Puerto Montt, veinticuatro de noviembre de dos mil veintiuno

VISTOS:

A folio 1, comparece Catalina Paola Agüero González, ingeniera comercial, domiciliada en Egaña 1251, manzana D, casa 3, parque Egaña, comuna de Puerto Montt, deduciendo acción de protección en contra de Paula Graciela Daza Narbona, médico cirujano, en su calidad de Ministra (s) de Salud, domiciliada en calle Mac-Iver N°541, Santiago, por vulneración de los derechos a la vida consagrado en el artículo 19 N°1, el derecho a la igualdad ante la ley del artículo 19 N°2, del derecho a la libertad personal del artículo 19 N°7 y del derecho a desarrollar cualquier actividad económica y no arbitraria en materia económica que debe dar el Estado del artículo 19 N°21 y 22, todos de la Constitución Política, por los motivos que expone.

Indica que vive en la ciudad de Puerto Montt, y que se dedica a gestionar, planificar e iniciar su propio proyecto en ingeniería, estudiar, nadar, visitar a su familia, realizar actividades al aire libre, compartir en restaurantes por negocios y esparcimiento.

En ese sentido, explica que en sus actividades diarias, sociales y familiares, le corresponde desplazarse constantemente por el país, lo que ha podido realizar mediante el uso de los permisos colectivos y certificados sanitarios que dispone la autoridad respectiva, pero mediante Resolución Exenta N°740, de 13 de agosto de 2021, que "MODIFICA LA RESOLUCIÓN Nº 644 EXENTA, DE 2021, DEL MINISTERIO DE SALUD", alega que la recurrida estableció –de forma ilegal e inconstitucional- medidas arbitrariamente discriminatorias y restrictivas de sus derechos fundamentales en contra de todas aquellas personas que, entre ellas el suscrito, por distintas razones, no cuenten con el denominado "Pase de Movilidad", que dicha normativa establece, alterando el status quo, limitando o impidiendo mantener almuerzos de negocios con clientes o asociados, participar en asambleas de las asociaciones de que forma parte, e incluso salir a comer con su familia bajo techo, cuestiones que antes del acto impugnado sí podía hacer.

Acto seguido, transcribe la resolución impugnada, alegando que aquella establece diferencias arbitrarias entre las personas según cuenten o no con el

FXZYLFJRRX

denominado “pase de movilidad”, como si aquel sirviere para acreditar la sanidad o inocuidad de una persona, y por el contrario, quien no lo tiene debiese considerarse enferma y contagiosa. Lo anterior, pese a la evidencia empírica e informes técnicos de numerosos expertos, que a su juicio acrediten que este tipo de discriminaciones no resulta beneficiosa para el bienestar de la ciudadanía, sino más bien degrada a ciudadanos de segunda clase a aquellos no vacunados por distintas razones, que se han recuperado de la enfermedad y gozan de inmunidad natural, que se han sometido a un esquema de vacunación distinto al reconocido por el Ministerio, que no porten el pase, etc.

Agrega que, de este modo, dicho actuar es arbitrario, ya que de acuerdo con los documentos científicos que se acompañan, que son de público conocimiento, dan cuenta que tanto los seropositivos al SARS-CoV-2 como los inmunizados mediante vacunas logran una inmunidad contra la enfermedad, acreditándose incluso que la inmunidad de los seropositivos es mayor y podría durar entre varios años hasta permanentemente. En ese sentido, refiere que existirían diversos estudios que darían cuenta que los anticuerpos generados tanto por las vacunas como por las personas que tuvieron SARS-CoV-2 tienen actividad neutralizante contra diversas cepas, cuestión que el “Certificado Digital Covid” para el libre desplazamiento de las personas entre los países miembros de la Unión Europea aplica tanto para las personas inoculadas como para aquellos que tengan una prueba PCR reciente que acredite que están sanos y a quienes cuenten con un certificado de anticuerpos por haber tenido la enfermedad, como es su caso, lo cual es concordante a su vez con lo señalado por el Consejo Asesor COVID-19 mediante documento emitido con fecha 26 de abril del 2020. Agrega que, respecto de los demás individuos, las vacunas tampoco impiden la infección por el virus, ni impiden volver a contagiarse.

