

**ANUARIO
DE DERECHO
PÚBLICO**

2022

**UNIVERSIDAD
DIEGO
PORTALES**

VV.AA, Ediciones Universidad Diego Portales, Domingo Lovera (editor) /
Anuario de Derecho Público 2021

Santiago de Chile: la universidad: Facultad de Derecho de la universidad, 2021,
1ª edición, p. 674, 17 x 24 cm.

Dewey: 341.4810983

Cutter: An89

Colección Derecho

Incluye palabras de Decano de la facultad Jaime Couso Salas y Domingo Lovera Parro director del anuario. Con notas al pie.

Cátedra Jorge Huneeus Zegers “¿Hacia una transformación constitucional viable en Chile?” por Rosalind Dixon.

Materias:

COVID-19 (Enfermedad). Chile.
Derecho ambiental. Chile. Cambio climático.
Chile. Constitución 1980.
Reformas constitucionales. Chile.
Migrantes.
Derecho internacional. Chile.
Pandemia.
Estallido social. Chile.
Estados de excepción constitucional. Chile.
Prisioneros políticos. Chile.
Ahorro para el retiro.
Pensiones. Chile.

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2022

© Domingo Lovera (editor), 2022

© VV.AA., 2022

© Ediciones Universidad Diego Portales, 2022

Primera edición: diciembre de 2021

ISBN 978-956-314-506-9

Universidad Diego Portales
Dirección de Publicaciones
Av. Manuel Rodríguez Sur 415
Teléfono (56 2) 2676 2136
Santiago – Chile
www.ediciones.udp.cl

Diseño: Mg estudio

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S. A.

10. COMENTARIOS SOBRE LOS CUESTIONAMIENTOS AL PASE DE MOVILIDAD Y LAS RESPUESTAS DE LAS CORTES Y AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

*Carolina Carreño Orellana*¹

Resumen

Desde que se conoció la existencia del Covid-19, las autoridades nacionales implementaron un conjunto de iniciativas con el objetivo de proteger a la población (Plan de Acción Coronavirus). Una de esas medidas es el pase de movilidad instaurado en el año 2021 que aún se mantiene vigente y corresponde a documento que se entrega a todas las personas que completaron su proceso de vacunación contra el virus Covid-19. En un comienzo fue criticada por fomentar la movilidad y con ello aumentar el número de contagios. Mas adelante, la medida fue cuestionada vía administrativa y judicial atendiendo las prerrogativas de las autoridades y la eventual vulneración de derechos. Sin embargo, en la mayoría de los casos, las cortes han estimado que al resultar una medida de política pública en beneficio de la salud de la población ella no atenta arbitrariamente prerrogativas constitucionales.

En el presente texto, se revisarán los principales cuestionamientos al pase de movilidad y las respuestas de las autoridades administrativas y judiciales dictadas en el año 2021, haciendo especial énfasis en los argumentos a favor y en contra de la medida, y si ha existido alguna evolución de éstos a partir de sus primeras decisiones. Por último, se terminará con un apartado de conclusiones.

¹ Abogada. Magíster en Derecho Constitucional. Doctoranda en Derecho en la Universidad de Valparaíso. Docente de la cátedra de Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales en la Universidad Católica Cardenal Raúl Silva Henríquez. Correo: carolinacarenorellana@gmail.com

1. Introducción

El pase de movilidad es, a la fecha, un documento que se entrega a todas las personas que completaron su proceso de vacunación contra el virus Covid-19 y cumplieron los 14 días desde la segunda dosis de las vacunas Pfizer, Sinovac, AstraZeneca, SPUTNIK V y mRNA 1273 del laboratorio Moderna, y la dosis única de CanSino y Janssen; además de la dosis de refuerzo. Permite acceder a una serie de libertades durante la crisis sanitaria que aún se mantiene en nuestro país; entre ellos, realizar viajes mayores a 200 kilómetros en transporte público, ingresar a establecimientos cerrados y asistir a eventos masivos. El pase se obtiene a través de la lectura del código QR contenido en el comprobante de vacunación y es dinámico, es decir, se deshabilita si la persona es un caso confirmado, probable o contacto estrecho de alguien contagiado con covid-19.

Hace pocos días², el gobierno informó que este documento se les bloqueará a partir del mes de septiembre a todas las personas mayores de 18 años que no se hayan aplicado la tercera ni la cuarta dosis o si es que hubieran transcurrido más de seis meses desde la vacunación con la tercera dosis. Por ejemplo, si una persona mayor de edad se inoculó con su tercera dosis el 3 de marzo y aún no recibe la dosis de refuerzo, desde el 3 de septiembre su pase de movilidad estará vencido. En el caso de quienes no tengan este permiso, en reemplazo podrán presentar una prueba negativa de PCR o antígeno para SARS-CoV-2, de no más de 24 horas y hecha en un laboratorio certificado por el Instituto de Salud Pública (ISP)³.

