

Secretaría Especial

Recurso Protección

Nº Ingreso: 37.191-2021

EN LO PRINCIPAL: Evacúa Informe; **EN EL OTROSÍ:** Acompaña documentos.

ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

Cristian Arroyo Barreto y **Rodrigo Reyes Barrientos**, ambos abogados, en representación de la **CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL**, órgano recurrido en autos, encargado de redactar una nueva Constitución Política de la República, según lo preceptuado en el inciso 3º del artículo 131 y siguientes de la Carta Fundamental, todos domiciliados para estos efectos en calle Compañía de Jesús Nº 1131, Piso 1, comuna de Santiago (Edificio Ex Congreso Nacional), en autos sobre Recurso de Protección, **Ingreso Nº 37.191.2021**, caratulados **████████████████████**”, a S.S. Iltma. respetuosamente decimos:

Que, estando dentro de plazo, y en representación de la Convención Constitucional, por este acto venimos en evacuar el informe solicitado mediante resolución de fecha 22 de septiembre de 2021, ajustándonos a la ampliación de plazo para informar conferida por resolución de fecha 12 de noviembre de 2021, formulando los descargos y observaciones respecto al Recurso de Protección deducido por don **████████████████████** **████████** **████████** Convencional Constituyente, en contra de la **CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL**, en virtud de lo señalado en el Art. 20 de la Constitución Política de la República, con motivo de la decisión, previa deliberación por parte de los Convencionales Constituyentes, adoptada en el Pleno de la Sesión Ordinaria Nº 5 de 13 de julio de 2021, en la que se discutió el Protocolo Sanitario para la Convención Constitucional, derivado de la pandemia por Covid-19, protocolo que incluía la recomendación de toma de test PCR para los convencionales constituyentes, sus asesores, personal administrativo/as, y funcionarios de cualquier índole que hicieran ingreso al recinto de la Convención Constitucional, al inicio de cada semana, testeo de egreso finalizada la jornada semanal y/o frente al retorno de integrantes de la Convención a sus localidades, solicitando que dicho recurso de protección sea rechazado en todas sus partes, con costas, por las consideraciones de hecho y de derecho que a continuación pasamos a exponer.

EN CUANTO A LOS HECHOS

1.- Con fecha 7 de julio de 2021, el Colegio Médico levantó un "Informe Visita Edificio Ex Congreso Nacional Implementación Medidas Sanitarias de Prevención COVID-19", en el cual constata en el punto de ingreso al edificio, que *"No hay protocolo escrito frente a detección de caso o contacto. Se recomienda contar con protocolo escrito que defina: 1.- conducta a seguir incluyendo derivación a centro asistencial o domicilio, forma de traslado seguro, notificación a comité COVID CC y trazabilidad si corresponde, y además 2.- definir un responsable de cumplir y supervisar el flujo del triage. Se propone trabajar este punto en conjunto con equipo de prevención de riesgo"*.

2.- A su turno, la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana (en adelante SEREMI de Salud), con fecha 7 de julio de 2021, también estuvo presente en la visita al edificio que constituye el lugar de trabajo de esta Convención.

3.- Con fecha 8 de julio de 2021, mediante Ord. N° 2191, la SEREMI de Salud, formuló una serie de recomendaciones sanitarias a la Convención Constitucional, manifestando que *"en atención a la visita inspectiva que esta SEREMI de Salud realizó el día de hoy, 07.07.2021, en compañía del Subsecretario Máximo Pávez Cantillano, de la Secretaría General de la Presidencia (SEGPRES), informo a usted que se inspeccionaron las diferentes instalaciones del Ex Congreso Nacional, que serían utilizadas por los integrantes de la Convención de Constituyentes, (...). No obstante lo anterior, esta Autoridad Sanitaria indicó las siguientes recomendaciones, las que se consideran fundamentales y que se deben mantener de manera permanente:*

(...)

6. Implementar un protocolo para la detección de convencionales, funcionarios u otros asistentes, que presenten algún síntoma que pudiese ser asociado a COVID-19, a objeto que se arbitren las medidas de prevención correspondientes."

4.- Por otra parte, conforme al informe levantado por el Ministerio de Salud, relativo a la situación epidemiológica del país, sobre la base de la información actualizada de COVID-19 en Chile, considerando los datos disponibles hasta el 8 de julio de 2021 a las 04:00 horas, que daba cuenta de la información sanitaria de ese momento, a nivel país, advertía un total de 1.899.123 casos acumulados (confirmados y probables) por Covid 19. Asimismo, respecto de la Región Metropolitana, el informe evidenciaba lo siguiente: Casos notificados 649.352; Tasa de incidencia acumulada 9.894,5; casos fallecidos 22.615; tasa de mortalidad 278,3; y tasa de letalidad 2,8%.

5.- Posteriormente, teniendo en cuenta la situación sanitaria existente a principios del mes de julio de 2021¹, y que la comuna de Santiago estuvo confinada desde el 18 de marzo al 1 de julio y los vacunados con dos dosis al 8 de julio alcanzaban casi el 60% de la población objetiva, como asimismo, las recomendaciones anteriores derivadas de las visitas e inspecciones realizadas tanto por la SEREMI de Salud de la R.M y del Colegio Médico, esta Convención en la Sesión de Pleno N° 5, celebrada el 13 de julio de 2021, sometió a discusión y votación la "Propuesta de Protocolo Covid", primero se votó en general la propuesta de protocolo, excluido el test PCR.

6.- Con 142 votos a favor, la Convención Constitucional aprobó, en general, el protocolo sanitario elaborado especialmente para este órgano, por el Colegio Médico, Sociedad Chilena de Epidemiología y Sociedad Chilena de Salubridad, es decir, por sociedades científicas de comprobado prestigio y rigurosidad, junto a un equipo de expertos para el funcionamiento de esta Convención Constitucional.

7.- En lo relativo a los protocolos de testeo (entrada y salida), el documento anterior, denominado "PROTOCOLO SANITARIO PARA LA CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL DE CHILE, EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA POR COVID-19", en su página 8, señalaba lo siguiente:

"Tanto los convencionales constituyentes, sus asesores, personal administrativo/as, y funcionarios de cualquier índole que hagan ingreso al recinto deberán seguir un protocolo de testeo basado en test rt-PCR COVID-19, que comprende:

- 1. Testeo de ingreso al inicio de cada semana.*
- 2. Testeo de egreso finalizada la jornada semanal y/o frente al retorno de integrantes de la convención a sus localidades.*
- 3. En caso de que personas presenten síntomas sospechosos o hayan sido contacto estrecho de un caso confirmado o probable, se deberá coordinar acciones de testeo basado en protocolos de atención de casos y búsqueda de contactos, establecido por la autoridad sanitaria, cuyo seguimiento y manejo inicial recaerá sobre el equipo encargado del TRIAGE."*

8.- Se hace presente que, pese a que la medida impugnada se encontraba contenida en el texto del protocolo señalado, se acordó discutirla y someterla a votación por separado, lo que tuvo lugar en la misma Sesión de Pleno N° 5, celebrada el 13 de julio de 2021, siendo

¹ Reporte Sanitario MINSAL de 8 de julio de 2021.

Casos nuevos: 3.193 casos nuevos (2.160 casos con síntomas, 853 casos asintomáticos y 180 sin notificar).

Casos totales: 1.579.591

Casos activos: 17.590 activos

Pacientes recuperados: 1.527.050

Nuevos fallecidos: 186

Total de fallecidos: 33.514

en definitiva aprobada, en los términos indicados en la página 8 del Protocolo Sanitario, con el siguiente resultado:

"El señor JOHN SMOK (Secretario provisional).- Ahora corresponde votar el punto específico de la obligatoriedad de la toma de examen PCR, en los términos planteados en la página 8 del protocolo. Quienes votan a favor, lo hacen por la obligatoriedad del examen PCR, en los términos en que está plantado en el protocolo; quienes votan en contra, lo hacen por no considerar esa obligatoriedad que está en el protocolo.

