

APELA.-

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN

Álvaro Ferrer Del Valle, abogado, por la parte recurrente, en autos sobre protección Rol N° 372-2021, respetuosamente digo:

Que de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2° del numeral 6° del Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, contenido en el Acta N° 94-2015 (en adelante, el “Auto Acordado”), y estando dentro de plazo, vengo en interponer recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva de fecha 15 de marzo de 2021, que rechazó el recurso de protección interpuesto por don **Miguel Ignacio Espinoza Cid, María Cervantes Hernández, Marcela Concha Page, Ana Rocío de los Andes Benavente Muñoz, Sandra Matamala Martin, Natalia del Carmen Bañados Arévalo, Rodrigo Nicolás Olivari Cid, Marta Rodríguez Tresckow, Sybille Johanna Hecker Neira, Sandra Paulina Palma Gómez, Santiago Acevedo Ferrer, Ignacio José Salazar Schmidt, Yanet Novoa Escalona, Carlos Esteban Beltrán Saldivia, Carlos Gabriel Beltrán Díaz, Carmen Díaz del Río, César Muñoz Céspedes, Camila Alejandra Garri Momles, José Manuel Ochoa Espinoza, María Constanza Davanzo Caram, Inés Solange Anguita, María Eugenia Guerrero Moena y Carmen Andaur Vignolo**, en contra del Ministro de Salud, don **Óscar Enrique Paris Mancilla**, por los fundamentos de hecho y de Derecho que pasaré a exponer a continuación:

I. Los Hechos:

1. El pasado 10 de febrero de 2021, esta parte interpuso un recurso de protección en contra del Ministerio de Salud, por su actuar ilegal y arbitrario consistente en extender la prohibición de celebrar “eventos con público”, contenida en el N° 51 de la Resolución Exenta N° 43, a la Misa. Ello, a raíz de la publicación del documento “Estrategia Gradual Paso a Paso” en la página web del Gobierno, el cual incluye en su página 10 un cuadro en el que por vía ejemplar se dice que la Misa sería un tipo de “evento con público en que los asistentes tienen una ubicación fija

y designada”¹y, en consecuencia, estaría prohibida todos los días en las comunas en Cuarentena, y los fines de semana y festivos en las comunas en Transición.

2. La causa de pedir de dicha acción consiste en el efecto inconstitucional, ilegal y arbitrario que dicha extensión produce, toda vez que afecta en su contenido esencial el derecho al libre ejercicio del culto de los recurrentes, sea suspendiéndolo de facto respecto de quienes residen en comunas en Cuarentena y Transición, sea amenazándolo en forma real, cierta, precisa y concreta, cuando nos referimos a los recurrentes que residen en comunas en Preparación.

3. Así, sostenemos que extender la prohibición de participar en eventos con público a la Misa, especialmente a la dominical, es ilegal por cuanto vulnera la Constitución y los Tratados Internacionales ratificados por Chile y actualmente vigentes. La acción interpuesta por esta parte, refiere de manera bastante detallada cómo es que el actuar de la recurrida contraviene lo dispuesto (a) en el inciso cuarto del artículo 1° de la Constitución, que establece el deber del Estado a promover el bien común, procurando para ello, la mayor realización espiritual y material posible de todos y cada uno de los miembros de la comunidad, (b) el derecho a la libertad de conciencia y religión consagrado en el numeral 6° del artículo 19 de la misma Carta Fundamental, y en los artículos 12 y 18 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; (c) lo dispuesto en los artículos 27 y 4 de la Convención y del Pacto ya citados, que disponen que la libertad religiosa y de culto es de aquellos derechos que no admiten suspensión, ni aún en situaciones de excepción constitucional (y contraviniendo estas normas, incumple además lo dispuesto en el artículo 5° inciso segundo de la Carta Fundamental, que obliga a Chile a cumplir con dichas normas internacionales), (d) lo dispuesto en el artículo 7 de la Constitución, que establece que los órganos del Estado deben actuar en la forma prescrita por la ley, y no se pueden atribuir otros derechos o facultades (como por ejemplo, prohibir la celebración y participación presencial en la Misa en ciertas comunas), ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias como las que estamos viviendo; y (e) lo dispuesto en el artículo 19 N° 26 de la Carta Magna que señala que un derecho fundamental como la libertad de conciencia y religión, goza de reserva legal, lo que supone que sólo puede ser regulado (no prohibido o suspendido) por la ley y, en todo caso, que dicha regulación jamás puede afectar el ejercicio de dicho derecho en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

¹Al respecto, cabe hacer presente que, la interpretación que realiza en dicho documento la autoridad sanitaria, es errada. La Resolución Exenta N°43 no mencionaba en ninguna parte a los ritos, cultos y ceremonias religiosas. La letra c) del numeral 47° de dicha Resolución define los eventos con público en que los asistentes tienen ubicación fija como “*aquellas convocatorias de carácter no habitual y programado en que, por la naturaleza del evento, las personas permanecen en un mismo lugar durante toda la duración del mismo*”. Sin embargo, al ser la Misa (al igual que otras ceremonias de culto religioso), una actividad habitual, programada, con horarios pre- definidos y establecidos, no cabe incluirla dentro de la definición recién citada. Es por ello, que del sentido natural y obvio de dicha disposición no cabría tampoco hacerle extensiva a las Misas y cultos religiosos la prohibición establecida en el numeral 51° de la Resolución Exenta N°43, aplicable a las comunas en Cuarentena y los fines de semanas y festivos a las comunas en Transición. Sin embargo, en forma paralela a la publicación en el Diario Oficial de la Resolución Exenta N°43 del Ministerio.

