuar del recurrido carece de toda racionalidad al pretender caprichosamente extender nuevamente el decreto de alerta sanitaria vigente hace 20 meses, transformándolo en la regla general que afecta sus garantías constitucionales, puesto que la fundamentación del recurrido para establecer la prórroga del decreto de alerta sanitaria lo hizo en base a hechos pasados y en un peligro abstracto, sin información suficiente, clara y específica que amerite su extensión, ello teniendo en consideración que según las estadísticas del propio Ministerio de Salud, al 1 de octubre de 2021, señala que existen apenas 4.295 casos activos, correspondientes el 0,02% de la población nacional.

Por su parte, la Resolución N° 994 exenta, 30 de septiembre de 2021, es abiertamente inconstitucional, desde que se puso término al estado de excepción constitucional, ya que esta resolución se sustenta en el decreto de alerta sanitaria, norma simplemente legal, que no puede primar sobre los derechos humanos. Así en los términos de los artículo 43 y 44 de la Constitución Política, las medidas que se hayan adoptado durante los estados de excepción no podrán, bajo ninguna



circunstancia, prolongarse más allá de la vigencia de los mismos, no correspondiendo ni estando habilitado el recurrido, para hacerlo por la vía administrativa, ello considerando que el sustento constitucional que invoca el recurrido en los actos impugnados son los artículos 19 N° 9, 32 N° 6 y 35 los cuales se refieren a los derechos que la Carta Fundamental otorga a las personas y no a las prerrogativas estatales; el artículo 32 N° 6 se refiere simplemente a la potestad reglamentaria del Presidente y, el artículo 35, a la firma de los reglamentos y decretos.

Expresa que lo solicitado a esta Corte no es que se califique los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para decretar y mantener la alerta sanitaria. El recurso cuestiona una medida particular, que vulnera sus garantías constitucionales.

Arguye que la Resolución Exenta es ilegal a la luz de la Ley N° 20.609, denominada “Ley Zamudio”, si se considera como discriminación arbitraria el vulnerar los derechos fundamentales fundados en padecer supuestamente, una enfermedad, con mayor razón resultaría ilegal, arbitrario y carente de toda racionalidad discriminar a una persona que se encuentre perfectamente sana, presumiendo, a priori, que ésta se encuentra enferma por el mero hecho de no portar un “Pase de Movilidad”, en circunstancias que la vacunación es voluntaria.

Finalmente expresa que la situación en que se encuentra afecta su integridad física y síquica, así como mi libertad de desplazamiento, al impedirsele comer bajo techo en un restaurante y asistir a un gimnasio techado o a las actividades de fin de año, laborales, escolares y familiares, entre otras prerrogativas de que gozan quienes cuentan con el denominado “pase de movilidad”; así como la igualdad ante la ley y sus derechos a desarrollar cualquiera actividad económica y a la no discriminación arbitraria en materia económica, de momento que se establecen diferencias arbitrarias entre personas inoculadas y las que no lo están, pese a estar perfectamente sanas e incluso contar con una inmunidad superior, medidas que no sólo lo dañan directamente, sino a todo su grupo familiar, que se ha visto impedido de convivir en la forma que garantiza el ordenamiento jurídico, lesionando irremediablemente su desarrollo futuro e incluso su expectativa de vida.

Pide que se acoja el presente recurso, y en definitiva se deja sin efecto el Decreto Afecto N° 39 de 15 de septiembre de 2021 y la Resolución Exenta 994 de 30 de septiembre de 2021 del Ministerio de Salud, con costas.

En su oportunidad, evacuó informe el abogado Jorge Hübner Garretón, en representación del Ministerio de Salud, solicitando el rechazo del recurso. Expone que la pandemia ocasionada por SARS-COV-2, obligó a la autoridad a enfrentar la