*En votación. -Efectuada la votación en forma económica, por el sistema electrónico, dio el siguiente resultado: **a favor, 78 votos; en contra, 56 votos. Hubo 8 abstenciones**".*

9.- La adopción de dicha medida fue previamente discutida y precedida de debate por los Convencionales Constituyentes, contando con la posibilidad de ejercer su derecho a voz y voto, pudiendo manifestar lo que estimaron pertinente al efecto y así consta en el acta de la citada sesión que se acompaña en esta presentación.

10.- No obstante lo anterior, habida cuenta de la legitimidad del mecanismo de aprobación de una decisión de un cuerpo colegiado, del cual por lo demás es miembro el recurrente, esto es, el Convencional Constituyente Sr. [REDACTED], quien decidió votar en contra de la medida y luego de haber sido acordada por el Pleno, procedió a interponer el presente recurso de protección en contra de la decisión de la Convención Constitucional.

11.- Finalmente, hacemos presente a S.S. Iltma., que previa iniciativa por parte de la Mesa Directiva efectuada el 22 de octubre de 2021, la Convención Constitucional, en la sesión ordinaria de Pleno N° 36, celebrada con fecha 28 de octubre de 2021, sometió a consideración de todos los Convencionales Constituyentes una propuesta de modificación al protocolo Covid, en lo que respecta a dejar sin efecto la medida de toma de muestras mediante test PCR, para detectar eventuales contagios de Covid 19, debido a que nunca fue aplicada con carácter de obligatoriedad, motivo por el cual, luego de la deliberación correspondiente, fue dejada sin efecto, por 143 votos a favor, 2 en contra y 1 abstención, conforme consta en el acta de la sesión respectiva que en este acto se acompaña.

EN CUANTO AL FONDO.

Habiéndose analizado los argumentos vertidos en el recurso de protección, hacemos presente a S.S. Iltma., las consideraciones tenidas en cuenta por esta Convención Constitucional para adoptar, en su oportunidad, el acuerdo contenido en la página 8 de Protocolo Sanitario, consistente en efectuar un test rt-PCR COVID-19, al ingreso al inicio de cada semana y un test de egreso finalizada la jornada semanal y/o frente al retorno de integrantes de la Convención a sus localidades, medida que, como se dijo, posteriormente fue dejada sin efecto por el Pleno de esta Convención Constitucional, lo cual permitirá ilustrar a esta Iltma. Corte que, por una parte, el recurso impetrado ha perdido oportunidad procesal, y por otra, que no obstante lo anterior, el acto recurrido igualmente se ajusta a derecho, por lo que el Recurso de Protección debe ser rechazado, toda vez que esta Convención Constitucional no ha incurrido en ninguna actuación ilegal o arbitraria, ni ha infringido los derechos constitucionales que indica la recurrente, como se pasará a explicar.

1. OBJETO DE LA CONTROVERSIA QUE MOTIVÓ LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE PROTECCIÓN.

De acuerdo al tenor de los fundamentos de hecho y de derecho en que se fundamenta el Recurso de Protección, el Convencional Constituyente [REDACTED] sostiene que el acto recurrido, -a su juicio- sería ilegal y arbitrario, y que le ocasionaría privación, perturbación y amenaza a sus derechos fundamentales consagrados en el numeral 2 y 4, del Art. 19 de la Constitución.

En concreto, como fundamento del recurso, señala que la decisión recurrida adoptada por el Pleno de esta Convención con fecha 13 de julio de 2021, resultaría ilegal y arbitraria por las siguientes razones:

- a) A su juicio, se vulneraría el principio de juridicidad porque la actual Constitución Política de la República, no le otorga a la Convención Constitucional, la facultad de adoptar medidas sanitarias obligatorias. En dicho sentido, señala que el actual artículo 133 de la Constitución no contempla tal potestad. De esta suerte, la medida que adopta la recurrida -según su parecer- excedería el ámbito de su competencia, por ende, se habría incurrido en ilegalidad al aprobar la medida de toma de test PCR.
- b) En segundo lugar, señala que si no se estimase ilegal la medida, de todas formas, la considera arbitraria ya que- a su entender- carecería de la debida razonabilidad puesto que "hoy en día" (10.08.2021) lo razonable es la toma de prueba PCR, pero

no de cualquier PCR ni en cualquier lugar, sino del PCR de variante en los pasos fronterizos a los viajeros.

En consideración a lo anterior, sostiene que se afectarían y se le privaría de los siguientes derechos constitucionales:

a) Derecho de igualdad ante la ley (Art. 19 N° 2 de la Constitución):

Sobre el particular arguye que la Convención Constitucional, es un lugar de trabajo y que como tal, *"no tenemos por qué estar obligados a exigencias distintas a la de los demás trabajadores chilenos, en cuyos lugares de trabajo no se les exige un doble test PCR semanal para desempeñar sus funciones"*. Por otro lado, argumenta que *"nos brinda en los hechos el mismo trato que si viajáramos y atravesáramos la frontera nacional dos veces a la semana. Darnos el mismo trato que a estos viajeros es inconstitucional porque los convencionales constituyentes junto con los demás participantes no nos encontramos en la misma situación que tales viajeros"*.

b) Derecho al respeto a la vida privada y la honra (Art. 19 N° 4 de la Constitución):

Al respecto argumenta *"que la aprobación de la medida de test PCR adoptada por la Convención Constitucional vulnera mi derecho a la privacidad respecto de mi información personal en materia de salud. En efecto: ¿qué sucedería si los resultados del test PCR arrojan dolencias desdorosas las cuáles prefiero reservarme? Sucedería que se vulneraría este derecho"*.

A continuación nos haremos cargo S.S. Iltma., de cada una de las alegaciones formuladas por el Convencional Constituyente recurrente, dando cuenta de los argumentos de hecho y de derecho, que acreditan que la Convención Constitucional no ha incurrido en ninguna ilegalidad ni arbitrariedad al adoptar la decisión objeto de impugnación, razón por la cual solicitamos el rechazo del Recurso de Protección presentado; en primer lugar, por resultar improcedente recurrir de protección en contra de la Convención Constitucional, para intentar dejar sin efecto la decisión impugnada; en segundo lugar, por haber perdido oportunidad procesal; y, finalmente, por no existir ningún acto ilegal o arbitrario que afecte, amenace, perturbe, prive o vulnere los derechos constitucionales indicados por la recurrente, en razón de los argumentos que se exponen a continuación.

2. IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE PROTECCIÓN, PARA EL CASO SUBLITE, EN CONTRA DE LA CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL.

En primer lugar, venimos en hacer presente a esta Iltma. Corte, que el recurrente está utilizando un mecanismo cautelar y urgente, diseñado y establecido en el artículo 20 de la

Constitución, para suspender o dejar sin efecto, imperiosamente los efectos de un acto que se estime ilegal y arbitrario, u obtener un resguardo temprano e inaplazable de un derecho fundamental, que realmente sea afectado, privado o amenazado, a una situación completamente diversa, ya que **plantea a conocimiento de esta Iltma. Corte, la revisión de una medida, una determinación o decisión de un órgano constitucional como es la Convención Constitucional, pronunciada en el marco de un procedimiento deliberativo, previo análisis, discusión y votación por parte del Pleno de esta Convención Constitucional**, toda vez que le está imputando a este órgano, haber incurrido en un acto ilegal y arbitrario que infringiría sus derechos a la igualdad ante la ley y la vida privada, consagrados en el Art. 19 N° 2 y 4 de la Constitución Política, al haber dispuesto la medida de tomar test PCR al inicio y al final de las semanas de trabajo, en los términos indicados en la página 8 del Protocolo Sanitario de la Convención Constitucional, la que en todo caso fue dejada sin efecto, como se dirá en el capítulo siguiente.