4. Asimismo, y tal como se señaló en los alegatos, el actuar de la recurrida es completamente arbitrario. Cuando el Estado regula o impone límites al ejercicio de ciertos derechos fundamentales, debe hacerlo en forma razonable. Así lo ha hecho con otros derechos fundamentales; por ejemplo, respecto de la integridad psíquica, estableció ciertos permisos para hacer deporte o para que los niños puedan salir a jugar; respecto de la integridad física, permite ir a comprar para abastecerse de bienes esenciales y no esenciales, etc.; respecto de la libertad económica y de trabajo, entrega ciertos permisos especiales para trabajadores de pequeñas, medianas y grandes empresas que no pueden ejercer sus labores por medios telemáticos; etc. Sin embargo, respecto a la libertad de conciencia y de religión, la autoridad recurrida optó simplemente por extender la prohibición que rige en comunas en Cuarentena (y los fines de semana y festivos, en comunas en Transición) a la Misa, prohibiendo la celebración y participación presencial en ella. Ello implica que los residentes de dichas comunas, que pueden utilizar cierta cantidad de “permisos de desplazamiento” a la semana para realizar cualquier actividad que no se encuentre prohibida, no pueden servirse de ellos para asistir a la Misa o a otro culto religioso, aun cuando en dichas ceremonias se cumplan con todas las medidas sanitarias recomendadas por la autoridad (uso de mascarillas, lavado de manos, distanciamiento social, desinfección de espacios, etc.).

5. Luego de dichas consideraciones, el recurso presentado por esta parte arguye que la extensión de la prohibición de celebrar “eventos con público” a la Misa –cuestión que realiza la autoridad recurrida mediante la interpretación de la Resolución Exenta N°43, como ya señalamos–, implica suspender de facto el ejercicio del derecho a la libertad de culto de los recurrentes. Respecto a este punto, que constituye el eje central de nuestra acción, nos referiremos en el acápite siguiente.

6. Por otro lado, la **cosa pedida** de la acción interpuesta por esta parte fue, literalmente, la siguiente:

“Por tanto, respetuosamente solicito a S.S. Ilustrísima: tener por interpuesto este recurso de protección en contra del Ministro de Salud don Óscar Paris Mancilla, declararlo admisible y, en definitiva, acogerlo en todas sus partes, adoptando las medidas que juzgue necesarias para que se levante la prohibición de asistir a Misa el día domingo que pesa sobre quienes residimos en comunas en Cuarentena o Transición, reestableciendo así el imperio del Derecho y reparando el efecto ilegal e inconstitucional que dicha medida nos ha producido en la especie, al afectar la esencia de nuestro derecho fundamental a la libertad de culto”².

² Recurso de protección, causa Rol N°372-2021 seguida ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, p.25.

Cabe hacer presente que por medio de dicha petición NO se pidió al Ilustrísimo Tribunal que adoptase una política pública (es más, pide que se “adopten las medidas (...) para que levante la prohibición” y no, derechamente, “que S.S. Itma. levante la prohibición”).

Es más, especificando lo anterior, y en coherencia con la adopción de medidas solicitada, en estrados se pidió subsidiariamente a la Itma. Corte declarar que tanto el numeral 47 letra c) como el numeral 51 de la Resolución Exenta N°43, en cuanto se extienden a la Misa, prohibiendo la celebración y participación presencial de los recurrentes en ella, fueron dictados por la autoridad administrativa fuera del ámbito de su competencia y sin tener facultad legal para ello, infringiendo lo dispuesto en la Constitución Política y tratados internacionales precitados.

7. De lo anterior, se puede inferir que lo solicitado al Ilustrísimo Tribunal, de manera alguna importa (i) modificar o crear una política pública, (ii) tampoco importa decir u ordenar a la autoridad de gobierno lo que debe hacer, sino lo que NO puede hacer. Es decir, lo pedido a la Ilustrísima Corte fue, simplemente, declarar el límite constitucional, la barrera de protección al derecho constitucional al libre ejercicio del culto, el que no puede traspasar la autoridad de gobierno y conforme al cual dicha autoridad podrá dictar las políticas públicas que estime necesarias y prudentes en el ejercicio de sus facultades legales y constitucionales.

8. Sin embargo, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, resolvió rechazar el recurso en todas sus partes, al estimar:

*“**SÉPTIMO:** Que (...) lo que los actores reprochan específicamente es que no pueden asistir presencialmente a la Misa dominical, **que es sólo una de las manifestaciones del culto religioso,** conforme lo disponen los artículos 6° letra b) y 7° letra a) de la Ley 19.638.*

***OCTAVO:** Que (...) no se divisa cómo las medidas adoptadas en el nuevo Plan Paso a Paso, que se contienen en la citada Resolución Exenta N°43, priven o suspendan de facto y de manera esencial su derecho a la libertad de culto, como sostienen los recurrentes, ya que lo que se establece, es una restricción a una de las manifestaciones del culto, más no una prohibición, puesto que existen otras formas de ejercer este derecho, por ejemplo, escuchar la Santa Misa por vía remota, sistema que tienen implementadas muchas iglesias; o pedir que se les lleve la Comunión a la casa (...).*