gestión de la emergencia sanitaria mediante diversas medidas entre las que se el Pase de Movilidad, documento que se entrega a todas las personas que completaron su proceso de vacunación contra el COVID-19 y cumplieron los 14 días desde la segunda dosis de las vacunas Pfizer, Sinovac, AstraZeneca y SPUTNIK V, y la dosis única de CanSino y Janssen. En consecuencia, las restricciones que debe soportar el recurrente por decidir libremente no vacunarse no resultan ser ni desproporcionadas ni poco razonables, desde que la Cartera de Estado, de forma activa ha dispuesto de campañas de inmunización que- según ha demostrado la evidencia científica- han permitido enfrentar la emergencia sanitaria, cuyo único objetivo, es resguardar la salud de la población, privilegiando el bienestar de la colectividad por sobre el interés individual. Razones por las cuales, se elimina cualquier reproche de desproporcionalidad de tales medidas. Criterio sostenido por las diversas Cortes de Justicia frente a este tipo de requerimientos, que pretenden por esta vía cautelar, disponer finalmente de una política pública cuyo fin, es contener el virus causado por el SARS-COV-2.

Así las cosas, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 del Código Sanitario y en inciso segundo del artículo 9º del decreto supremo N° 136, de 2004, del Ministerio de Salud, con fecha 5 de febrero de 2020, se dictó el decreto N° 4, de 2020, del Ministerio de Salud, que decreta alerta sanitaria por el período que se señala y otorga facultades extraordinarias que indica por emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII) por brote del nuevo coronavirus (2019-NCOV) (en adelante la “Alerta Sanitaria”), por el período de un año. La vigencia de dicho decreto fue prorrogada en virtud de los decretos N°s. 1, 24 y 39, de 2021, del Ministerio de Salud, hasta el 31 de diciembre de 2021. Siendo menester señalar que existe un cambio de circunstancias normativas desde la fecha de la interposición de la presente acción constitucional a la fecha de este informe, por cuanto el estado de excepción constitucional de catástrofe ha cesado su vigencia, y la resolución exenta N° 644 ha sido reemplazada por la resolución exenta N° 994, del 30 de septiembre de 2021, del Ministerio de Salud, que establece el Cuarto Plan Paso a Paso y que fue publicada en el Diario Oficial el 1 de octubre. Resolución Exenta que cambió los efectos del denominado “Pase de Movilidad”, señalándose en el numeral 58 expresamente que: “El Pase de Movilidad habilitado no afectará la movilidad de su titular, y producirá los efectos que explícitamente se señalen en los actos administrativos dictados por la autoridad sanitaria” y aun cuando no se encuentre vigente el Estado de Excepción Constitucional las medidas sanitarias impugnadas -cuyo alcance ha cambiado- se fundamentan, por una parte, en la disposición fundamental en materia sanitaria, esto es, la garantía reconocida en el artículo 19 N° 1 inciso primero y N° 9 de la



Constitución Política de la República y por otra parte, en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469, que radica, de manera principal, en el Ministerio de Salud y sus organismos relacionados, la función del Estado de garantizar el derecho a la salud señalado. De forma tal, que la medida de “Pase de Movilidad” contenida actualmente en la resolución exenta N° 994, obedece a un propósito legítimo que tiene por objeto impedir la propagación del virus, y su utilización se enmarca en aforos máximos establecidos por la autoridad sanitaria en diversos casos, atendidas las particularidades e importancia de mantener precauciones sanitarias, de distanciamiento físico y el uso de elementos de protección personal. Esta medida corresponde a una acción preventiva de salud, necesaria para el control de la pandemia, y, en consecuencia, de aquellas mandatadas al Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 N° 9 de nuestra Carta Fundamental. Se trata de una medida temporaria, cuya aplicación y efectos se ha ido adecuando conforme la evolución de la situación epidemiológica en nuestro país. Actualmente, la Alerta Sanitaria, rige hasta el día 31 de diciembre de 2021, pero sus efectos podrán desaparecer si el riesgo asociado a la pandemia desaparece antes de dicha fecha o bien que éstos continúen después de esa fecha, si es que los riesgos se mantienen y se trata de una medida no es discriminatoria, dado que la exigencia de contar con un esquema de vacunación completo para que pueda habilitarse el Pase de Movilidad no implica una discriminación arbitraria, ya que afecta a todos los habitantes del país, sin distinguir entre personas en la misma situación. Además, la resolución exenta N° 994 distingue situaciones en que se cuenta o no con el Pase de Movilidad, por ende se trata de una medida proporcionada y racional, lo que significa que la misma es adecuada, necesaria y que sus beneficios sobrepasan los perjuicios que ésta pudiera causar.