Con todo, este documento no ha estado exento de cuestionamientos. En efecto, a partir de su puesta en marcha, en mayo del año 2021, al menos 9 sociedades médicas -a las que luego se les sumaría el Colegio Médico-, denunciaron que el pase de movilidad generaría un número mayor de contagios que el sistema de salud podría soportar, desatando confusión en la población, y generando “una sensación de seguridad que no es tal y que no va en línea de la comunicación de riesgo”⁴. La medida, que permitía aumentar la movilidad, no parecía prudente en un escenario con contagios en alza y la altísima ocupación de camas críticas amén de encontrarse en una nueva ola de contagios post segundo período estival en pandemia con un “permiso de vacaciones” auestas. Sin embargo, quienes defendían férreamente la iniciativa, hablaban de “premio” al esfuerzo de las personas

2 Fecha de referencia: 24 de agosto 2022.

3 Chileatiende.gob, Pase de movilidad, 14 de junio de 2022.

4 Infobae.cl, Polémica en Chile por el “pase de movilidad” para vacunados: críticas de organizaciones médicas y opositores, 25 de mayo de 2021

tras meses de confinamiento nacional y la necesidad de “empezar a buscar los equilibrios para las personas que tienen sus vacunas”⁵. Por lo demás se estimaba que las personas que se habían contagiado y se habían recuperado tenían una inmunidad suficiente para no enfermar a otros” por lo que “no tenía sentido mantenerlos con restricciones”⁶. Por otra parte, la medida -que había sido hasta entonces solicitada insistentemente- fue celebrada por los gremios de turismo y gastronomía para quienes un reinicio de las actividades por ese documento era “es una pequeña luz de esperanza”⁷ ya que era la forma en la que se reactivaban las actividades al aire libre y volvían a funcionar aquellos locales estimados como los más afectados por la pandemia.

Pero no sólo las autoridades administrativas se han pronunciado a propósito del pase de movilidad y sus consecuencias. En efecto, numerosos pronunciamientos de las cortes y de entidades administrativas se han referido -entre otros- a que las restricciones sanitarias que deben soportar los destinatarios de la medida por no vacunarse se justifican por razones de salud pública, por cuanto el bienestar de la colectividad debe privilegiarse por sobre el interés individual⁸.

5 Ex ministro del Interior, Rodrigo Delgado

6 Ex ministro de Salud, Jaime Mañalich

7 Presidente de la Federación de Empresas de Turismo de Chile (Fedetur), Ricardo Margulis

8 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 76.789-2021, 29-09-2021.

2. Antecedentes legales⁹

Hay que recordar que con fecha 30 de enero de 2020, el director general de la Organización Mundial de la Salud (OMS), declaró que el brote de COVID-19 constituía una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ES-PHI), de conformidad a lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento Sanitario Internacional, aprobado en nuestro país por el decreto supremo N° 230, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores. El 11 de marzo de 2020 la OMS concluyó que el COVID-19 puede considerarse como una pandemia y hasta la fecha, a nivel mundial, más de 500 millones de personas han sido confirmadas con la enfermedad, produciéndose más de 6,1 millones fallecidos. En Chile, hasta la fecha, más de 3,5 millones de personas han sido diagnosticadas con COVID-19, existiendo más de 57 mil personas fallecidas contagiadas por la enfermedad.

Con motivo de la pandemia, nuestro país entró en un período de cuarentena nacional. El gobierno anunció el miércoles 18 de marzo del año 2020 el “Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe” ante emergencia por coronavirus Covid-19”, que entró en vigencia desde las 00:00 horas del jueves 19 de marzo.

9 Otras normativas relacionadas: artículos 19 N° 1 y 9, 32 N° 5, 39, 40, 41 y 43 de la Constitución Política de la República; Ley N° 18.415, Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción; decreto con fuerza de ley N° 1-19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; decreto con fuerza de ley N° 725, de 1967, Código Sanitario; 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) y sus modificaciones; decreto N° 1, de 2021, del Ministerio de Salud, que prorroga vigencia del 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); decreto N° 24, de 2021, del Ministerio de Salud, que prorroga vigencia del 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); decreto supremo N° 156, de 2002, del Ministerio del Interior, que aprueba Plan Nacional de Protección Civil, y deroga decreto N° 155, de 1977, que aprobó el Plan Nacional de Emergencia modificado por los decretos supremos N° 38, de 2011 y N° 697, de 2015 y N° 642, de 2019, todos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública; decreto supremo N° 104, de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que declara estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile, y sus modificaciones; decretos supremos N°s 269, 400 y 646, de 2020, y N° 72, de 2021, todos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que prorrogan la declaración de estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile, por el lapso que indican; decreto supremo N° 107, de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que declara como zonas afectadas por catástrofe a las comunas que indica; en el decreto supremo N° 76, de 2021, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que extiende vigencia del decreto supremo N° 107, de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que declara como zonas afectadas por catástrofe a las comunas que indica; resoluciones exentas de 2020 y 2021, del Ministerio de Salud, que disponen medidas sanitarias que indica por brote de COVID-19; en el Of. Gab. Pres. N° 749, de 23 de junio de 2021, de S.E. el Presidente de la República; en el Of. 16.712, de 24 de junio de 2021, de la H. Cámara de Diputados; en el Oficio Reservado EMCO. DOPCON. III (R) 3550/1322/, MDN, de fecha 16 de junio de 2021, del Estado Mayor Conjunto del Ministerio de Defensa Nacional, y en la resolución N° 7, de 2019, de la Contraloría General de la República.