***NOVENO:** Que, en este sentido se ha pronunciado la Excma. Corte Suprema, por ejemplo, mediante sentencia dictada en causa Rol N°43.768-20, de 14.05.2020, que resolvió lo que se sigue: “Que, no obstante, habiéndose declarado por el Presidente de la República el Estado de Catástrofe en todo el territorio nacional, es manifiesto que, el mérito, oportunidad, conveniencia y eficacia de tales medidas, queda radiado de manera privativa en las autoridades recurridas, toda vez que responden a la ejecución de una política pública de orden sanitario. Que la acción constitucional de protección no es la vía idónea para impugnar las supuestas omisiones que se reprochan a tales autoridades, desde que ello importaría arrogarse potestades que el Constituyente ha radicado de manera exclusiva en el Poder Ejecutivo, más aún en un Estado de Excepción Constitucional”.*

***DÉCIMO:** Que este orden de razonamientos conduce a descartar una acción u omisión ilegal o arbitraria atribuible al Ministro de Salud recurrido, y, por el contrario, permite sostener que la dictación de la Resolución Exenta N°43, de 14 de enero de 2021, se ajusta a la situación sanitaria actual del país, cuestión que conduce a desechar la protección impetrada sin mayores dilaciones.*”

II. El Derecho:

Respecto a los fundamentos jurídicos en que se funda esta apelación, consideramos que:

1. En primer lugar, el Ilustrísimo Tribunal incurre en infracción de ley, al interpretar y aplicar erróneamente lo dispuesto en el artículo 19 N°6 de la Carta Fundamental, en el artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en los artículos 3, 6 y 7 de la Ley 19.638, toda vez que en sus considerandos séptimo y octavo, asevera que la Misa dominical sería “*sólo una de las manifestaciones del culto religioso (...), puesto que existen otras formas de ejercer este derecho, por ejemplo, escuchar la Santa Misa por vía remota, sistema que tienen implementadas muchas iglesias; o pedir que se les lleve la Comunión a la casa”.*

- 1.1. De dicha afirmación se aprecia que el tribunal a quo asume tener las facultades legales para determinar que la participación presencial en la Misa es, para los fieles católicos, simplemente una entre muchas manifestaciones posibles de su fe, de modo tal que la prohibición de celebrar y participar en la Misa no constituiría una suspensión del derecho al libre ejercicio del culto de los recurrentes, sino tan solo una mera restricción del mismo.
- 1.2. Lo anterior revela el grave error de derecho en que incurre en fallo recurrido, por cuanto el sentenciador demuestra no comprender en su alcance y profundidad el derecho fundamental a la libertad de culto consagrado en las normas precitadas.
- 1.3. No lo comprende, por cuanto no es la Iltma. Corte la autoridad competente para siquiera opinar sobre el particular, es decir, para emitir juicio alguno sobre el lugar o papel que la participación en la Misa presencial constituye para la fe que profesan los recurrentes.
- 1.4. No lo comprende, puesto que al emitir semejante juicio se arroga facultades que no tiene, inmiscuyéndose en asuntos para los cuales carece de jurisdicción.
- 1.5. No lo comprende, y por ello, erradamente sostiene que la prohibición de participar presencialmente en la Misa sería una simple restricción del derecho al libre ejercicio del culto de los recurrentes, pero no una suspensión del mismo.

- 1.6. En efecto, no corresponde a ninguna autoridad civil, sea que pertenezca al Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial, determinar o dictaminar el modo en que los creyentes –católicos o de cualquier denominación religiosa– pueden o deben practicar su fe, señalando que existen “otros modos” de practicar el culto. Esa pretensión es directamente contraria a la libertad de conciencia y a la no intromisión del Estado en las cuestiones esenciales de cada credo religioso, conforme a la plena autonomía que la Ley N° 19.638 reconoce a las comunidades religiosas de acuerdo con sus propios fines. No es, por tanto, la Iltma. Corte la que puede estimar si acaso la participación presencial en la Misa es para los recurrentes una cuestión accidental, reemplazable por otras vías o actividades.
- 1.7. Es más, sin bien la Iltma. Corte tiene jurisdicción para conocer y resolver el asunto sometido a su conocimiento, carece de jurisdicción para inmiscuirse en materias de orden espiritual, precisamente como es la participación presencial en la Misa para los creyentes católicos y lo que ello implica en conformidad a su fe. Es el mismo Código Orgánico de Tribunales, al delimitar el ámbito en que corresponde ejercer jurisdicción a los tribunales estatales, el que dispone lo siguiente: "Artículo 5°. A los tribunales mencionados en este artículo corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan, sin perjuicio de las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes.
- 1.8. Así las cosas, el fallo recurrido es contrario a Derecho, puesto que el argumento del sentenciador objetivamente descansa en un juicio referido a materias de orden espiritual y que, como tales, la Iltma. Corte no podía ni puede juzgar, inmiscuyéndose en disposiciones litúrgicas que no son materia de su conocimiento. En tal sentido, lo que correspondía al tribunal a quo, conforme a lo dispuesto específicamente en el artículo 7 de la Ley N° 19.638, era reconocer la plena autonomía de la Iglesia Católica para el desarrollo de sus fines propios, atendiendo, en consecuencia, a la enseñanza de la Iglesia sobre el particular, la que constaba en las presentaciones escritas de esta parte y que fue reiterada en estrados:
- 1.9. La Eucaristía es EL culto por excelencia de la religión católica, sin que existan otros capaces de sustituirla. En ella, (i) el cristiano descubre la dimensión comunitaria de su propia existencia redimida y (ii) recibe al mismo Cristo, en su Cuerpo, Sangre, Alma y Divinidad, haciendo cada vez más íntima y profunda su pertenencia a él³. La