En efecto S.S. Iltma., los hechos descritos en la presentación y las peticiones que se formulan a esta Corte exceden las materias que deben ser conocidas por el presente recurso, atendida su naturaleza cautelar, al tratarse de impugnar por esta vía una decisión que forma parte de un acuerdo adoptado por la Convención Constitucional, que va en línea con las políticas públicas dictadas por la autoridad en contexto de la emergencia sanitaria que se vive a nivel nacional y mundial, y que fue elaborado y recomendado por sociedades científicas de reconocida experiencia, prestigio y rigurosidad, en razón del estado sanitario y de avance de la pandemia en el país, y en particular en la Región Metropolitana, vigente en ese momento.

En el presente recurso, **se busca dejar sin efecto una decisión interna de un órgano, que ha sido adoptada previa debate y votación por parte del Pleno**, es decir, ha sido fruto de deliberación y análisis previo, por los propios Convencionales Constituyentes que integran el cuerpo colegiado denominado Convención Constitucional, integrado por miembros electos por la ciudadanía, entre los cuales incluso se cuenta al recurrente, Convencional don [REDACTED]

En la especie lo que ocurre es que el Convencional recurrente, quien votó en contra de aprobar la medida, al no estar de acuerdo con la aprobación efectuada por el pleno de la Convención, utiliza el recurso de protección como un mecanismo de impugnación de lo debatido, discutido y consensuado por el Pleno, fruto del libre juego democrático, relacionado con un procedimiento sanitario surgido de un acuerdo de carácter general de la propia Convención.

Lo anterior es particularmente grave S.S. Iltma., ya que de aceptarse la procedencia del recurso de protección, para impugnar acuerdos adoptados por los Convencionales Constituyentes reunidos en Pleno, precedidos de debate, deliberación y votación, lo cierto es que se afecta en su esencia las reglas del Estado Democrático de Derecho, toda vez que, el recurso de protección dejaría de ser un mecanismo cautelar y urgente de tutela de derechos fundamentales, para convertirse en un mecanismo contencioso administrativo de control de los actos y decisiones adoptados por la Convención Constitucional, afectando completamente las reglas del juego democrático, el Estado de Derecho y la autonomía del órgano creado para redactar una nueva Constitución para Chile.

En efecto Iltma. Corte, si se permite recurrir de protección en contra del acuerdo referido a la toma de test PCR, el cual fue adoptado en la sesión de pleno de 13 de julio de 2021, por 78 votos a favor; 56 votos en contra y 8 abstenciones, entonces en cualquier momento puede optarse por judicializar lo debatido y acordado por la Convención, instrumentalizando y desnaturalizando el recurso de protección de garantías constitucionales, para efectos y fines diversos para el fue establecido y diseñado en el Art. 20 de la Constitución Política.

En la especie S.S. Iltma., la medida impugnada es un acto con relevancia jurídica interna, pues solo se encontraban sujetos a la medida de efectuarse un test PCR únicamente *"los convencionales constituyentes, sus asesores, personal administrativo/as, y funcionarios de cualquier índole que hagan ingreso al recinto"*. Es decir, el acuerdo impugnado solo aplicaba para las personas ya indicadas, por lo que no excede del ámbito estrictamente propio del funcionamiento interno de la Convención Constitucional.

Por otra parte, jamás se estableció ningún mecanismo forzado o de apremio que implicara obligatoriedad de dicha medida, ya que no existía sanción alguna para quien no quisiera someterse al test, fueran éstas, por ejemplo, una prohibición de ingreso a las dependencias de la Convención Constitucional; ni muchos menos una restricción, limitación o amenaza para el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales aludidas en el recurso, ni tampoco sanción alguna que impidiera o perturbare el ejercicio del cargo de Convencional Constituyente, para el caso que el recurrente no desee efectuarse el test PCR.

En razón de lo anterior, y teniendo presente que la adopción de dicha medida fue previamente discutida y precedida de debate por los Convencionales Constituyentes, contando con la posibilidad de ejercer su derecho a voz y voto, pudiendo manifestar lo que estimaron pertinente al efecto, tal como consta en el acta de la citada sesión, esta

Convención Constitucional, estima que la pretensión planteada excede el marco de las atribuciones que el artículo 20 de la Constitución Política de la República confiere a esta Corte en el conocimiento de los recursos de protección y los fines de este procedimiento cautelar y de emergencia, tanto porque no hay una afectación, privación ni amenaza a sus derechos, y porque el resultado de la acción impetrada, en caso de ser favorable para las pretensiones del recurrente, incidiría en una decisión interna de este órgano constitucional y autónomo.

En directa relación con el razonamiento anterior, no puede soslayarse el cumplimiento de los principios esenciales en nuestro ordenamiento jurídico, como son el de **legalidad y juridicidad, previstos en los artículos 6° y 7° de la Constitución**, que exige que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República, como asimismo que actúen válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley, añadiendo el último artículo señalado, que *"Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes"*.

El principio de legalidad, conocido tradicionalmente bajo el nombre de "principio de clausura del derecho público", supone que el ejercicio de las competencias de las autoridades públicas se realice de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y las leyes, de forma que se disminuya el riesgo de la extralimitación de funciones. Por lo que, en el caso en cuestión, cabe hablar, más propiamente, de principio de juridicidad, en la medida que asegura el sometimiento integral de las autoridades públicas al imperio del ordenamiento jurídico en su conjunto. (STC 790 c. 48) y STC 2834 c. 27).

En este sentido, el **artículo 76 inciso 2° de la Constitución**, al consagrar el denominado **principio de inexcusabilidad judicial**, no establece que siempre y a todo evento, los tribunales de justicia deben pronunciarse de las acciones que se le presenten, sino que señala que *"Reclamada su intervención **en forma legal y en negocios de su competencia**, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión"*.

En lo que resulta especialmente atingente al caso propuesto, el **inciso 1° del artículo 136 de la Constitución**, señala lo siguiente:

"Se podrá reclamar de una infracción a las reglas de procedimiento aplicables a la Convención, contenidas en este epígrafe y de aquellas de procedimiento que emanen de los acuerdos de carácter general de la propia Convención".

En consecuencia, el inciso 1 de la citada norma constitucional, permite que se interponga una reclamación ante cinco ministros de la Corte Suprema, en contra de la Convención Constitucional, solo en dos casos:

- a) "Cuando exista una infracción a las reglas de procedimiento aplicables a la Convención, contenidas en este epígrafe"; y,
- b) Cuando exista infracción de aquellas reglas de procedimiento que emanen de los acuerdos de carácter general de la propia Convención, es decir, aquellas reglas de procedimiento auto reguladas, entre las que se encuentran un protocolo sanitario, aplicable únicamente al interior de los recintos en que funciona la Convención Constitucional, toda vez que en éste se establecen medidas básicas de autocuidado y recomendaciones específicas a fin de implementar debidamente las medidas de prevención tendientes a evitar contagios de Covid por parte de los Convencionales Constituyentes y el personal que trabaja en la Convención Constitucional, para que ésta pueda cumplir en tiempo y forma el encargo que le ha sido mandatado.

Por lo tanto, atendida la circunstancia de que no existen derechos fundamentales amenazados o vulnerados, y por ende, no existiendo fundamento para impetrar un recurso de protección, ya que no se cumplen los presupuestos del artículo 20 de la Constitución, si lo que el recurrente pretendía era impugnar una infracción a una norma de procedimiento auto regulada adoptada por el Pleno de la Convención Constitucional, la única vía especial que el ordenamiento jurídico ha contemplado es la reclamación prevista en el artículo 136 de la Constitución, por cuanto no resulta procedente instrumentalizar el recurso de protección para intentar dejar sin efecto lo debatido, discutido y consensuado por el Pleno, fruto del libre juego democrático, relacionado con un procedimiento sanitario surgido de un acuerdo de carácter general de la propia Convención.