En términos normativos esta medida se encuentra regulada en la Constitución Política y la Ley N° 18.415 Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción Constitucional, la cual es declarada por el Presidente de la República mediante un decreto supremo firmado por los Ministros de Interior y Defensa, en caso de calamidad pública dentro de una determinada zona geográfica; por calamidad pública de causas humanas o naturales, de una magnitud tal que generen un grave daño al normal desarrollo de la vida social y la economía, afectando significativamente a personas o bienes dentro del territorio de la República. Los acontecimientos que motivan su declaración pueden ser variados y de amplio alcance, cubriendo sismos, inundaciones, sequías, epidemias o la provocación de una peste por obra de elementos químicos, biológicos o bacteriológicos, etc. Sin duda la pandemia Covid-19 está en esta categoría.

Desde el momento en que es declarado pueden restringirse las libertades de locomoción, reunión y el derecho de propiedad. Es designado un Jefe de la Defensa Nacional, quien tiene competencias legales para reponer la normalidad en la zona determinada y, además el Presidente de la República puede delegar en él otras atribuciones para ese mismo fin. Transcurridos 180 días desde su declaración -sin embargo, el Presidente ha señalado en este caso que son 90 días- el Congreso Nacional tiene la facultad de dejarla sin efecto, si es que las razones que la motivaron hubieren cesado en forma absoluta. El Presidente de la República, con acuerdo del Congreso Nacional, puede declarar el estado de catástrofe por más de un año. En cuanto a su tramitación, se establece que el Congreso sólo puede aceptar o rechazar la proposición, sin hacer modificaciones a la misma. Una vez declarado el “Estado de Catástrofe”, las zonas respectivas quedan bajo la dependencia inmediata del Jefe de la Defensa Nacional que designe el Presidente de la República, conforme con el inciso final del artículo 41 de la Constitución. Además, el inciso tercero del artículo 43 del texto constitucional establece que el presidente puede: restringir las libertades de locomoción y de reunión, disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad; y, adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada.

Por su parte, la Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción N° 18.415 establece en su artículo 6° que tales facultades pueden ser delegadas total o parcialmente por el Presidente de la República, en los jefes de la Defensa Nacional que él designe. Además, el artículo 7°, le entrega al jefe de la Defensa Nacional designado los siguientes deberes y atribuciones: asumir el mando de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública que se encuentren en la zona; controlar

la entrada y salida de la zona y el tránsito en ella; dictar medidas para la protección de las obras de arte y de los servicios de utilidad pública; centros mineros, industriales y otros; ordenar el acopio, almacenamiento o formación de reservas de alimentos, artículos y mercancías que se precisen para la atención y subsistencia de la población en la zona y controlar la entrada y salida de tales bienes; determinar la distribución o utilización gratuita u onerosa de los bienes referidos para el mantenimiento y subsistencia de la población de la zona afectada; establecer condiciones para la celebración de reuniones en lugares de uso público; impartir directamente instrucciones a todos los funcionarios del Estado, de sus empresas o de las municipalidades que se encuentren en la zona, con el exclusivo propósito de subsanar los efectos de la calamidad pública; difundir por los medios de comunicación social las informaciones necesarias para dar tranquilidad a la población; y, dictar las directrices e instrucciones necesarias para el mantenimiento del orden en la zona.

En materia sanitaria, le corresponde al Ministerio de Salud ejercer la función mandatada al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de toda persona enferma; así como de coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones¹⁰. En efecto, a esta Secretaría de Estado es a quien le corresponde ejercer la rectoría del sector salud y velar por la efectiva coordinación de las redes asistenciales, en todos sus niveles, debiendo realizar la vigilancia en salud pública y evaluar la situación de salud de la población. En el ejercicio de esta función, le compete mantener un adecuado sistema de vigilancia epidemiológica y control de enfermedades transmisibles y no transmisibles, investigar los brotes de enfermedades y coordinar la aplicación de medidas de control¹¹. En términos generales, a nivel normativo, el DFL N° 1¹² dispone que es función del Ministerio de Salud (Minsal) ejercer la rectoría del sector salud; asimismo, establece que le corresponde la dirección superior del Ministerio. Por su parte, los Libros I y II del Código Sanitario entregan a la autoridad sanitaria el control de las enfermedades transmisibles, entregando un amplio catálogo de facultades, ordinarias y extraordinarias, para hacer frente a dicho tipo de patologías y evitar su diseminación en la población.

10 Resolución exenta N° 785, del Ministerio de Salud, que Establece Plan “Seguimos cuidándonos, paso a paso”, de fecha 9 de junio de 2022.