Argumenta que la autoridad sanitaria intenta establecer como política pública el denominado “Pase de Movilidad” para presionar o inducir a las personas a que se vacunen, pero esta diferencia de trato entre quienes cuenten o no con el documento, no tiene una justificación razonable y objetiva con base científica aprobada por la OMS o sociedades científicas con estudios clínicos que acrediten

FXZYLFJRRX

la inmunidad que proporcionan las vacunas. Agrega los efectos adversos del confinamiento y restricciones de movilidad, y la contravención de la resolución impugnada con la ley 20.609.

Previas citas jurisprudenciales en torno al concepto de arbitrariedad, no discriminación e igualdad ante la ley, solicita que se acoja la presente acción y se deje sin efecto la Resolución Exenta N°740, de 13 de agosto de 2021, y se le condene a las costas de la causa.

A folio 3, se tuvo por interpuesto el presente recurso.

A folio 13, consta informe evacuado por Jorge Hübner Garretón, Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Salud, señalando en primer término las medidas adoptadas por la autoridad sanitara para el control del SARS-CoV-2, incluyendo en ellas 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, y las restricciones que deben soportar los recurrentes por decidir libremente no vacunarse no resultan ser ni desproporcionadas ni poco razonables por cuanto ha existido una campaña de inmunización y que el bienestar de la colectividad debe privilegiarse por sobre el interés individual.

Luego, señala que desde el 01 de octubre del 2021, el estado de excepción constitucional dejó de estar vigente así como la resolución exenta N°644, de 2021, del Ministerio de Salud, ello, entre otros motivos, por la evolución favorable que ha tenido el control de propagación del COVID-19 en nuestro país, y particularmente en atención al grado de avance en el proceso de vacunación, superando a la fecha el 80% de vacunación de la población objetivo. Indica que la resolución exenta N°994, al crear el pase del movilidad, “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 que aun no estando vigente dicho estado, las medidas sanitarias se fundan en carácter general de salud pública del artículo 19 N°1 y 9 de la Constitución, tratándose por tanto de una medida que tiene un

FXZYLFJRRX

propósito legítimo, es temporal, no discriminatoria y resulta ser proporcional y racional.

Continúa indicando que es un hecho público y notorio que el país se encuentra ante una pandemia que requiere de la adopción de múltiples medidas sanitarias para evitar su propagación, y desde febrero de 2020 se encuentra vigente en nuestro país una alerta sanitaria en virtud de las disposiciones del Código Sanitario dictado diversas resoluciones que contienen medidas sanitarias destinadas al control de lo anterior, pretendiendo la actora es que mediante esta acción se adopten políticas públicas que no es de competencia de esta sede, sino de quienes ejercen la Administración del Estado.

Respecto de la naturaleza de la acción de protección, se indica que esta no es de carácter popular y que es improcedente dado que el ámbito de aplicación se limita a aquellos actos cuya arbitrariedad o ilegalidad sobre derechos preexistentes e indubitados sean evidentes u ostensibles, los que no concurren en este caso.

No existe una acción u omisión ilegal o arbitraria dado que las medidas han sido dictadas en la esfera de las competencias que la ley ha establecido para el Ministerio de Salud y encontrándose vigente un estado de alerta sanitaria desde el 05 de febrero del 2020 a la fecha y por Resolución Exenta N° 994, de 2021, del Ministerio de Salud se estableció un 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 y señalando diversa jurisprudencia sobre el punto de las Cortes del país, junto con señalar una serie de datos sobre la efectividad del programa de vacunación contra el SARS-CoV-2 en nuestro país.