³ BENEDICTO XVI: *Exhortación Apostólica Sacramentum Caritatis*, N°76: “La importancia del domingo como dies Ecclesiae nos remite a la relación intrínseca entre la victoria de Jesús sobre el mal y sobre la muerte y nuestra pertenencia a su Cuerpo eclesial. En efecto, en el Día del Señor todo cristiano descubre también la dimensión comunitaria de su propia existencia redimida. Participar en la acción litúrgica, comulgar el Cuerpo y la Sangre de Cristo quiere decir, al mismo tiempo, hacer cada vez más íntima y

Eucaristía es la "fuente y culmen de toda la vida cristiana": "Los demás sacramentos, como también todos los ministerios eclesiales y las obras de apostolado, están unidos a la Eucaristía y a ella se ordenan. La sagrada Eucaristía, en efecto, contiene todo el bien espiritual de la Iglesia, es decir, Cristo mismo, nuestra Pascua" (Catecismo de la Iglesia Católica, can. 1324).

- 1.10. En conformidad con lo expuesto en el párrafo anterior, el pasado 15 de agosto de 2020, la Congregación del Culto Divino y la Disciplina de los Sacramentos, emitió un comunicado, aprobado por el Papa Francisco, en el cual se sostiene que:

“Aun cuando los medios de comunicación desarrollen un apreciado servicio a los servicios a los enfermos y aquellos que están imposibilitados para ir a la iglesia, y han prestado un gran servicio en la transmisión de la Santa Misa en el tiempo en el que no había posibilidad de celebrarla comunitariamente, ninguna transmisión es equiparable a la participación personal o puede sustituirla. Más aun, estas transmisiones, por sí solas, corren el riesgo de alejar de un encuentro personal e íntimo con el Dios encargado que se ha entregado a nosotros no de modo virtual, sino realmente, diciendo “El que come mi carne y bebe mi sangre habita en mí y yo en él” (Jn. 6, 56). Este contacto físico con el Señor es vital, indispensable, insustituible”.

- 1.11. Tal es el sustento objetivo en la enseñanza de la Iglesia Católica por más de dos mil años. Para un católico- y cabe insistir en este punto- la Misa es el Pan de Vida que necesita para alimentar su alma, porque es mediante la participación presencial en la Misa que el recurrente puede recibir la Eucaristía, que es nada menos que el mismo Cristo, en su Cuerpo, Sangre, Alma y Divinidad. La Corte Suprema de Estados Unidos demostró una adecuada comprensión de la cuestión, al resolver en noviembre pasado que *“aunque algunos puedan observar los servicios religiosos por televisión, tal participación remota no es lo mismo que la asistencia presencial: los católicos que ven la Misa desde la casa no pueden recibir la Comunión”*⁴. Por eso es que la Iglesia recomienda asistir

profunda la propia pertenencia a Él, que murió por nosotros (cf. 1 Co 6,19 s.; 7,23). Verdaderamente, quién se alimenta de Cristo vive por Él. (...) La comunión tiene siempre y de modo inseparable una connotación vertical y una horizontal: comunión con Dios y comunión con los hermanos y hermanas. Las dos dimensiones se encuentran misteriosamente en el don eucarístico. « Donde se destruye la comunión con Dios, que es comunión con el Padre, con el Hijo y con el Espíritu Santo, se destruye también la raíz y el manantial de la comunión con nosotros. Y donde no se vive la comunión entre nosotros, tampoco es viva y verdadera la comunión con el Dios Trinitario ».[215] (...). La forma eucarística de la vida cristiana es sin duda una forma eclesial y comunitaria (...) El cristianismo, desde sus comienzos, supone siempre una compañía, una red de relaciones vivificadas continuamente por la escucha de la Palabra, la Celebración eucarística y animadas por el Espíritu Santo”.

⁴ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (2020): “ROMAN CATHOLIC DIOCESE OF BROOKLYN, NEW YORK v. ANDREW M. CUOMO, GOVERNOR OF NEW YORK”, November 25, 2020, 592 U.S., p. 5: **“There can be no question that the challenged restrictions, if enforced, will cause irreparable harm. The loss of First Amendment freedoms, for even minimal periods of time, unquestionably constitutes irreparable injury”**. Elrod v. Burns, 427 U.S. 347, 373 (1976) (plurality opinion). **If only 10 people are admitted to each service, the great majority of those who wish to attend Mass on Sunday or services in a synagogue on Shabbat will be barred. And while those who are shut out may in some instances be able to watch services on television, such remote viewing is not the same as personal attendance. Catholics who watch a Mass at home cannot receive communion, and there are important religious traditions in the Orthodox Jewish faith that require personal attendance”**.

a Misa frecuentemente, especialmente el día domingo, en que la participación de la Misa, ordinariamente, es un precepto, no un consejo⁵.