11 Resolución exenta N° 785, del Ministerio de Salud, que Establece Plan “Seguimos cuidándonos, paso a paso”, de fecha 9 de junio de 2022.

12 Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud.

En materia laboral, el actual artículo 63 ter del Código del Trabajo (incorporado por la Ley N° 21.347 de junio de 2021), señala que en los casos de programas o campañas públicas de inmunización a través de vacunas u otros medios, para el control y prevención de enfermedades transmisibles, todo trabajador o toda trabajadora que se encuentre dentro de la población objetivo de dichas campañas tendrá derecho a medio día de permiso laboral para su vacunación. Luego, se trataría de un derecho establecido en favor de todo trabajador que se encuentra en el grupo objetivo específico. Con todo, respecto al pase de movilidad específicamente, la normativa laboral vigente no contiene ninguna regulación específica.

Luego, y a propósito de la pandemia, a la fecha se han dictado diversas resoluciones exentas del Ministerio de Salud, que disponen medidas sanitarias que indican por brote de COVID-19. Así, el 5 de febrero de 2020 el Minsal dictó el decreto N° 4, que estableció Alerta Sanitaria y otorgó facultades extraordinarias por Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII) por brote del nuevo coronavirus (2019-NCOV). La vigencia de dicho decreto fue prorrogada en virtud de los decretos N°s. 1, 24, 39 y 52, todos de 2021, y N° 31, del Ministerio de Salud, hasta el 30 de septiembre de 2022. Dicho decreto N° 4 entregó facultades extraordinarias a ese Ministerio y a los organismos descentralizados de su dependencia¹³ como, por ejemplo, la entrega facultades a la autoridad sanitaria para -entre otras cosas- evitar aglomeraciones y disponer medidas sanitarias que mitiguen la posibilidad de contagio del SARS-COV-2 entre la población, así como todas aquellas necesarias para el testeo, trazabilidad, aislamiento, tratamiento y recuperación asociados al COVID-19. No hay que olvidar que todo lo anterior se ejecuta en función del deber constitucional que tiene el Estado de garantizar el derecho a la vida y a la integridad física y síquica de la persona, así como el derecho a la protección de salud, garantías consagradas en los artículos 19, N° 1, y N° 9 de nuestra actual Carta Fundamental.

Ese mismo año, a través de la resolución exenta N° 591, se dispuso el plan “Paso a Paso”, el cual estableció diversas medidas sanitarias según la situación epidemiológica del país. En el año 2021, en enero, la resolución exenta N° 43, de 2021 dispuso medidas sanitarias por brote de COVID-19 y estableció un nuevo plan “Paso a Paso”. Luego, en el mes de julio, mediante la resolución N° 644 de 2021 se estableció el Tercer Plan Paso a Paso y en octubre del mismo año se dispuso el Cuarto Plan “Paso a Paso” aprobado por resolución exenta N° 994 de 30 de septiembre de 2021.

13 Así, para el ejercicio de dichas facultades es necesaria la dictación de un acto administrativo que deje constancia, permitiendo la ejecución de las medidas que ahí se disponen. Asimismo, debido a que el brote de COVID-19 afecta a todo el país, las medidas que se dispongan deben ser aplicadas en todo el territorio nacional o en la parte del territorio que se determine.

Al año siguiente, se instaló el Plan “Seguimos cuidándonos paso a paso”, mediante resolución exenta N°494 de abril del 2022. A agosto del año 2022, y ante el que considera un comportamiento dinámico de la pandemia, la autoridad ha estimado necesaria la actualización de las medidas sanitarias adoptadas por el Minsal por medio de la resolución exenta N° 785 que modificó la anterior. Pero en cuanto al pase de movilidad, de acuerdo con ella, sigue siendo requerido para el ingreso a cualquier establecimiento cerrado y la asistencia a eventos masivos, en todas las Fases sin distinción¹⁴. Esta decisión se ha debido al hecho de que la autoridad continúa considerándola una herramienta relevante para apoyar la política de vacunación en el país con el objetivo que la población avance en su calendario de inoculaciones. Entonces, para acceder a cualquier recinto con afluencia de público, por un tiempo prolongado, pasa a ser responsabilidad de la administración de cada establecimiento o de los organizadores de la actividad informar sobre la exigencia del pase de movilidad, junto con deber de solicitarlo para el ingreso certificando además que las personas que ingresan son las que porten dicho pase. Eso sí dejan de exigirse en los establecimientos educacionales y lugares de trabajo y se entenderá recinto con afluencia de público por un tiempo prolongado todo aquel lugar donde las personas permanezcan habitualmente por un tiempo mayor a una hora, tales como restaurantes, cafés, centros deportivos, centros de eventos, teatros, cines, circos, lugares de culto, casinos de juego, entre otros (quedando de esta definición los supermercados, mercados y centros comerciales). Por último, se puede ser usado como sustituto del pase una prueba de PCR o antígeno para SARS-CoV-2 negativa de no más de 24 horas, realizada en un laboratorio adecuadamente certificado por el ISP acorde a la normativa vigente¹⁵.