Luego, el penúltimo inciso del artículo 136 de la Constitución Política de la República, preceptúa que: "*Ninguna autoridad ni tribunal podrán conocer acciones o reclamos o recursos vinculados con las tareas que la Constitución asigna a la Convención, fuera de lo establecido en este artículo*".

En razón de lo anterior, el informe elaborado por el Pleno de la Corte Suprema sobre el proyecto de reforma constitucional que "Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República" evacuado mediante **OFICIO N° 279 – 2019, de 20 de diciembre de 2019**, señala que "*En tal contexto, la reforma establece un mecanismo de control*

exógeno a la Convención respecto de las reglas del procedimiento – sean constitucionales o auto reguladas-, radicado en la Corte Suprema por vía del conocimiento y resolución de las reclamaciones que los Convencionales Constituyentes puedan promover”.

En consecuencia, no puede soslayarse que comporta un principio esencial en nuestro ordenamiento jurídico que, en cuanto órgano del Estado, esta Iltrma. Corte de Apelaciones -y cualquier tribunal de la República-, sólo puede actuar válidamente **"dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley"**, al tenor de lo estatuido en el **artículo 7° de la Constitución**, de manera que le está vedado atribuirse **"otra autoridad o derechos que aquellos que le han sido expresamente conferidos por la Constitución o las leyes"**.

Por lo tanto, de acuerdo a lo preceptuado en los artículos 6° y 7°, en relación con lo dispuesto en los artículos 76 inciso 2° y los incisos 1° y penúltimo del Art. 136 de la Constitución, ha sido la propia Carta Fundamental, la que ha dispuesto la improcedencia de una acción de esta índole, así como también cualquiera otra acción o reclamo, en contra de la Convención Constitucional, fuera de lo establecido en el último artículo citado, esto es, fuera del procedimiento de reclamación por infracción a las reglas de procedimiento aplicables a la Convención, y de aquellas de procedimiento que emanen de los acuerdos de carácter general de la propia Convención, las que son impugnables únicamente a través del mecanismo de reclamación establecido en el Art. 136 de la Carta Fundamental.

Lo anterior, resulta concordante con lo razonado por el **Pleno de la Excma. Corte Suprema**, en el ya citado **INFORME PROYECTO DE LEY N° 58-2019**, sobre el proyecto de reforma constitucional que "Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República" evacuado mediante **OFICIO N° 279 – 2019, de 20 de diciembre de 2019**, despachado a la COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS, en cuyo numeral "**Sexto: Análisis de la norma**", el Pleno de la Excma. Corte fue claro al señalar, a propósito de los incisos 1° y 8°, que **"Ambas decisiones normativas no son ambiguas: pretenden que lo único impugnable sean las reglas de procedimiento que hacen probable la deliberación. En el mismo sentido, el inciso 7° dispone que: "Ninguna autoridad, ni tribunal, podrán conocer acciones, reclamos o, recursos vinculados con las tareas que la Constitución le asigna a la Convención, fuera de lo establecido en este artículo". Es decir, fuera del mecanismo de reclamación a las reglas de procedimiento aplicables a la Convención, contenidas en el mismo Art. 136 y de aquellas de procedimiento que emanen de los acuerdos de carácter general de la propia Convención, ningún tribunal puede conocer de acciones o recursos en contra de la Convención**

Constitucional, de lo que se colige que la propia Constitución estableció- en palabras del pleno de la Excm. Corte Suprema- una decisión normativa que no es ambigua, por cuanto lo único reclamable son las reglas de procedimiento por la vía especial estatuida al efecto.

Por ende, es la propia Constitución, la que establece la extensión, competencia y los límites de la jurisdicción de los tribunales de justicia respecto de la Convención Constitucional, los que no pueden entenderse ampliados al control de la legalidad y/o supuesta arbitrariedad de los actos y acuerdos adoptados por el Pleno de la Convención Constitucional, ya que no se ha reclamado la intervención de esta Iltma. Corte de Apelaciones, en un negocio de su competencia, desde el momento que se trata de un recurso de protección deducido en contra de un acuerdo de un órgano constitucional autónomo, cuya intervención ni siquiera es cautelar y urgente, ya que el protocolo sanitario, en la parte impugnada, tampoco se encuentra en aplicación, toda vez que nunca se ha obligado a efectuarse un test PCR al Convencional Constituyente recurrente, ni tampoco se la he impedido el acceso ya sea al Edificio del Ex Congreso Nacional o al Palacio Pereira para que puede ejercer su función constituyente, por lo no que ha sufrido ninguna perturbación, privación, limitación, infracción o amenaza a los derechos fundamentales que invoca en su recurso.

3. EL RECURSO DE PROTECCIÓN PRESENTADO RESULTA ACTUALMENTE INCONDUCTENTE, HABIENDO PERDIDO OPORTUNIDAD PROCESAL, DESDE EL MOMENTO EN QUE SE MODIFICÓ EL PROTOCOLO COVID APROBADO POR LA CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL, ELIMINANDO LA TOMA DE TEST PCR COMO HABÍA SIDO ORIGINALMENTE APROBADO.

Como se expuso en los hechos, al dar cuenta del objeto de la controversia, lo que persigue este recurso de protección, consiste en que se declare ilegal y arbitrario el acuerdo adoptado por el Pleno de la Convención Constitucional, con fecha 13 de julio de 2021, y se deje sin efecto la medida que constaba en el numeral 8 del Protocolo Covid elaborado especialmente para la Convención Constitucional, consistente en la toma de test PCR, antes de entrar a sesionar, al inicio y fin de cada semana de trabajo y/o frente al retorno de los convencionales constituyentes a sus localidades.

Sin embargo S.S. Iltma., el recurso de protección impetrado ha perdido oportunidad, toda vez que, a propuesta de la Mesa Directiva de este órgano, efectuada con fecha 22 de octubre de 2021, se ha estimado oportuno hacer una modificación al protocolo, para suprimir el punto referido a la obligatoriedad de test PCR de entrada y salida. En concreto, la propuesta de la Mesa Directiva, señaló lo siguiente:

"El protocolo Covid-19, desde su aprobación en el mes de julio, ha estado operativo. Sin embargo, respecto a la obligatoriedad de los test PCR, esta medida nunca ha sido realmente aplicada a los convencionales constituyentes ni tampoco a sus asesores, personal administrativo, y funcionarios de cualquier índole que hagan ingreso al recinto.

Por esta razón, la Mesa Directiva ha estimado oportuno hacer una modificación al protocolo, para suprimir el punto referido a la obligatoriedad de test PCR de entrada y salida.

Esta medida en ningún caso supone que deje de aplicarse el resto del protocolo Covid-19. Por el contrario, el Comité Covid creado al interior de la Convención monitorea permanentemente el cumplimiento de las medidas sanitarias y adopta las determinaciones apropiadas para preservar la salud de todas las personas que integran la Convención".

Posteriormente, dicha propuesta fue incluida en la tabla de temas de la sesión ordinaria de Pleno N° 36, celebrada con fecha 28 de octubre de 2021, oportunidad en la que se sometió a consideración de todos los Convencionales Constituyentes la modificación al protocolo Covid, en lo que respecta a dejar sin efecto la medida de toma de muestras mediante test PCR, para ingresar al recinto en que funciona la Convención Constitucional, antes de entrar a sesionar, al inicio y fin de cada semana de trabajo y/o frente al retorno de los convencionales constituyentes a sus localidades, ya que nunca ha sido aplicada con carácter de obligatoriedad ni tampoco contempló algún tipo de sanción por la negativa a efectuarse un test PCR, motivo por el cual, luego de la deliberación correspondiente, se acordó dejarla sin efecto, por 143 votos a favor, 2 en contra y 1 abstención, tal como consta en el acta de la sesión respectiva que en este acto se acompaña.