Sostiene que es un hecho público y notorio que nos encontramos ante una pandemia por COVID-19 que requiere de la adopción de múltiples medidas sanitarias para evitar su propagación, que desde febrero de 2020 se encuentra vigente en nuestro país una alerta sanitaria en virtud de las disposiciones del Código Sanitario. En este contexto, el Ministerio de Salud ha dictado sendas resoluciones que contienen medidas sanitarias destinadas precisamente a hacer frente a esta situación de pandemia, reducir los contagios, y en definitiva proteger la salud y la vida de los habitantes de nuestro país.

Manifiesta que en el recurso se plantea una situación que supone una intervención en la adopción de políticas públicas en materia sanitaria, decisión que corresponden a quienes ejercen la Administración del Estado, y que en estas



circunstancias tienen bajo su responsabilidad diversas políticas públicas vinculadas con la salud de la población. Afirma que este tipo de planteamientos no deben discutirse en sede jurisdiccional, pues es improcedente que las Cortes de Apelaciones suplanten a la autoridad sanitaria a fin de fijar medidas técnicas de resguardo de la población ante situaciones como las que vive hoy el país, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia.

Indica que es el Presidente de la República o el Ministerio de Salud los órganos competentes y facultados para decidir las incidencias, permisos y prohibiciones que puedan existir, puesto que la adopción de políticas públicas y de medidas de esta naturaleza para hacer frente al brote del COVID-19 es una atribución propia y exclusiva de dichas autoridades, en atención al criterio y competencia técnica que en materia sanitaria les correspondan, razón por la que argumenta que la presente acción constitucional debe ser rechazada.

Sin perjuicio de lo anterior, descarta la existencia de una actuación ilegal o arbitraria, citando al efecto la normativa aplicable a las limitaciones que se reprochan en el recurso, particularmente la alerta sanitaria adoptada en virtud de las disposiciones del Código Sanitario, detallando además todas las medidas dinámicas adoptadas por la autoridad para evitar la propagación del COVID-19, en el entendido que estas medidas son por sí mismas suficientes para justificar jurídicamente las limitaciones que la contraria reprocha, citando diversa jurisprudencia atinente.

Por otra parte, asevera que la tendencia de los índices es clara, en el sentido de la inmunidad que ésta otorga es efectiva para prevenir los casos graves y la muerte, por lo que el proceso de vacunación ha dado resultados positivos. De esta forma, afirma que la exigencia de la vacunación para obtener el pase de movilidad no es de manera alguna arbitraria, sino que se fundamenta en el efecto positivo que tiene la inoculación en la población, lo que se refrenda en una mejora en las cifras, y la consecuente disminución en las restricciones.

Hace presente que esta acción constitucional ha sido deducida en reiteradas ocasiones, concibiéndose en definitiva el uso del derecho a litigar en abuso. En efecto, indica que no existen fundamentos plausibles para litigar en conformidad a lo expuesto en el presente informe, transformándose en una litigación temeraria.

Finalmente, sostiene que no se verifica ninguna afectación a las garantías reclamadas, pues simplemente se está otorgando el pase de movilidad a aquellas personas debidamente inoculadas, por lo que, a su juicio, el presente arbitrio constitucional debe necesariamente ser rechazado en todas sus partes.

Se trajeron los autos en relación.



CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el recurso de protección contemplado en la Carta Fundamental, existe con el propósito de cautelar debidamente los derechos fundamentales de rango constitucional, para lo cual prevé que cualquier persona por sí o a favor de un tercero puede recurrir ante el órgano jurisdiccional para su amparo, cuando estos derechos sean amagados por actos arbitrarios o ilegales de terceros, debiendo la Corte de Apelaciones respectiva adoptar las medidas conducentes para restablecer el orden jurídico quebrantado, si de los antecedentes proporcionados se establece que existe lesión a los derechos constitucionales de quien recurre.