3. Resoluciones de autoridad

3.1 Decisiones administrativas

La Dirección del Trabajo (DT) se ha referido en varias oportunidades a propósito del período de cuarentena vivido en nuestro país y, en especial, a las implicancias que ha tenido para los trabajadores de la medida del pase de movilidad.

En aquel año, especialmente complejo a consecuencia de la pandemia, la DT señaló en varias oportunidades que pese a que la carencia de vacunación contra el Covid-19 revocaba el pase de movilidad, la falta de inoculaciones no podría impedir el retorno de trabajadores según el pronunciamiento la entidad fiscalizadora.

14 Resolución exenta N° 785, del Ministerio de Salud, que Establece Plan “Seguimos cuidándonos, paso a paso”, de fecha 9 de junio de 2022.

15 Minsal.gob., Plan Seguimos cuidándonos, paso a paso. Versión actualizada al 14 de junio de 2022.

Con relación a ello, y ahora respecto a la vacunación, resolvió que los empleadores no se encuentran facultados para exigir a los trabajadores bajo su dependencia someterse al proceso de vacunación en contra del virus Covid-19¹⁶. Lo anterior, al tenor de lo dispuesto en Dictamen N°482/09 de 23.03.2022 emitido por la misma Dirección del Trabajo.

En cierta oportunidad, la DT emitió un pronunciamiento que señala que siendo la vacunación contra el virus SARS-CoV-2 un acto voluntario para los trabajadores, según informa el Ministerio de Salud, el empleador no podría impedir el ingreso de los dependientes a su lugar de trabajo invocando la falta de vacunación, sin incurrir en un incumplimiento de su obligación de proporcionar el trabajo convenido¹⁷. En otras palabras, la falta de vacunación, en opinión de la Dirección del Trabajo, no es suficiente para que el empleador no cumpla con su obligación de otorgar el trabajo convenido, impidiendo el ingreso de un trabajador. En otros casos, ha dejado a la determinación de lo señalado por el Minsal. Por ejemplo, cuando se le consultó la posibilidad de que una funcionaria regida por la Ley N°19.378, que se desempeñaba para una corporación municipal, prestara servicios bajo la modalidad de teletrabajo, durante la emergencia sanitaria¹⁸

Un caso interesante se vio a propósito de una consulta realizada por una corporación municipal, para que la DT estimara si acaso los trabajadores que se encontraban en grupos de riesgo podían prestar sus servicios de manera presencial, luego de ser vacunados contra el COVID-19; si el empleador podía exigir a sus dependientes una constancia de haberse vacunado contra el COVID-19, para permitirles ingresar a sus lugares de trabajo; y si era posible descontar remuneraciones por días no trabajados las personas que no pertenecen a grupos de riesgo y que se niegan a presentarse a trabajar¹⁹. Sobre la primera consulta, la DT señaló que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 184 inciso primero y segundo del Código del Trabajo, el empleador estaba “obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales. Asimismo, debe prestar o garantizar los elementos necesarios para que los trabajadores en caso de accidente o emergencia

16 Dirección del Trabajo, Ordinario N° 629, 18-04-2021.

17 Dirección del Trabajo, Ordinario N° 1187, 01-04-2021.

18 Dirección del Trabajo, Ordinario N° 302, 18-02-2022.

19 Dirección del Trabajo, Ordinario N° 1187, 01-04-2021.

puedan acceder a una oportuna y adecuada atención médica, hospitalaria y farmacéutica”²⁰. En consecuencia, correspondía al empleador, en razón de su obligación de velar por la seguridad y salud de sus trabajadores, tomar las medidas que fueran necesarias para cumplir con los protocolos y directrices establecidas por la autoridad sanitaria, las cuales adopta en virtud de la facultad de administrar su empresa, por lo que la materia sometida a consideración de la Dirección no es de su competencia. Sin embargo, y en razón de la referida obligación, al ponderar el retorno a labores presenciales de sus trabajadores el empleador debía considerar el acatamiento de las orientaciones sanitarias del Ministerio de Salud.

En relación con la segunda pregunta, expuso que el Dictamen N°3.494/266 del 30 de julio de 1998, la DT ha asentado que el contrato de trabajo es un contrato bilateral que genera obligaciones para ambas partes. Así, tratándose del empleador, estas obligaciones consisten fundamentalmente, en proporcionar al trabajador, el trabajo convenido y en pagar por ese trabajo la remuneración estipulada, y tratándose del trabajador su principal obligación consiste en ejecutar la labor o servicio para el cual fue contratado. De esta forma, si el empleador no proporcionaba el trabajo convenido, fuera de importar un incumplimiento del contrato de trabajo, le asistía la obligación de pagar la remuneración correspondiente al período no trabajado. Luego, aplicando lo expuesto al caso planteado, señaló que, siendo la vacunación contra el Covid-19 un acto voluntario para los trabajadores (según informa en su página web el Ministerio de Salud), el empleador no podía impedir el ingreso de los dependientes a su lugar de trabajo invocando la falta de vacunación, sin incurrir en un incumplimiento de su obligación de proporcionar el trabajo convenido. Y termina reforzando la conclusión anterior con la jurisprudencia contenida en el Dictamen N°2.968/117 del 20 mayo de 1996, en cuanto indica que, siendo obligaciones del empleador proporcionar el trabajo convenido y pagar la remuneración correspondiente, no puede exonerarse de ellas sino en el evento de fuerza mayor o caso fortuito definido en el artículo 45 del Código Civil, esto es, cuando ocurra un imprevisto a que no es posible resistir. Por último, en lo que respecta a la tercera interrogante, precisa que su resolución implicaría establecer la configuración de una ausencia injustificada de los trabajadores a sus labores, no resultando jurídicamente procedente que la Dirección se pronuncie a priori o