- 1.12. Así, dado que el tribunal a quo se inmiscuyó en asuntos donde es incompetente y carece de jurisdicción, estimando que la participación presencial en la Misa es “una dentro de muchas posibles manifestaciones de las creencias”, y no la esencial, desde tal premisa falsa es que incurrió en otro grave error, al estimar que la prohibición de participar presencialmente en la Misa sería una simple restricción más no la suspensión del derecho al libre ejercicio del culto de los recurrentes.
- 1.13. En efecto, el tribunal *a quo* confunde lo que sería una mera “restricción” o “limitación” con la “suspensión” de un derecho fundamental. Esta distinción está establecida expresamente en el artículo 12 de la Ley N° 18.415, sobre Estados de Excepción, al señalar que: “Se suspende una garantía constitucional cuando temporalmente se impide del todo su ejercicio (...), se restringe una garantía constitucional, cuando (...) se limita su ejercicio, sea en el fondo o en la forma”. Pues bien, impedir del todo el ejercicio de un derecho fundamental implica afectarlo en su esencia, en su contenido o núcleo esencial⁶, es decir, importa privarlo de aquello que le es consustancial⁷.
- 1.14. En el caso concreto, tratándose de la garantía constitucional que dispone el numeral 6° del artículo 19 de la Constitución, su contenido esencial no se agota en la posibilidad que tenga cada persona de rezar individualmente, en su fuero interno, dentro o fuera de su casa. Una garantía establecida y concebida en esos términos sería irrisoria, por una razón muy obvia, que es que hoy no existe la posibilidad de que el Estado o los particulares puedan coaccionar en forma real la conciencia de

5 Catecismo de la Iglesia Católica: **Can. 2176:** *La celebración del domingo cumple la prescripción moral, inscrita en el corazón del hombre, de “dar a Dios un culto exterior, visible, público y regular”.* **Can. 2177:** *El domingo, en el que se celebra el misterio pascual, por tradición apostólica, ha de observarse en toda la Iglesia como fiesta primordial de precepto.* **Can. 2180:** *“El domingo y las demás fiestas de precepto los fieles tienen obligación de participar en la misa” (CIC can. 1247). Cumple el precepto de participar en la misa quien asiste a ella.* **Can. 2181:** *La Eucaristía del domingo fundamenta y confirma toda la práctica cristiana. Por eso los fieles están obligados a participar en la Eucaristía los días de precepto.*

⁶ REQUEJO RODRÍQUEZ, Paloma. *Suspensión o supresión de los derechos fundamentales*. Universidad de Oviedo. Revista de Derecho Político, N° 51, 2001, p. 112: “Durante la suspensión, a nuestro juicio, el legislador no ha de respetar el contenido esencial del derecho, entendiéndose como se entienda. Ya sea desde una perspectiva «espacial», jurisprudencial y doctrinalmente mayoritaria, que lo define bien como «las facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro», bien como «la parte del derecho absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho resulten real, concreta y efectivamente protegidos»; ya sea desde una visión «temporal», tal y como lo conceptúa J. Jiménez Campo, identificándolo con «la imagen del derecho que viene dada por la tradición de la cultura jurídica» y que debe permanecer siempre reconocible”.

⁷ STC 43 c. 21: “Un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera que deja de ser reconocible. Y se impide su libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”. En el mismo sentido, STC 200 c. 4, STC 226 c. 38, STC 280 cc. 13 y 29, STC 541 c. 14, STC 1046 c. 23, STC 1345 c. 10, STC 2381 c. 39, STC 2475 c. 20, STC 2643 c. 18, STC 2644 c. 18, STC 2693 c. 10, STC 2841 c. 25, STC 3121 c. 36, STC 5225 c. 17, STC 5599 c. 28, STC 6685 c. 40, STC 5674 c. 15, STC 4914 c. 30, STC 5020 c. 16, STC 5367 c. 19, STC 4200 cc. 39 y 42, STC 7972 c. 66.

las personas en su fuero interno. Por ello, concebir de ese modo la garantía implicaría el absurdo de proteger lo que no necesita protección, puesto que no puede ser vulnerado.

- 1.15. ¿Qué queda del libre ejercicio del culto –que es una actividad externa, pública y comunitaria– si se prohíbe su celebración y la participación en él? Sencillamente, nada, o al menos no queda nada esencial. Es por lo anterior que, impedir la asistencia presencial a Misa, es privar a este derecho de aquello que le es consustancial, desdibujándolo por completo, por cuanto para los recurrentes, conforme a su fe, como ya señalamos, la Misa es la celebración externa, pública y comunitaria, ESENCIAL de su fe. Por ello, para los recurrentes, en cuanto fieles católicos, participar presencialmente en la Misa, y no mediante algún sucedáneo telemático, es lo esencial y consustancial a su derecho al libre ejercicio del culto, cuya prohibición importa afectar la esencia del mismo derecho fundamental, lo cual no es posible de conformidad con lo establecido en el artículo 19 N° 26 de la Constitución.
- 1.16. Mejor comprensión y criterio demostró sobre el particular la misma Corte de Apelaciones de Concepción, en julio del año pasado, cuando al acoger un recurso de protección (Rol N°11.125-2020), resolvió que “prohibir” las actividades religiosas importa apartarse del mandato constitucional y de la ley 19.638, toda vez que el artículo 43 inciso tercero de la Constitución, al referirse al estado de excepción constitucional de catástrofe, concede al Presidente de la República la facultad de “restringir” las libertades de locomoción y de reunión; más no la de suprimir o suspender tales derechos, por lo cual no está facultado para “prohibir” el derecho a reunirse de las personas con ocasión de la celebración de un culto religioso⁸.
- 1.17. A la luz de lo señalado, resulta entonces evidente el error del fallo recurrido, por cuanto considera que la prohibición celebrar y participar de manera presencial en la