Que, en la especie, cabe analizar si el actuar de los recurridos fue arbitrario o ilegal, y establecido esto, si se ha vulnerado alguna de las garantías protegidas por este arbitrio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

SEGUNDO: Que, es requisito indispensable de la acción cautelar de protección, la existencia de un acto u omisión ilegal -esto es, contrario a la ley, según el concepto contenido en el artículo 1° del Código Civil -o arbitrario-producto del mero capricho de quien incurre en él- y que provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado, afectando a una o más de las garantías protegidas, consideración que resulta básica para el análisis y la decisión de cualquier recurso como el que se ha planteado.

TERCERO: Que, los actos denunciados como ilegales y arbitrarios corresponden al Decreto N° 39 de 15 de septiembre de 2021 y la Resolución Exenta N°994 del Ministerio de Salud, publicada en el Diario Oficial el 30 de septiembre de 2021, particularmente en lo relativo a la modificación de los efectos del denominado “pase de movilidad”, y al establecimiento del cuarto plan “Paso a Paso”, que ha permitido adoptar medidas destinadas a ir avanzando, con cautela y prudencia en la contención de los contagios, y recogiendo las recomendaciones de la ciencia, la OMS y el Consejo Asesor en conformidad a la realidad epidemiológica de cada comuna, permitiendo un manejo más adecuado de la pandemia.

CUARTO: Que, por su parte, el recurrido Ministerio de Salud ha descartado la existencia de ilegalidad o arbitrariedad en la implementación del pase de movilidad, pues la medida se funda en la normativa dictada en el contexto de la pandemia por COVID-19 con el fin de prevenir y evitar la propagación de la enfermedad. En este sentido, sostiene que el pase de movilidad se basa en los antecedentes técnicos y estadísticos que han permitido comprobar que la vacuna es efectiva para prevenir los casos graves y la muerte por COVID-19.



YQP YKZZPBP

QUINTO: Que, el acto administrativo impugnado fue dictado dentro del marco normativo dispuesto mediante el Decreto N°4 de 2020, del Ministerio de Salud, que decretó la Alerta Sanitaria y otorgó facultades extraordinarias por la emergencia de salud pública por el brote de coronavirus, el que fue prorrogado mediante los Decretos N°s 1, 24 y 39, todos de 2021, emitidos por el mismo Ministerio. De lo anterior se sigue que todas las medidas extraordinarias y dinámicas dispuestas por la autoridad sanitaria, incluyendo el pase de movilidad en cuestión, han sido adoptadas en el ejercicio de las atribuciones que detenta la Administración y otorgadas por el ordenamiento jurídico, lo que permite disipar cualquier imputación de ilegalidad.

SEXTO: Que, asimismo, el acto impugnado aparece debidamente fundado en los cuerpos normativos señalados precedentemente, a los que cabe agregar los artículos 36 y 57 del Código Sanitario, que habilitan a la autoridad sanitaria para aplicar las restricciones que por el presente recurso se reprochan, de modo que tampoco existe arbitrariedad en la actuación del Ministerio recurrido, al estar expresamente facultado para limitar a la población en virtud de las normas citadas anteriormente, y mediando consideraciones de carácter técnico, científico y estadístico; es decir, con fundamentos plausibles que no obedecen a la mera voluntad o capricho de la autoridad, no pudiendo esta Corte cuestionar los fundamentos de las medidas adoptadas por no tener las competencias para ello, atendido que dichas medidas se encuentran dentro de un marco de racionalidad, afectando lo menos posible los derechos fundamentales de los ciudadanos, motivos por los que la presente acción constitucional no puede prosperar.

Por las anteriores consideraciones y lo dispuesto en las normas citadas, en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se declara:

I.- Que **SE RECHAZA** el recurso de protección deducido por Víctor Alfredo Barrientos Morales, en contra del Ministro de Salud.

II.- Que, se condena en costas al recurrente.

Acordada con el voto en contra del Ministro, señor José Delgado Ahumada, quien estuvo por no condenar en costas al recurrente.

Regístrese, notifíquese, comuníquese y archívese, si no se apelare.

Rol N° 803-2021 Protección.





YQP YKZZBP

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Arica integrada por los Ministros (as) Pablo Sergio Zavala F., Jose Delgado A. y Fiscal Judicial Juan Manuel Escobar S. Arica, ocho de noviembre de dos mil veintiuno.

En Arica, a ocho de noviembre de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



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