20 Agregó que la jurisprudencia administrativa de la Dirección, contenida en el Dictamen N°1.116/4 del 6 de marzo 2020, en base a lo dispuesto por el artículo 184 del Código del Trabajo, ha referido que, considerando las especiales circunstancias del caso que nos convoca (Covid-19), las manifestaciones del deber general de protección incluyen tanto la obligación de proporcionar efectiva y oportunamente a los trabajadores información actualizada que emane de la autoridad sanitaria u otra competente que diga relación con la prevención y contención del virus como el control eficaz de las medidas al interior de la empresa, a objeto de lograr la real aplicación de las mismas entre los trabajadores.

de modo genérico sobre materias determinadas sin contar con los antecedentes que permitan circunscribir el análisis a una situación particular²¹.

Con todo, en otras oportunidades fue más allá. En efecto, en febrero de ese mismo año²² declaró –como en tantas otras oportunidades– incompetente para pronunciarse si es que un empleador tiene o no facultades para exigir a sus trabajadores/as estar vacunados, o bien, para exigir la exhibición de pase de movilidad activo. Pero además dejó en claro que (i) el proceso de vacunación es voluntario; y (ii) sólo el presidente de la República es quien tiene la potestad para obligar a la población –o a parte de esta– a vacunarse conforme lo dispuesto en el artículo 32 del Código Sanitario. Esta decisión ha sido bien discutida atendida la estricta legalidad en desmedro de la vida y salud de los trabajadores, ya que si bien podría –la DT– tomar una postura distinta o jugar un rol definitorio respecto de la ponderación entre la norma específica laboral (artículo 184 del Código del Trabajo) y sus alcances frente al régimen legalista que define el Código Sanitario, prefiere excusarse en la legalidad²³.

3.2 Jurisprudencia

Bastante copiosa ha sido la actividad de las cortes en materia de derechos fundamentales en relación con la pandemia. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Coihaique²⁴ se ha pronunciado respecto de la alerta sanitaria estimando que la prórroga de vigencia de la alerta sanitaria no ha constituido un actuar arbitrario o ilegal, ya que esta se encuentra habilitada para disponer restricciones a quien decide no vacunarse. A similar decisión llegó en otra oportunidad la Corte de Apelaciones de Chillán²⁵. Por su parte, la Corte de Apelaciones de Concepción²⁶ resolvió que las restricciones sanitarias que debían soportar los recurrentes por no vacunarse se justificaban por razones de salud pública, por cuanto el bienestar de la colectividad debía necesariamente privilegiarse por sobre el interés individual.

Por su parte, la Corte Suprema, en la mayoría de los casos se ha inclinado por

21 Diariocnstitucional.cl, El empleador que impide el ingreso de los dependientes a su lugar de trabajo, invocando la falta de vacunación contra el COVID-19, incurre en un incumplimiento de la obligación de proporcionar el trabajo convenido, 29-04-2021.

22 Dirección del Trabajo, Ordinario N° 190, 09-01-2020.

23 Diariocnstitucional.cl, El empleador que impide el ingreso de los dependientes a su lugar de trabajo, invocando la falta de vacunación contra el COVID-19, incurre en un incumplimiento de la obligación de proporcionar el trabajo convenido, 29-04-2021.

24 Corte de Apelaciones de Coihaique, Rol N° 86.019-2021, 18-11-2021.

25 Corte de Apelaciones de Chillán, Rol N° 75.172-2021, 28-09-2021.

26 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 76.789-2021, 29-09-2021.

estimar que la implementación del pase no ha constituido un actuar arbitrario de la autoridad sanitaria²⁷ pues “se accionó dentro de sus facultades legales, basadas en evidencia científica y en resguardo de la salud de la población”²⁸. De ese modo la aplicación del documento no implicaba “una actitud irrespetuosa” que afectaba “la vida privada y a la honra de las personas y familias”. Por lo demás, que tanto el pase como sus requisitos y el tratamiento de vacunación, habían sido “implementados por la autoridad sanitaria, incluido el Instituto de Salud Pública, junto a un Comité de Expertos compuesto por profesionales reconocidos en el área”. En ese sentido, “la implementación del plan de vacunación tiene como objetivo general 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, definidos por las condiciones biomédicas asociadas a mayor riesgo de muerte y complicaciones causadas o secundarias a infección por Covid-19”. Por último, le entregó su respaldo a la medida señalando 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”²⁹.