En dicho sentido, es importante hacer presente que al haberse dejado sin efecto por parte de la Convención Constitucional, el punto impugnado por el recurrente, contenido en el protocolo Covid, objeto del recurso, ya no es posible que esta Iltma. Corte, en el evento de que estime procedente el recurso de protección en contra de la Convención Constitucional, adopte medida alguna sobre el objeto preciso y la petición concreta formulada por el recurrente, ya que atendido lo acordado por este órgano constitucional, actualmente cualquier medida que se pudiere decretar resulta ineficaz, razón por la cual el presente recurso ha perdido oportunidad, por cuanto, atendida la naturaleza cautelar del recurso y la necesidad de una tramitación rápida, no tiene sentido jurídico ni práctico, que esta Iltma. Corte entre al fondo del recurso, cuando ya fue dejada sin efecto, por parte de la propia Convención Constitucional, la medida de toma de test PCR para los casos en que había sido aprobada originalmente.

Tampoco puede sostenerse que la Corte de Apelaciones deba igualmente conocer del fondo del recurso, ya que aun cuando se argumentara sobre una hipotética amenaza de

los derechos constitucionales del recurrente, lo cierto es que al haberse dejado sin efecto la medida reclamada, no existe ni siquiera una probabilidad de que se le pueda requerir al convencional constituyente recurrente la toma de un test PCR, por lo que cualquier alegación que se formule al respecto, ya sea en la vista de la causa o por escrito, sería meramente especulativa, adoleciendo de falta de certeza, no siendo admisible pretender continuar con un recurso de protección frente a una inexistente e indeterminada probabilidad de ocurrencia del acto impugnado, por haberse dejado sin efecto.

Frente a casos similares al de autos, en los que existiendo recursos de protección interpuestos que pretenden impugnar actos u omisiones, supuestamente ilegales o arbitrarias que han sido dejadas sin efecto, las Cortes de Apelaciones, han resuelto que un recurso de protección deducido bajo estas circunstancias de hecho carece de la oportunidad procesal necesaria para prosperar, debiendo ser necesariamente rechazados. Por lo tanto, el presente recurso de protección resulta inconducente a los fines que perseguía y ha perdido oportunidad procesal, razón por la cual debe ser desestimado en todas sus partes.

4. LA CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL NO HA INCURRIDO EN NINGUNA ILEGALIDAD NI ARBITRARIEDAD AL ADOPTAR EL ACUERDO SOBRE TOMA DE TEST PCR EN LA SESIÓN ORDINARIA DE PLENO N° 5 DE 13 DE JULIO DE 2021.

En subsidio de la alegaciones anteriores, sobre la improcedencia del recurso de protección de la especie en contra de la Convención Constitucional, y de la pérdida de oportunidad del mismo, cabe señalar que es un hecho público y notorio que nos encontramos ante una pandemia derivada del COVID-19, que requiere de la adopción de múltiples medidas sanitarias para evitar su propagación, razón por la cual desde febrero de 2020 se encuentra vigente en nuestro país una alerta sanitaria en virtud de las disposiciones del Código Sanitario; y desde marzo de 2020 hasta el 30 de septiembre de 2021, estuvo vigente la declaración de estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, según lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución Política de la República.

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.

En el mismo sentido, la actividad desplegada por el Pleno de la Convención Constitucional, al adoptar la medida impugnada que estaba contenida en el numeral 8 del protocolo Covid, para evitar eventuales contagios de Covid 19, por parte de los convencionales

constituyentes, sus asesores, personal administrativo, y funcionarios de cualquier índole que hagan ingreso al recinto, y en general de cualquier persona que ingrese a los recintos donde funciona la Convención Constitucional, se ajusta al mandato constitucional y legal consistente en velar y resguardar la vida y salud de las personas, siempre con pleno respeto a los derechos reconocidos en nuestra Constitución, lo que aleja todo atisbo de ilegalidad, arbitrariedad o capricho en el proceder de la recurrida.

En efecto S.S. Iltma., tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional están contestes en el hecho de reconocer al recurso de protección, en tanto acción constitucional, los caracteres de una **acción cautelar autónoma, excepcional y de urgencia y que goza de tramitación informal y sumaria**. Por ello, como contrapartida, **el ámbito de su aplicación se limita a aquellos actos cuya arbitrariedad o ilegalidad sobre derechos preexistentes e indubitados sean evidentes u ostensibles**, atendidas las circunstancias y modalidades concretas de la situación de que se trata, ilegalidad y arbitrariedad que como se dará cuenta en este informe, no se verifican en la especie.

Por consiguiente, para que esta acción de protección sea acogida, tienen que satisfacerse determinados presupuestos de procedencia de manera copulativa, exigencias que no se verifican en la especie, tal como se desarrollará:

"PRIMERO: *Que según se deduce de lo dispuesto en el artículo 20 de la Carta Fundamental, la denominada acción o recurso de protección requiere para su configuración, la concurrencia copulativa de los siguientes presupuestos: a) Una conducta, por acción u omisión, ilegal o arbitraria; b) La afectación, expresada en privación, perturbación o amenaza, del legítimo ejercicio referido a determinados derechos esenciales garantizados en la misma Constitución y que se indican en el mencionado precepto; c) Relación de causalidad entre el comportamiento antijurídico y el agravio a la garantía constitucional; y d) Posibilidad del órgano jurisdiccional ante el cual se plantea, de adoptar medidas de protección o cautela adecuadas, para resguardar el legítimo ejercicio del derecho afectado"² (énfasis agregado).*

El acuerdo primitivamente adoptado por esta Convención Constitucional, con fecha 13 de julio de 2021, consistente en que tanto los convencionales constituyentes, sus asesores, personal administrativo/as, y funcionarios de cualquier índole que hagan ingreso al recinto deban seguir un protocolo de testeo basado en test rt-PCR COVID-19, no fue ilegal ni arbitrario por las siguientes razones:

En cuanto a la ausencia de ilegalidad:

En primer lugar, el **Art. 19 N° 1 de la Constitución**, asegura a todas las personas "El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona". A su turno, el **Art. 19**

² Sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema en causa rol N° 4542-2014, con fecha 14 de abril de 2014.

Nº 9 consagra "El derecho a la protección de la salud", añadiendo en su **inciso 3º** que al Estado "Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud". Luego, el **inciso 2º del Art. 6 de la Constitución**, establece que "Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo".

En consecuencia, esta Convención Constitucional, en tanto órgano del Estado, de carácter independiente y autónomo, encargada de redactar una nueva Constitución para Chile, conforme lo expresa el Art. 130 inciso 2º de la Carta Fundamental, igualmente debe resguardar el derecho a la vida e integridad física y psíquica de las personas y adoptar acciones relacionadas con la salud de las personas, lo que se traduce en la adopción de medidas que miran al cuidado de las personas que en ella trabajan, para evitar la propagación y contagio de Covid 19 por parte de los convencionales constituyentes, sus asesores, personal administrativo/as, funcionarios de cualquier índole y personas, en general, que hagan ingreso al recinto donde funciona presencialmente la Convención.

Por otra parte, no debe dejarse de lado la **Declaración de Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe, por Calamidad Pública**, en el territorio de Chile, medida que se tomó en virtud de lo dispuesto en el **artículo 41 de la Constitución Política de la República** por un lapso de 90 días, según lo dispuesto en el Decreto Supremo Nº 104 de 2020 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Dicho estado de excepción constitucional fue prorrogado a través de los decretos supremos Nº 269, Nº 400 y Nº 646, todos de 2020, todos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

Posteriormente, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 41 de la Constitución Política de la República, con acuerdo del H. Congreso Nacional, se prorrogó una vez más, el estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile, hasta el 30 de junio de 2021, con el objeto de seguir implementando las medidas sanitarias pertinentes. Lo anterior, por decreto supremo Nº 72, de 2021, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

En este contexto cabe tener presente lo dispuesto en el **artículo 39 de la Constitución Política de la República** que señala que "***El ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo puede ser afectado bajo las siguientes situaciones de excepción: guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública, cuando afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones de las instituciones del Estado.***"(énfasis agregado).