⁸ Cfr. ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2020): Sentencia definitiva, 23 de julio, en causa de Protección Rol N°11.125-2020, considerandos 17°-19°: “17°) *Que, en consecuencia, las normas antes citadas llevan a concluir que la SEREMI de Salud del Biobío, al dictar la resolución N° 1.094 de 23 de marzo pasado, “prohibiendo” las actividades religiosas, se apartó del mandato constitucional y de la ley antes señalada, toda vez que el artículo 43 inciso tercero, de la Constitución Política de la República, al referirse al estado de excepción constitucional de catástrofe, (D.S. 104 del Ministerio del Interior u Seguridad Pública antes indicado), concede solo al Presidente de la República la facultad de “restringir” las libertades de locomoción y de reunión; más no la de suprimir o suspender tales derechos.* 18°) *Que, en efecto, la Ley N°18.415 Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, dispone en su artículo 1° que, “el ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución Política asegura a todas las personas, sólo puede ser afectado en las situaciones en que ésta lo autoriza y siempre que se encuentren vigentes los estados de excepción que ella establece.” Y en su artículo 12 establece: “Entiéndese que se suspende una garantía constitucional cuando temporalmente se impide del todo su ejercicio durante la vigencia de un estado de excepción constitucional”. “Asimismo, entiéndese que se restringe una garantía constitucional cuando, durante la vigencia de un estado de excepción, se limita su ejercicio en el fondo o en la forma”. 19°) *Que, en consecuencia, solo el Presidente de la República tiene la facultad de restringir el derecho de reunión en el estado de catástrofe por calamidad pública en que se encuentra el país desde el 18 de marzo pasado, más nunca “prohibir” el derecho a reunirse de las personas con ocasión de la celebración de un culto religioso. De allí entonces, que el Ministerio de Salud al dictar la Resolución Exenta 341 sólo “restringe” el derecho a reunión a que esta no supere la cantidad de 50 personas, cualquiera sea el motivo de ella”.**

Misa pueda ser una simple restricción del derecho al libre ejercicio del culto de los recurrentes, cuando dicha medida, impuesta ilegal y arbitrariamente mediante el actuar de la autoridad recurrida, consiste objetivamente, y según lo ya expuesto, en su suspensión de facto.

- 1.18. Es por ello que el Ilustrísimo Tribunal, se equivoca al entender que la autoridad recurrida actuó en forma legal y no arbitraria, cuando ésta carece de facultades legales, aún en el contexto de un estado excepcional de catástrofe, para prohibir la Misa. Al contrario, al hacer aplicable la prohibición contenida en el N° 51 de la Resolución Exenta N° 43 a la Misa, mediante su actuar la autoridad sanitaria contravino lo dispuesto en los artículos 27 y 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente; y el inciso 2° del artículo 5, así como el artículo 7 de nuestra Carta Fundamental.
2. En segundo lugar, el Tribunal *a quo* yerra en cuál es la causa de pedir de la acción intentada y, de este modo, no se pronuncia ni resuelve realmente la cuestión controvertida sometida a su conocimiento relativa a la ilegalidad y arbitrariedad del actuar de la autoridad recurrida. Muestra de lo anterior, es que en el primer párrafo del Considerando 9° del fallo recurrido se cita una sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, que establece que: “*es manifiesto que, el mérito, oportunidad, conveniencia y eficacia de tales medidas, queda radicado de manera privativa en las autoridades recurridas, toda vez que responden a la ejecución de una política pública de orden sanitario*”. Sin embargo, dicha jurisprudencia no resulta aplicable en el caso de autos y demuestra el error del sentenciador respecto a la causa de pedir de esta acción.
- 2.1. En efecto, la acción intentada no refiere al mérito o a los fundamentos técnicos de una u otra decisión adoptada por la autoridad (en este caso, la extensión de la prohibición contenida en el numeral 51° de la Resolución N°43 del Ministerio de Salud a la Misa, especialmente a la dominical). No buscamos impugnar medidas tales como el uso de mascarilla obligatorio, las reglas de distanciamiento físico, lavado de manos, desinfección de espacios, establecimiento de cuarentenas, etc.; tampoco se impugna la decisión de la autoridad de determinar que una comuna esté en una u otra fase, ni se recurre en contra de la decisión de decretar uno u otro Estado de Excepción Constitucional. No se pretende cuestionar el mérito, la oportunidad ni la conveniencia de tales decisiones, puesto que poseen un fundamento de carácter técnico propio de este tipo de medidas.
- 2.2. Lo que se sometió, en cambio, al conocimiento y resolución de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción fue, como señalamos en el primer acápite de esta presentación, el efecto inconstitucional, ilegal y arbitrario que produce el actuar de la autoridad recurrida al extender la prohibición de celebrar

“eventos con público” a la Misa –NO la norma *per se*– acción que afecta de modo esencial el legítimo ejercicio del derecho constitucional al libre ejercicio del culto de los recurrentes, toda vez que la resolución Exenta N° 43 del Ministerio de Salud en ninguna parte menciona las celebraciones, oficios o cultos religiosos como eventos con público cuya realización y participación esté prohibida, de modo que prohibirlos obedece, más bien, al modo en que la autoridad sanitaria interpreta y aplica la norma, pero no a una disposición expresa de ella, cuestión que es requerida, sobra decirlo, cuando se trata de la prohibición de un derecho fundamental, el que como tal debe ser regulado en conformidad a la ley, de modo razonable, y no arbitrariamente prohibido sin más. Esta es la causa de pedir, y como tal, merced a ser objeto de pronunciamiento por parte de la Il. Corte, lo que no ocurrió.