En otra oportunidad, confirmó la sentencia de primera instancia que desestimó el recurso de protección interpuesto por un pastor evangélico³⁰ en contra del Ministerio de Salud y del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, por la dictación de la resolución que limitó el aforo de los cultos religiosos a un máximo de 10 personas en espacios cerrados y 20 en espacios abiertos en las comunas en cuarentena, y a un máximo de 20 personas en espacios cerrados y 40 personas en espacios abiertos en las comunas en transición, imponiendo otras exigencias

27 Corte Suprema, Rol N° 78.839-2021, 19-10-2021.

28 Corte Suprema, Rol N° 66.424-2021, 02-02-2022.

29 Corte Suprema, Rol N° 66.424-2021, 02-02-2022.

30 El actor denunció la vulneración de los derechos a la igualdad ante la ley, libertad de conciencia y la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio; por cuanto el acto impugnado limita la posibilidad real de participar presencialmente a un culto religioso al imponer como condición para participar el tener que asistir al ministro de culto respectivo, y que éste emita y envíe un certificado al Ministerio del Interior antes de cada ceremonia. Alegó que ello constituye una ilegítima intromisión en la autonomía que el ordenamiento jurídico les reconoce a las entidades religiosas; y, encontrándose las actividades de culto religioso en equivalente situación de riesgo sanitario que el resto de las actividades consideradas esenciales por la autoridad sanitaria constituye una discriminación manifestamente arbitraria que se le impongan condiciones y exigencias más rigurosas que al resto de ellas. Por su parte, Los recurridos informaron que el Ministerio de Salud adoptó una serie de nuevas medidas del Plan Paso a Paso y que, a la fecha de la interposición del recurso regían las medidas reprochadas, precisando que los fieles que desean acudir al servicio religioso sólo deben obtener los permisos de desplazamientos que el instructivo establece.

adicionales³¹. La Corte de San Miguel rechazó la acción constitucional, argumentando que la situación fáctica reclamada había cambiado y que, sin perjuicio de ello, las medidas cuestionadas integraban una política pública para enfrentar la emergencia sanitaria provocada por la enfermedad del Covid-19, siendo adoptadas por la autoridad competente, en uso de sus atribuciones legales y con suficiente fundamento, de modo que no se apreciaba arbitrariedad ni ilegalidad alguna. Conociendo la sentencia en alzada, el máximo Tribunal hizo presente que, a la fecha de la interposición del arbitrio, la Región Metropolitana se encontraba en fase 4 según el Plan Paso a Paso, lo que implicaba que podían asistir a los cultos en lugares cerrados un máximo de 250 personas y hasta 1000 con pase de movilidad. A su vez, en lugares abiertos, si no se exigía el pase de movilidad se permitían hasta 500 personas, y 5.000 si contaban con dicho pase. En mérito de lo anterior, sostuvo que no existían medidas que podía adoptar, pues la acción había perdido oportunidad; razón por la cual confirmó la sentencia dictada por la Corte de San Miguel.

Sin embargo, en otras oportunidades, se ha pronunciado en contra de las medidas sanitarias, aunque se trata más bien de situaciones casuísticas. Así, acogió a trámite un recurso de protección³² interpuesto en contra del Seremi de Salud y del presidente de la República por establecer pase de movilidad, en el cual la actora alegó ser discriminatorio e ineficaz para disminuir contagios. En su libelo, la recurrente explicó que la Resolución N°644, disponía el pase de movilidad para quienes hubiesen completado su esquema de vacunación hace al menos 14 días y no estuviesen afectos a cuarentena o aislamiento. Ello, permitiendo a los titulares desplazarse libremente dentro y fuera del país, y concurrir a ciertos lugares, como conciertos masivos o a centros comerciales. Arguyó que el acto denunciado era ilegal y arbitrario, pues contravenía la política pública sanitaria que incentivaba el aislamiento social para prevenir mayores contagios de Covid-19, por cuanto el referido pase permitiría a sus beneficiarios movilizarse sin restricciones, pudiendo derivar en un aumento significativo de casos activos de este virus. Además, sostuvo que la medida impugnada disponía un trato discriminatorio en perjuicio de las personas no vacunadas, los que eran segregados y privados de ejercer derechos constitucionales básicos, aun cuando fuesen personas sanas, quienes voluntariamente hubiesen decidido no inocularse por temas de credo o inseguridad. Denunció la vulneración de las garantías consagradas en el artículo 19, N°1,

31 Corte Suprema Rol N°69.508-2021, 12-10-2021.

32 Corte Suprema Rol N° 63.370-2021, 31-08-2021.

Nº2, Nº4, Nº6, Nº7, Nº16, Nº21 y Nº22 de la Constitución; y solicitó se dejara sin efecto el pase de movilidad. La Corte de Santiago había declarado inadmisble la acción, al estimar que los hechos descritos en la presentación y las peticiones que se formulan excedían las materias que debían ser conocidas por el presente recurso atendida su naturaleza cautelar, al tratarse de impugnar por esta vía una decisión que forma parte de las políticas públicas dictadas por la autoridad competente en contexto de la emergencia sanitaria que se vive a nivel nacional y mundial, razón que impide que sea admitido a tramitación. Por su parte, la Corte Suprema revocó la resolución y declaró admisible el recurso, al considerar que del mérito de los antecedentes aparecía de manifiesto que en el libelo se habían mencionado hechos que eventualmente podían constituir una vulneración de las garantías fundamentales indicadas en el artículo 20 de la Constitución, razón por la que el recurso debía ser acogido.