Por otra parte, también debe considerarse que con fecha 5 de febrero de 2020 se dictó el decreto Nº 4, 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), por el período de un año.

Así, desde la dictación de la Alerta Sanitaria a la fecha se han dictado una serie de medidas sanitarias a través de resoluciones exentas del Ministerio de Salud, tales como la prohibición a los habitantes de la República de salir a la vía pública; la cuarentena de personas diagnosticadas con COVID-19, así como de aquellas personas que se encuentren a la espera del resultado del test PCR para determinar la presencia de la enfermedad; el cierre de gimnasios abiertos al público, cines, teatros, pubs, discotecas, cabarés, clubes nocturnos y lugares análogos a los señalados; el uso obligatorio de mascarillas en el transporte público y privado remunerado, misma medida se aplica en ascensores y funiculares; la prohibición de la recalada en todos los puertos chilenos de cruceros de pasajeros; la obligatoriedad de todo pasajero de realizar una declaración jurada, cordones sanitarios y aduanas sanitarias en diversas comunas y puntos del país; el Plan de Vacunación que tiene por objeto inocular a 15 millones de chilenos durante el año 2021; entre otras medidas tendientes a evitar la propagación del COVID-19.

Por otra parte, en virtud de la Resolución Exenta N° 591, de 2020, del Ministerio de Salud y sus modificaciones posteriores, se implementó el "Plan Paso a Paso" el cual clasifica a cada comuna del país en alguno de los 5 pasos contemplados por dicho plan, con el fin de enfrentar la pandemia según la situación sanitaria y realidad de cada zona en particular.

A través de dicho plan se han ido flexibilizando o bien restringiendo las medidas adoptadas en materia de control de la pandemia, en conformidad a la realidad epidemiológica de cada comuna, por Resolución Exenta N° 43, de 2021, del Ministerio de Salud y sus modificaciones posteriores se dispusieron medidas sanitarias y se estableció un nuevo plan "Paso a Paso". En virtud del Plan Paso a Paso se ha logrado 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.

Al respecto, la legalidad y correcto actuar de la Administración del Estado, en la adopción de estas medidas bajo el manto normativo imperante ha sido reconocida por los Tribunales Superiores de Justicia, al resolver múltiples recursos de protección:

"Que la situación denunciada por el actor no puede ser analizada prescindiendo del contexto en que ocurre, esto es, de la grave emergencia sanitaria por la que atraviesa el país y el mundo, con motivo de la pandemia denominada COVID-19, que ha llevado a declarar el Estado de Catástrofe en todo el territorio nacional y adoptar una serie de medidas de diversa índole, que necesariamente

responden a criterios técnicos de salud pública, tanto para enfrentar la enfermedad como para prevenir su propagación, con un propósito de bien común que supera las situaciones particulares a que tales medidas pudieren afectar”³.

En consecuencia, en razón de los motivos anteriores, el acuerdo que fue aprobado el 13 de julio, consistente en la toma de test PCR- en los casos indicados-, que luego fue impugnado a través del presente recurso de protección, y posteriormente dejado sin efecto en la sesión ordinaria N° 36, de 28 de octubre de 2021 no puede ser catalogado de ilegal, ni arbitrario, ni vulneratorio del principio de juridicidad, bajo el pretendido argumento de que la actual Constitución Política de la República, no le otorgaría- a juicio de recurrente- a la Convención Constitucional, la facultad de adoptar medidas sanitarias obligatorias, añadiendo que el actual artículo 133 de la Constitución no contempla tal potestad, toda vez que si bien dichas normas se refieren a la Convención Constitucional, no debe olvidarse que se encuentran inmersas en el título “Del procedimiento para elaborar una Nueva Constitución Política de la República”, introducido en virtud de la Ley N° 21.200, de 24 de diciembre de 2019, que “MODIFICA EL CAPÍTULO XV DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA”. Por ende, es evidente que las normas contenidas en dicho título nada dicen sobre facultades específicas relacionadas con la pandemia o con medidas o decisiones, que luego del proceso deliberativo respectivo, puedan ser adoptadas por la Convención Constitucional, toda vez que el conjunto de reglas constitucionales contenidas en dicho título apuntar a regular el procedimiento para elaborar una nueva Constitución para Chile. **Sin embargo, de ello no se sigue que la recurrida no pueda adoptar medidas tendientes a proteger la vida y salud de las personas**, ya que no podemos dejar de considerar que mientras no se dicte y entre en vigencia un nuevo texto de la Carta Fundamental, la actual Constitución es plenamente aplicable y como ya se dijo, en virtud de las disposiciones contenidas en el artículo 6° y 19 N° 1, considerando además la vigencia del Estado Constitucional de Catástrofe, es completamente necesario y ajustado a derecho que las y los Convencionales Constituyentes, habiendo mediado informes y visitas técnicas, con recomendaciones elaboradas por expertos científicos y sociedades médicas de reconocido prestigio, adopten las medidas necesarias y pertinentes para evitar los contagios por Covid 19 que pudieran producirse al interior de la Convención Constitucional, a raíz de la presencia e interacción de todas las personas que trabajan en este órgano.

De esta suerte, la medida que originariamente adoptó la Convención Constitucional, no excede el ámbito de su competencia, ya que en conformidad a lo dispuesto en los artículos 6° y 19 N° 1 y N° 9 de la Constitución, no incurrió en ilegalidad al aprobar la medida de toma de test PCR en la forma plasmada en el Protocolo Sanitario propuesto por

³ Sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 6504-2020 Protección, con fecha fecha 13 de agosto de 2020, considerando quinto; Rol N° 6718-2020 Protección, resolución de fecha 3 de septiembre de 2020, considerando quinto.

los expertos médicos y científicos, ni se ha arrogado facultades que emanan del propio texto constitucional vigente, en materia de resguardo y protección de derechos fundamentales de las personas, lo que excluye toda ilegalidad al respecto.

En cuanto a la ausencia de arbitrariedad:

El recurrente señala en su libelo que si no se estimase ilegal la medida, de todas formas, la considera arbitraria ya que- a su entender- carecería de la debida razonabilidad puesto que "hoy en día", refiriéndose a la fecha de interposición del recurso, esto es, al 10 de agosto de 2021, lo razonable sería la toma de prueba PCR, pero no de cualquiera, ni en cualquier lugar, *"sino del PCR de variante en los pasos fronterizos a los viajeros"*. Es decir, a juicio del recurrente, únicamente resiste el análisis de arbitrariedad, la toma de test PCR para personas que salen o ingresan del territorio nacional, mas no para personas que se desplazan al interior del país o entre diversas ciudades o a sus respectivos distritos, como es el caso de los Convencionales Constituyentes y sus asesores, o incluso de las personas que trabajan en la Convención Constitucional como parte de equipos técnicos o personal de apoyo, los que diariamente deben tomar locomoción colectiva para trasladarse desde sus hogares a su lugar de trabajo.