Finalmente, respecto a las alegaciones de vulneración a derechos o garantía constitucionales que se indican por la recurrente, indica que la amenaza que se cierne sobre la integridad física o psíquica de aquella persona, en cuyo favor se interpone la presente acción constitucional, no es imputable a su parte

FXZYLFJRRX

puesto que de lo expuesto es posible dilucidar que se han realizado todos los esfuerzos para gestionar los actos administrativos tendientes a velar e implementar las medidas sanitarias para el proceso de inmunización contra el SARS-COV-2. Luego, la libertad personal que pudiese tener un individuo para rechazar un tratamiento médico limita necesariamente a que dicha conducta no afecte la salud pública del colectivo, es decir de la comunidad y por tanto, el rechazo de la vacunación pone en riesgo la salud pública al impedir al colectivo alcanzar el porcentaje de inoculación científicamente exigido para conseguir el efecto de inmunidad colectiva, especialmente de aquellos en cuyo favor se dispone la vacuna a grupos de riesgo puesto que son considerados por la Autoridad Sanitaria como poblaciones de riesgo.

No señalando de manera clara cuál sería la forma en que las garantías constitucionales alegadas se estarían vulnerando, solicita que se rechace la presente acción, con costas atendido que el presente recurso ha sido deducido en reiteradas ocasiones, transformándola en una litigación temeraria.

Encontrándose en estado de ver, se agregó extraordinariamente a la tabla el presente recurso.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO

PRIMERO: El recurso de Protección de Garantías Constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que priva, o amenace ese atributo.

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

SEGUNDO: De lo anteriormente reflexionado, se desprende que es requisito indispensable de la acción de protección, la existencia de un acto u

FXZYLFJRRX

omisión arbitraria o ilegal, producto del mero capricho de quién incurre en él y que provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado, afectando a una o más de las garantías preexistentes protegidas, consideración que resulta básica para el examen y la decisión de cualquier recurso como el que se ha interpuesto.

TERCERO: Que el acto materia de este recurso dice relación con las infracciones a las garantías indicadas por el actor mediante la resolución recurrida y dictada por el Ministerio de Salud, en lo que dice relación con el establecimiento del denominado "Pase de Movilidad" y la discriminación que efectuaría aquella entre las personas con su plan de vacunación al día y quienes no lo tengan, situación que resultaría del todo arbitraria, conjuntamente con la extensión del estado de alerta sanitaria que propiciaría lo señalado, todo relacionado con Resolución Exenta N° 740, de 14 de agosto de 2021, que "modifica la resolución nº 644 exenta, de 2021, del ministerio de salud."

CUARTO: En este sentido, cabe señalar que, sin perjuicio que a la fecha de presentación del citado recurso, se encontraba vigente la resolución exenta N°740 de fecha 14 de agosto del 2021, al día de hoy aquel se encuentra sin efecto, siendo reemplazado en ese sentido tanto por el Decreto N°39 afecto de 15 de septiembre del 2021, que "prorroga vigencia del Decreto Nº4, de 2020, del Ministerio de Salud, que decreta alerta sanitaria por el período que se señala y otorga facultades extraordinarias que indica por emergencia de salud pública de importancia internacional (espii) por brote del nuevo coronavirus" y de la Resolución N°994 exenta de fecha 30 de septiembre del 2021 que "Establece Cuarto Plan 'Paso A Paso'2" y, en el numeral XVI de su capítulo I, establece un "pase de movilidad."

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

FXZYLFJRRX

constitucional, la autoridad sanitaria ha dictado la Resolución N°994 exenta de fecha 30 de septiembre del 2021, el cual viene a renovar y actualizar el denominado plan paso a paso, introduciendo en este sentido las respectivas actualizaciones al pase de movilidad, el cual "no afectará la movilidad de su titular, y producirá los efectos que explícitamente se señalen en los actos administrativos dictados por la autoridad sanitaria."