En otro caso, revocó la resolución pronunciada por la Corte de Valparaíso, y declaró admisible el recurso de protección deducido por un cliente en contra de Sportlife por exigir el pase de movilidad a sus clientes para ingresar a los establecimientos³³. En su libelo, el actor expuso, entre otras consideraciones³⁴, que el gimnasio exigía a sus socios tener su proceso de vacunación completo para poder ingresar a sus dependencias, lo cual estimaba una alteración unilateral del contrato injustificada y arbitraria, por cuanto excluía a las personas “no vacunadas” de actividades legítimas y convenidas por la recurrida. La Corte de Valparaíso declaró inadmisble el recurso de protección, al advertir que éste no “denuncia un actuar ilegal o arbitrario de la recurrida, sino que dice relación con las políticas públicas adoptadas por el Ejecutivo, en el contexto de la situación sanitaria de pandemia que aqueja al país, en las cuales no corresponde a los Tribunales de Justicia intervenir”. Por su parte, la Corte Suprema revocó la resolución y declaró admisible el recurso, al considerar que del mérito de los antecedentes aparecía de manifiesto que en el libelo se habían mencionado hechos que eventualmente podían constituir una vulneración de las garantías fundamentales indicadas en el artículo 20 de la Constitución, razón por la que el recurso debía ser acogido.

33 Corte Suprema Rol Nº 65.492-2021, 07-09-2021.

34 Refirió que dicha medida carecía de sustento científico, desde que las personas vacunadas sí se podían contagiar de Covid-19, pero aun así la autoridad les otorgaba privilegios, como la libre concurrencia a un gimnasio, en circunstancias en que los no vacunados estaban en las mismas condiciones sanitarias de un posible contagio. Arguyó que la medida impugnada era excesiva, ya que excluía grupos de personas que no podían elegir entre estar vacunados o no, como menores de edad que no se desplazaban acompañados de adultos vacunados, mujeres embarazadas, objeciones de conciencia, entre otros. Por ello, denunciaba la vulneración de las garantías reconocidas en el artículo 19 Nº2, y Nº24 de la Constitución; y solicitaba se le autorizara el acceso a los establecimientos del gimnasio.

4. Conclusiones

Es probable que aún quede un tiempo para que en nuestro país demos por superada la pandemia provocada por el virus Covid 19 y sus mutaciones. Mientras tanto, las autoridades intentan frenar y reducir los contagios a través de diversas medidas, las cuales con los meses han ido mutando según el nivel de gravedad y propagación. Por su parte, la legislación establece que las autoridades sanitarias poseen las prerrogativas para hacer efectiva toda indicación necesaria a la ciudadanía, mientras que las autoridades administrativas en materia laboral se manejan entre los derechos de los empleados y la salud pública. A su vez, las cortes en su gran mayoría han apoyado las restricciones impuestas ya que han entendido que estas no constituyen un acto arbitrario o ilegal que atente contra un derecho fundamental. Con todo, ha habido casos en los cuales sí ha acogido recursos de protección entendiendo que la medida sanitaria vulneraría algunas prerrogativas.

Es posible concluir que las decisiones de las cortes han ido en consonancia del principio de proporcionalidad, evaluando el caso concreto y, en particular, la actividad específica que realiza la persona o trabajador. En efecto, es evidentemente distinta la situación tratándose de personas que alegan que su movilidad se ve restringida por el pase de movilidad en el caso que alega no poder ir de vacaciones, el personal de salud que atiende directamente niños, personas adultas y ancianos, versus situaciones que puedan menoscabar el derecho de las personas como puede ser consultar al trabajador si se encuentra contagiado del virus ya que ello constituye una vulneración de la ley sobre Protección de la Vida Privada” (ley 19.628) recae sobre un “dato sensible”, el cual no puede ser objeto de “tratamiento”, salvo que el titular (trabajador) lo autorice expresamente. En otras palabras, el trabajador de acuerdo a la actual normativa puede negarse a proporcionar esta información al empleador. En caso de infracción a este derecho, el trabajador puede formular una denuncia a la Dirección del Trabajo a objeto que inicie un procedimiento de fiscalización. Con todo, creo tanto las autoridades administrativas como las cortes han estado a la altura de las circunstancias respondiendo razonablemente a los casos que se les ha presentado, siempre considerando como valor fundamental, la protección del bien general de la comunidad. Esperemos que, en la medida que las circunstancias así lo permitan, pronto puedan ser levantadas las restricciones que se encuentran vigentes.