Dichas alegaciones del recurrente no pueden prosperar, por cuanto la pandemia no ha sido superada en nuestro país y actualmente siguen produciéndose contagios por Covid 19. Por lo tanto, la razonabilidad de la toma de test PCR, que fue adoptada en su oportunidad por el Pleno, y su ausencia de arbitrariedad, dada la justificación racional de la misma, se fundamenta en lo siguiente:

- a) Cuando fue adoptada, se consideró la gran cantidad de personas que iban a trabajar presencialmente a la Convención Constitucional. Por de pronto, solo basta tener presente que son 155 Convencionales Constituyentes, más los asesores, para el caso de aquellos que han decidido contratarlos, y todo el personal de apoyo técnico que diariamente va a trabajar en forma presencial a los recintos donde funciona la Convención Constitucional.
- b) La medida fue adoptada atendiendo al estado sanitario imperante a principios del mes de julio de 2021, por lo que debe ponderarse en razón del estado epidemiológico del país en ese momento y de los índices que evidenciaban el estado de propagación y contagio del Covid 19 en esa data.
- c) En el acta de la sesión ordinaria N° 5, de 13 de julio de 2021, se señaló que hay personas que continuamente se bajaban la mascarilla para hacer uso de la palabra y personas que se alimentaban en estos espacios cerrados.
- d) Por otra parte, la Presidenta de la Convención, el 13 de julio de 2021, manifestó que *"dada la cantidad de fallecidos, es necesario que en este Pleno tomemos"*

conciencia y respetemos las normas de cuidado. Recordemos que somos figuras públicas y lo que transmitimos desde acá la gente lo repite en sus casas, ya que aprendemos de forma social”. “Se aludieron las razones de por qué es tan importante el testeo PCR. Una de ellas es nuestra responsabilidad social y ciudadana, porque estamos recibiendo gente que viene de lugares donde no hay covid y sería realmente una muy mala señal que nuestros y nuestras convencionales se contagien aquí. Eso nos llama, por un lado, a la responsabilidad individual y, por otro, a la responsabilidad colectiva frente al grupo, frente a lo que todos nosotros y nosotras representamos”.

- e) Se consideró además que muchos de los Convencionales Constituyentes electos, se trasladan o viajan a sus regiones o lugares de origen y visitan los respectivos distritos que representan, reuniéndose con diversos grupos de personas, realizando cabildos, asambleas o reuniones con quienes representan.
- f) Por otro lado, la razonabilidad de la medida se fundamenta justamente en que con fechas 25 de septiembre pasado, se evidenciaron 11 casos positivos de contagio por Covid 19, al interior de la Convención (3 en el Edificio del Ex Congreso Nacional y 8 en el Palacio Pereira), hechos que fueron de público conocimiento⁴, lo que se tradujo en que un número importante de personas quedaran en cuarentena y se procediera a efectuar la toma de test PCR con la mayor celeridad posible a todos quienes pudieron haber estado en contacto con las personas contagiadas.

De esta forma, la adopción del acuerdo tomado el 13 de julio de 2021, consistente en la toma de test PCR para el ingreso al recinto al inicio de cada semana y el testeo de egreso finalizada la jornada semanal y/o frente al retorno de integrantes de la Convención a sus localidades, **de ninguna manera fue una medida arbitraria, sino que se fundamentó en consideraciones de carácter técnico, científico y médico con miras a proteger la salud y vida de las personas que concurren a la Convención**, es decir, con fundamentos plausibles que no obedecen a la mera voluntad o capricho de la autoridad, no pudiendo el recurrente cuestionar los fundamentos de la medida adoptada por haber sido acordada previo debate y deliberación en el Pleno, debidamente fundamentada y dentro de un marco de racionalidad y proporcionalidad, evitando afectar los derechos fundamentales de las personas a quienes se les aplicaría el protocolo sanitario, motivos por los que la presente acción constitucional no puede prosperar.

5. EL ACUERDO ADOPTADO EN LA SESIÓN N° 5 DE 13 DE JULIO DE 2021, POR LA CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL NO CONSTITUYÓ UNA VULNERACIÓN, PRIVACIÓN, NI AMENAZA LOS DERECHOS A LA IGUALDAD ANTE LA LEY,

⁴ <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2021/09/25/convencion-constitucional-confirmando-tres-casos-de-covid-positivo-y-33-personas-en-cuarentena-por-dichos-contagios/>

VIDA PRIVADA Y HONRA DEL RECURRENTE, PREVISTOS EN LOS N° 2 y 4 DEL ART. 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

La medida adoptada el 13 de julio de 2021, en el punto 8 del protocolo sanitario de la Convención Constitucional, consistente en la toma de test PCR, en los casos y situaciones indicados en el mencionado protocolo, que luego fue dejada sin efecto, el 28 de octubre de 2021, en ningún caso afecta, vulnera o amenaza las garantías constitucionales del recurrente y de ninguna otra persona, toda vez que **nunca revistió la calidad de una exigencia imperativa o ineludible, para ingresar al recinto en que funciona la Convención Constitucional. En efecto S.S. Iltma., en todo momento se respetó la autonomía y a la autodeterminación de la persona, ya que no es obligatoria la toma del test PCR, pues si bien se habló de obligatoriedad en la sesión N° 5 de Pleno, cuando se discutió y adoptó la medida, en ningún caso el protocolo contempla medidas de apremio ni sanciones para obligar a tomarse un test PCR, ni mucho menos impide el libre tránsito e ingreso ya sea al Ex Congreso Nacional o al Palacio Pereira, como lugares destinados al funcionamiento de la Convención Constitucional, ni tampoco impidió al Convencional Constituyente recurrente ejercer su función pública para la cual resultó electo y ninguno de sus derechos constitucionales invocados en el recurso, como se pasa a explicar a continuación.**

Derecho de igualdad ante la ley

La Convención Constitucional al adoptar la medida recurrida, no impuso al Convencional recurrente ni a ninguna otra persona comprendida en el alcance de la misma, un tratamiento desigual frente a sus pares u otras personas que trabajan en la Convención y se encuentran en idéntica situación.

Sobre el derecho consagrado en el Art. 19 N° 2 de la Constitución, la doctrina constitucional ha sostenido que *"la igualdad ante la ley significa que deben contemplarse las mismas normas jurídicas para todas las personas que se encuentren en análogas situaciones de hecho"*⁵.

En idéntico sentido el **Excmo. Tribunal Constitucional**, en su sentencia **Rol N° 53**, de 5 de abril de 1988, señaló que la igualdad ante la ley *"... consiste en que "las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en las mismas circunstancias y consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentran en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso, conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La*

⁵ MOIINA G., Hernán. Derecho Constitucional, 6a ed. Santiago de Chile: LexisNexis, 2006, p. 260.

igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición”⁶.

Adicionalmente, ha afirmado en la sentencia **Rol 1732-10-INA y 1800-10-INA** (acumulados), de 21 de junio de 2011, que *“...la Constitución no prohíbe cualquier diferencia que el legislador establezca, sino sólo aquellas arbitrarias. Así, la igualdad “consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para quienes se encuentran en las mismas circunstancias y consecuentemente, diversas para quienes se encuentran en situaciones diferentes” (entre otras, STC Rol N° 1414, C° 14) y “las diferencias deben ser razonables, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional Alemán (Rol N° 1710-10).”* (considerando 48°).

En dicho sentido, conforme a la jurisprudencia constitucional citada, el estándar y los casos de comparación planteados en el recurso de protección no son correctos para evaluar una eventual afectación a la igualdad ante la ley, por cuanto el recurrente pretende equiparar la situación de un Convencional Constituyente con un trabajador del sector privado, cualquiera sea el rubro en que se desempeñe. Es decir, el estándar comparativo para hacer el juicio de ponderación, razonabilidad y comparación de la medida, pretende comparar personas en situaciones que no son del todo equivalentes.

A mayor abundamiento, el supuesto de hecho que efectúa para hacer la comparación también es errado, dado que el recurrente argumenta que existiría un trato desigual, que atenta contra el derecho consagrado en el Art. 19 N° 2 de la Constitución, porque a los demás trabajadores chilenos, en sus lugares de trabajo no se les exige un doble test PCR semanal para desempeñar sus funciones, señalando al efecto que “la Convención es un lugar de trabajo como cualquier otro”, sin embargo, cabe señalar que el **artículo 184 del Código del Trabajo** establece *“El empleador estará 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.*

Deberá asimismo prestar o garantizar los elementos necesarios para que los trabajadores en caso de accidente o emergencia puedan acceder a una oportuna y adecuada atención médica, hospitalaria y farmacéutica.”

Sobre el particular, esta Il. Corte en sentencia pronunciada en los autos **Rol N° 3316-2021** con fecha 7 de septiembre de 2021, a propósito de la toma de test PCR- con carácter obligatorio- a una trabajadora de una faena minera, sostuvo lo siguiente:

⁶ Cita al autor LINARES Q., Segundo, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado, T. IV, 1956, p. 263.