SEXTO: Como se ha señalado previamente, 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.

Lo anterior es particularmente relevante en el actual contexto de pandemia, donde la autoridad sanitaria debe procurar tomar las mejores decisiones en dichas materias y para lo cual mantiene un órgano consultivo de expertos en temas sanitarios, como es de público conocimiento. En esta línea, la Excelentísima Corte Suprema ha sostenido, en causa Rol 39.506-2020 que: *"Segundo: Que, no obstante, habiéndose declarado por el Presidente de la República el Estado de Catástrofe en todo el territorio nacional, es manifiesto que el mérito, oportunidad, conveniencia y eficacia de tales medidas queda radicado de manera privativa en las autoridades recurridas, toda vez que responden a la ejecución de una política pública de orden sanitario.*

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

Así las cosas, no se advierte algún actuar ilegal o arbitrario por parte del Ministerio de Salud en la dictación de la referida resolución, la que ha sido

FXZYLFJRRX

elaborada de conformidad a las atribuciones propias de la recurrida, mediante un acto legalmente tramitado y encontrando sus fundamentos normativos de conformidad a lo indicado en los considerandos cuarto y quinto de este fallo, contando además para ello con los recursos y asesoría técnica propia en materias sanitarias.

SÉPTIMO: De este modo, esta Corte rechazará la presente acción por considerar, en primer término, que la misma ha perdido oportunidad en relación con la resolución citada como fundamento de la misma según se ha establecido en el considerando cuarto de esta resolución, razón suficiente para adoptar dicha decisión.

Sin perjuicio, y a mayor abundamiento, la naturaleza del conflicto y lo solicitado por la parte recurrente en el fondo de su recurso, excede con creces la finalidad que persigue la acción de protección, ya que en contrario, podría implicar, en este caso, una arrogación de atribuciones que se encuentra radicada exclusivamente en el Poder Ejecutivo tal como se ha sostenido precedentemente, sin que ello importe, por cierto, una renuncia al ejercicio de las facultades conservadoras de derechos fundamentales que por ley se encarga a esta Corte en los supuestos establecidos en el artículo 20 de la Constitución Política, que en la especie, no concurren en esta ocasión al no existir un derecho indubitado que haya sido vulnerado por un actuar ilegal o arbitrario de la recurrida.

OCTAVO: A su vez, en causa Rol Nº78.839-2021, la Excma. Corte Suprema, confirmando una sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Coyhaique, en la misma materia, tuvo además presente, *"…Que las restricciones que deben soportar los recurrentes por no vacunarse no resultan desproporcionadas ni poco razonables, ya que el bienestar de la colectividad debe privilegiarse por sobre el interés individual de los actores*.", cuestión que además es compartida por estos sentenciadores.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República, y Acta N°94-2015 sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales**, se rechaza, sin costas** la acción interpuesta por Daniel Rodrigo Millán de Terán, en contra de Paula

FXZYLFJRRX

Graciela Daza Narbona, médico cirujano, en su calidad de Ministra (s) de Salud, por la dictación de la Resolución Exenta N° 740, de 13 de agosto de 2021.

Redacción a cargo del Ministro Jaime Vicente Meza Sáez.

Regístrese, comuníquese y archívese, en su oportunidad**.**

Rol Protección N°1172-2021.

Jorge Benito Pizarro Astudillo
Ministro
Fecha: 24/11/2021 15:54:45

Jaime Vicente Meza Saez
Ministro
Fecha: 24/11/2021 15:54:46

Mauricio Antonio Cardenas Garcia
ABOGADO
Fecha: 24/11/2021 15:50:52

FXZYLFJRRX

Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Puerto Montt integrada por los Ministros (as) Jorge Pizarro A., Jaime Vicente Meza S. y Abogado Integrante Mauricio Antonio Cardenas G. Puerto Montt, veinticuatro de noviembre de dos mil veintiuno.

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

FXZYLFJRRX

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.