3. En tercer lugar, el fallo recurrido incurrió en un error al apreciar la cosa pedida por esta parte al Ilustrísimo Tribunal. El segundo párrafo de su Considerando Noveno señala *“Que la acción constitucional de protección no es la vía idónea para impugnar las supuestas omisiones que se reprochan a tales autoridades, desde que ello importaría arrogarse potestades que el Constituyente ha radicado de manera exclusiva en el Poder Ejecutivo, más aún en un Estado de Excepción Constitucional”*.

- 3.1. Esto es un error La circunstancia de encontrarse actualmente vigente un Estado de Excepción Constitucional no impide que los tribunales de justicia puedan revisar la legalidad de las medidas adoptadas por la autoridad de Gobierno cuando éstas afectan derechos fundamentales, como bien señala el artículo 45 de la Constitución, el cual dispone: *“Los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para decretar los estados de excepción, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 39. No obstante, respecto de las medidas particulares que afecten derechos constitucionales, siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales a través de los recursos que corresponda (...)”*.⁹ Es por ello que, cuando de derechos fundamentales se trata, nunca, jamás, los actos del Ejecutivo podrán estar exentos de control por parte de los Tribunales de Justicia, los cuales deben por su parte, garantizar que dichos actos se enmarquen dentro de los límites que la misma Constitución señala.

⁹ Lo destacado de la norma citada, corresponde al inciso segundo de dicho artículo, el cual fue introducido mediante la Reforma Constitucional del año 2005. En efecto, la norma original de la Constitución de 1980 –contemplada en el artículo 41 N°3– impedía a los tribunales de justicia controlar los actos de la Administración dictados con ocasión de un Estado de Excepción Constitucional, estableciendo que: *“Los tribunales de justicia no podrán, en caso alguno, entrar a calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocados por la autoridad para adoptar las medidas en el ejercicio de las facultades excepcionales que le confiere esta Constitución”*.

- 3.2. Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre este tema, señalando que: *“Teniendo en cuenta que la Democracia y el Estado de Derecho son condiciones necesarias para lograr la vigencia y el respeto de los derechos humanos, y que la naturaleza jurídica de las limitaciones a dichos derechos puede tener impactos directos en los Estados, la Comisión afirma el rol fundamental de la independencia y de la actuación de los poderes públicos y las instituciones de control, en particular de los poderes judiciales y legislativos, cuyo funcionamiento debe ser asegurado aún en contextos de pandemia”*¹⁰. Luego, en su numeral 24 dicha Resolución plantea que los Estados deben *“abstenerse de suspender procedimientos judiciales idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades, entre ellos las acciones de hábeas corpus y amparo para controlar las actuaciones de las autoridades (...)”*. Por tanto, la Comisión reconoce que, aun siendo necesaria la adopción de medidas extraordinarias que restrinjan en cierta medida algunos derechos fundamentales, ello no obsta a que dichas decisiones puedan ser objeto de control judicial, más aún cuando se cuestiona su ilegalidad y consecuente vulneración de derechos fundamentales, como es el caso.
- 3.3. También en lo relativo a este tema, el profesor don Lautaro Ríos expresa que *“el único poder independiente e idóneo para resguardar los derechos de las personas injusta o arbitrariamente afectadas en los Estados de Excepción Constitucional, es el Poder Judicial. De tal manera, la defensa judicial de los derechos humanos sólo puede hacerse efectiva mediante el ejercicio de las acciones y recursos que la Constitución otorga a aquéllos cuyos derechos fundamentales se vean indebidamente atropellados por efecto de las medidas adoptadas por el gobierno en estos estados”*.¹¹
- 3.4. Hecha esa aclaración, cabe precisar que **lo solicitado en el recurso de autos no es la adopción de una política pública por parte de esta judicatura ni que anule o corrija la actualmente vigente en la materia –cuestión que es privativa del Ejecutivo–**. Pero, como ya señalamos, los Tribunales de Justicia sí pueden fijar los límites constitucionales dentro de los cuales la autoridad, en este caso, sanitaria, pueda ejercer libremente sus facultades, siendo al mismo tiempo respetuosa de los derechos fundamentales de los recurrentes.
- 3.5. Para evitar cualquier equívoco, reiteramos lo expresamente solicitado: primero, declarar que la celebración y participación presencial en la Misa no está prohibida en cuanto no está comprendida en la definición del número 47 letra c) ni en la prohibición dispuesta en el numeral 51, ambos de la Resolución Exenta N° 43 del

¹⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Resolución N°1/2020, “*Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*”, p. 6. Disponible digitalmente en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf> (Fecha de búsqueda: 20-1-2021, 8:00 hrs.)

¹¹ RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (2009): *Defensa judicial de los Derechos Humanos en los Estados de Excepción*, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Año 7, N° 1, ISSN 0718-0195, p. 291.

Ministerio de Salud, la cual nada dice sobre ceremonias, oficios o ritos religiosos; segundo, declarar que la Misa no puede ser incluida por la autoridad en la definición del numeral 47 letra c) precitado, ni tampoco se puede prohibir su realización y/o participación en ella, sea mediante la Resolución Exenta N° 43 del Ministerio de Salud, o sus modificaciones, o cualquier otra resolución, por cuanto la participación presencial de los recurrentes en la Misa es un elemento de la esencia del derecho a la libertad de religión y de culto, que expresamente protege el culto público y en comunidad con otros; y tercero, en subsidio de lo anterior, para el evento que la Iltma. Corte considerase que la Misa sí se encuentra comprendida en los eventos con público regulados por Resolución Exenta N°43 del Ministerio de Salud, declarase que tanto el numeral 47 letra c) como el numeral 51 de la Resolución Exenta N°43, en cuanto se extienden a la Misa, prohibiendo su realización y la participación de los recurrentes en ella, fueron dictados por la autoridad administrativa fuera del ámbito de su competencia y sin tener facultad legal para ello, infringiendo lo dispuesto en la Constitución Política y tratados internacionales.