SÉPTIMO: Que, conforme a lo expresado, es posible concluir que no existe en la especie un acto ilegal o arbitrario de parte de la recurrida, por cuanto la medida adoptada lo ha sido en cumplimiento de su obligación legal de mantener en los lugares de trabajo las condiciones sanitarias y ambientales necesarias para proteger la vida y la salud de los trabajadores de brindar resguardo y protección a la vida y salud de éstos, cuestión que además no es caprichosa, más considerando el contexto sanitario generado por el COVID-19 y la exigencia de testeo de contagio de acuerdo a las normas y procedimiento que determine la autoridad sanitaria, consagrada en el artículo 4 letra b) de la Ley N° 21.342 que establece protocolo de seguridad sanitaria laboral para el retorno gradual y seguro al trabajo en el marco de la alerta sanitaria decretada con ocasión de la enfermedad de COVID-19 en el país y otras materias que indica.

Asimismo, no se debe olvidar que dicha medida es adoptada en beneficio de todos los trabajadores de la faena de la empresa, las que están justamente destinadas para prevenir contagios de COVID-19 al interior de ella, resguardando su salud.

(...)

NOVENO: Que, tampoco se configura la arbitrariedad toda vez que la decisión discutida fue adoptada por la recurrida en virtud de las facultades legales en protección de los derechos garantizados constitucionalmente y comunicada oportunamente al trabajador, sin que se vislumbre un afán antojadizo o caprichoso a su respecto, más cuando se trata de una medida destinada a proteger la salud de todos los trabajadores que prestan servicios en la faena, por lo no habiéndose comprobado la existencia de un actual ilegal o arbitrario de la recurrida, motivo por el cual corresponde rechazar el recurso”.

En segundo lugar, respecto al supuesto trato desigual que efectúa el recurrente al comparar la situación de las personas que trabajan en la Convención, con quienes viajan al exterior del país o ingresan al territorio nacional, **cabe señalar que la toma de test PCR no es novedad con la llegada de la pandemia a nuestro país y los avances que ha experimentado. Así las cosas, no solo se exige para viajar a Chile desde**

⁷ Sentencia confirmada por la Excma. Corte Suprema en los autos Rol N° 76.214-2021 mediante fallo dictado con fecha 21 de octubre de 2021.

el exterior, sino también para ingresar a Aysén⁸; se les exige a todos los futbolistas profesionales para que puedan practicar dicho deporte, y se exige en los canales de televisión para poder grabar en los estudios de filmación, por lo que tampoco ha existido un trato desigual, ni arbitrario, que atente contra el derecho de igualdad ante la ley.

Derecho a la vida privada y la honra del recurrente.

Finalmente, hacemos presente a S.S Iltma., que tampoco se ve afectado, conculcado y ni siquiera amenazado el derecho del recurrente a su vida privada ni a su honra, como consecuencia de la medida aprobada por el Pleno, que constaba en la página 8 del Protocolo Sanitario aplicable a la Convención Constitucional, toda vez que **no se afectó jamás la privacidad del recurrente respecto a su información personal en materia de salud, primero; porque nunca ha sido obligado a efectuarse una toma de test PCR; segundo, porque aun cuando se el recurrente llegase a someterse voluntariamente a dicho test, sus datos sensibles relacionados con su estado de salud y el resultado del mismo, tampoco serán publicados, sino que deben ser tratado bajo estricta reserva, por aplicación de lo dispuesto en la Ley N° 19.628.**

En cuanto a su derecho a la honra, cabe señalar que al respecto el recurso adolece de una manifiesta falta de fundamentación, ya que el Convencional Constituyente recurrente no explica mayormente los motivos o razones por las cuales estima que se vería afectado o amenazado tal derecho. En efecto, lo único que sostiene al respecto, consiste en lo siguiente: ***"¿qué sucedería si los resultados del Test PCR arrojan dolencias desdorosas las cuáles prefiero reservarme? Sucedería que se vulneraría este derecho"***.

Sobre el particular, cabe señalar que el resultado de un test PCR arroja como conclusión si la persona que se sometió al examen es positivo o negativo a COVID 19, pero de ello no se sigue una consecuencia desdorosa, es decir, algo que desprestigie o desacredite a la persona o que afecte su honra o consideración que los demás tienen respecto de dicha persona. En efecto, de resultar positivo, es decir, contagiado de Covid 19, de ello no se sigue que se manche la reputación o se afecte el respeto y buena opinión que se tiene de las cualidades morales y de la dignidad de una persona.

En consecuencia S.S. Iltma., no es posible sostener que la medida objeto de este recurso, adoptada y posteriormente dejada sin efecto por el Pleno de la Convención Constitucional,

⁸ Resolución Exenta N° 660, del MINSAL, de fecha 9 de noviembre de 2020 "3. Que, sigue siendo una medida válida, con la finalidad de garantizar el no ingreso a la Región de Aysén, de personas contagiadas por el virus Covid-19, que las personas que ingresen a la Región de Aysén, lo hagan portando resultado de examen negativo de PCR para Covid-19, resultado que no podrá exceder de 4 (cuatro) días, contado desde la toma de muestra, es decir, desde el momento que se hace el hisopado."

resulte atentatoria o represente una amenaza al derecho a la honra del recurrente, ya que nunca fue constreñido u obligado a efectuarse la toma de un test PCR, para ingresar a la Convención Constitucional, y porque dado el estado actual de medidas adoptadas para evitar el avance de la pandemia, tampoco existe forma alguna de concluir que el simple hecho de tomarse un test para detectar la eventual presencia de contagio de Covid 19 en una persona, genere lo que el recurrente denomina "*dolencias desdorosas*".

POR TANTO, en conformidad a lo previsto en el Artículos 6; 7; 19 N°1, 2, 4, 9, 20; y , Artículo 136 de la Constitución Política de la República y numeral 3 del Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales.

SOLICITAMOS A SS. ILTMA.; tener por evacuado el informe por parte de la Convención Constitucional, en calidad de órgano recurrido, y por efectuados los descargos y observaciones respecto del Recurso de Protección deducido por el Convencional Constituyente Sr. [REDACTED] y en consideración a los fundamentos de hecho y de derecho esgrimidos en esta presentación, se sirva rechazarlo, en todas sus partes, con costas.

OTROSÍ: Por este acto, venimos en acompañar copia de los siguientes documentos:

- 1.- Acta de la sesión ordinaria de Pleno N° 5, celebrada con fecha 13 de julio de 2021, en que consta el acuerdo de aprobar el Protocolo Covid para la Convención Constitucional.
- 2.- Propuesta de la Mesa Directiva de la Convención Constitucional, efectuada con fecha 22 de octubre de 2021, consistente en modificar el protocolo covid, dejando sin efecto el testeo de entrada y salida.
- 3.- Acta de la sesión ordinaria de Pleno N° 36, celebrada con fecha 28 de octubre de 2021, en que consta el acuerdo que deja sin efecto el numeral 8 del protocolo Covid, consistente en la toma de test PCR, en los casos que indica.
- 4.- "Informe Visita Edificio Ex Congreso Nacional Implementación Medidas Sanitarias de Prevención COVID-19" , elaborado por el Colegio Médico de Chile con fecha 7 de julio de 2021.
- 5.- Oficio Ord. N° 2191, de fecha 8 de julio de 2021, de la SEREMI de Salud de la Región Metropolitana, mediante el cual formuló una serie de recomendaciones sanitarias a la Convención Constitucional.
- 6.- PROTOCOLO SANITARIO PARA LA CONVENCION CONSTITUCIONAL DE CHILE, EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA POR COVID-19, elaborado por el Colegio Médico, Sociedad Chilena de Epidemiología y Sociedad Chilena de Salubridad.