- 3.6. A la luz de lo expuesto, cabe señalar además, que lo que constituye la esencia de nuestro petitorio, no es simplemente la declaración de ilegalidad de una u otra norma, cuestión que se podría intentar por la vía administrativa, sino que dice relación ante todo, con la protección de un derecho fundamental, en este caso el libre ejercicio del culto, de cuya privación han sido víctimas los recurrentes de autos, causándoles un agravio de particular gravedad, y que requiere, por tanto, ser corregido mediante un remedio pronto y eficaz¹².
- 3.7. Por último, y a modo de cierre cabe señalar que, mediante lo expuesto en los numerales anteriores, no se pretende controvertir el hecho de que la autoridad sanitaria tenga competencia para limitar o restringir –aunque, jamás suspender– el ejercicio libre del culto, en razón de la pandemia. Sin embargo, como cualquier limitación o restricción al ejercicio de los derechos fundamentales, la autoridad debe sujetar su actuar a lo dispuesto en el numeral 26° del artículo 19 de la Constitución

¹² Es por ello que reiteramos acá lo expuesto por el profesor don Juan Carlos Ferrada Bórquez, que refiere al carácter cautelar del recurso de protección al analizar la vinculación que existe entre dicha acción y otros procesos especiales- e incluso, respecto de la misma acción de nulidad de derecho público-, la cual supondría una relación de exclusión en relación con objeto pedido en cada una de ellas. “*Así, sería procedente el recurso de protección, como proceso de impugnación del acto administrativo, en aquellos casos en que se pretende la tutela de un derecho fundamental de aquellos especialmente amparados por esta vía, y el acto impugnado supone una privación perturbación o amenaza de los mismos. En cambio, será aplicable el proceso especial en aquellos casos en que se discuta la mera legalidad o regularidad del acto administrativo en general, o la protección de un derecho no fundamental o un interés legítimo- en los casos que proceda-, pero sin que esté comprometido directa e inmediatamente un derecho fundamental del particular. Lo anterior también operaría en el caso del recurso de protección y el proceso de nulidad de Derecho Público (...). Así, si lo solicitado por el actor es el amparo de un derecho fundamental, el proceso que corresponde utilizar es el recurso de protección. En cambio, si lo perseguido es la impugnación de la validez del acto, protegiendo un derecho o interés del actor, el proceso elegido debe ser la nulidad de Derecho público, ya que no hay en juego derecho fundamental comprometido en la especie?*” (FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2011): *Los procesos administrativos en el derecho chileno*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI (Valparaíso, Chile, 2011, 1° semestre), p.275).

Política, no pudiendo afectarlos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. A fin de cuentas, si bien la autoridad sanitaria puede establecer limitaciones, éstas deben ser razonables, considerando el carácter esencial (y no social o recreativo) que tiene la participación presencial en la Misa para la vida de los recurrentes.

POR TANTO,

En atención a los argumentos antes desarrollados, y según lo dispuesto en el inciso 2° del numeral 6° del Auto Acordado de la Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, artículo 3°, 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, y demás normas pertinentes,

RESPETUOSAMENTE PIDO A S.S. ILUSTRÍSIMA: tener por interpuesto el recurso de apelación en contra de la sentencia de fecha 15 de marzo de 2021, en causa Rol N° 372-2021, que rechazó el recurso de protección deducido por los recurrentes ya individualizados en contra de don **Óscar Enrique Paris Mancilla**, concederlo y elevar el proceso al conocimiento de la **Excelentísima Corte Suprema**, a fin de que ésta, conforme a Derecho, revoque la sentencia apelada y adopte las medidas que estime necesarias para restablecer el imperio del Derecho, entre ellas, declarando:

1. Que la celebración y participación en la Santa Misa no está prohibida, porque ésta no está comprendida en la definición del N°47 letra c) ni en la prohibición que dispone en la disposición N°51, ambos de la Resolución N°43 del Ministerio de Salud, la cual nada dice sobre las ceremonias, ritos y oficios religiosos.
2. Que, en todo caso, la Misa, especialmente la dominical (en su carácter de precepto), no puede ser incluida en la autoridad en la definición de ese numeral 47 en su letra c), ni tampoco se puede prohibir su realización ni la participación presencial en ella, sea mediante la Resolución Exenta N°43, o sus modificaciones, o cualquier otra resolución o acto administrativo, puesto que la participación presencial de los recurrentes en la Santa Misa es esencial a la manifestación de sus creencias, y porque prohibirla importa, además, suspender su derecho al libre ejercicio del culto, lo cual no es posible ni está permitido, según los tratados internacionales vigentes, ni aún en estados de excepción constitucional.
3. Y, en subsidio de lo anterior, para el improbable evento que la Excelentísima Corte Suprema considerase que la Misa sí se encuentra comprendida en la regulación de eventos con público dispuesta en la Resolución Exenta N° 43 del Ministerio de Salud, declare que tanto el

numeral N°47 letra c), como el numeral N° 51 de la Resolución Exenta N°43 del Ministerio de Salud, en cuanto se extiende a la Santa Misa, prohibiendo su realización y participación en ella, fueron dictados por la autoridad recurrida fuera de su competencia, infringiendo la Constitución y Tratados Internacionales ya citados.