

Nº DE INGRESO : 3.316-2021

RECURSO : Protección

**EN LO PRINCIPAL:** EVACÚA INFORME. **EN EL OTROSÍ:** ACOMPAÑA DOCUMENTOS.

### **ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO**

Andrés Aylwin Chiorrini, abogado, en representación de la recurrida, “**JOYGLOBAL (CHILE) S.A.**”, en adelante, también referida como “Joyglobal” o la “Empresa”, en estos autos sobre recurso de protección caratulados “**DUHALDE con JOYGLOBAL**”, Rol Ingreso Corte N°**3.316-2021**, a SS. Iltma. respetuosamente digo:

Que, estando dentro de plazo, y de conformidad con lo dispuesto en el N°3 del Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales (“Auto Acordado”), vengo en evacuar el informe requerido por SS. Iltma., solicitando, desde ya, que se rechace el recurso de protección interpuesto por doña **Catalina Mariela Duhalde Órdenes** (la “recurrente”), en contra de mi representada, en mérito de las consideraciones de hecho y fundamentos de derecho que se exponen en esta presentación, con costas.

El presente informe se estructura de la siguiente manera: **I.** Síntesis de lo que se reclama en el recurso de protección. **II.** Antecedentes relevantes para la decisión del asunto. **III.** Negación expresa de los hechos imputados en el recurso. **IV.** Razones relativas a la forma de interposición del recurso que obstan a que pueda ser acogido. **V.** Inexistencia de un acto arbitrario o ilegal. **VI.** Inexistencia de una afectación –en grado de privación, perturbación o amenaza- de los derechos constitucionales cuya protección se requiere.

#### **I.**

#### **SÍNTESIS DE LO QUE SE RECLAMA EN EL RECURSO DE PROTECCIÓN**

En el petitorio de su recurso la recurrente reprocha como contrario a los derechos fundamentales previstos en los N°1 (integridad física y psíquica) y N°24 (propiedad) del artículo 19 de la Constitución, la conducta de exigirle la práctica de un examen de PCR. Estos

son los derechos fundamentales que aparecen citados en el petitorio del recurso, aunque, en algunos pasajes, se citan también aquellos contemplados en el número 2, 3, 6 y 9, del artículo 19 de la Constitución, aunque, como expondremos, sin mayor explicación.

El recurso plantea que Codelco Chile comenzó, en el mes de octubre del año 2020, a requerir exámenes de detección de infección por Covid-19 a los trabajadores -propios y terceros- que ingresaran a la faena minera de la División Radomiro Tomic. En ese lugar se desempeña la recurrente, bajo dependencia y subordinación de Joyglobal y en funciones de mecánico de equipos mineros pesados. Señala que, en un primer momento, la práctica de estos exámenes fue voluntaria, para después, por instrucciones de la mandante, transformarse en obligatorios. Refiere que, sin embargo, Joyglobal implementó únicamente el *test* de antígeno o PCR, que requiere de una toma de muestra a través de una irrupción invasiva en su nariz, la que califica de extremo invasiva.

Expone que sufre de crisis de pánico, trastornos del sueño y trastornos mixtos de ansiedad y depresión, todas afecciones psicológicas por las cuales se encuentra con reposo laboral. En ese contexto, se le habría extendido un certificado por su médico por el cual se aconsejaría la práctica de un *test* de anticuerpos, que requiere no una toma de una muestra de mucosa nasofaríngea, sino que de sangre. Con todo, mi representada no habría accedido al cambio de examen por ella propuesto, lesionándose con ello sus derechos constitucionales. De esta manera, argumenta que se la estaría obligando, contra su voluntad, a la práctica de un procedimiento médico que no ha consentido.

Tal acción -estima la recurrente-, corresponde a un actuar arbitrario e ilegal, pues es contrario a ciertas disposiciones de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, como también a otras contenidas en el denominado Código de Núremberg. Tales infracciones afectarían su derecho a la integridad psíquica (previsto en el N°1 del artículo 19 de la Constitución), pues se la sometería a un estrés innecesario y con un claro abuso reglamentario. Luego, en el cuerpo del escrito cita algunos otros derechos fundamentales, tales como la igualdad ante la ley (prevista en el N°2 del artículo 19 de la Constitución) o la libertad de conciencia (previsto en el N°6 del artículo 19 de la Constitución), para -quizá con error- citar en el petitorio el derecho de propiedad (previsto en el N°24 del artículo 19 de la Constitución). Respecto de estos últimos, sin embargo, no da ninguna explicación por la cual los entiende como vulnerados.

## II.

### ANTECEDENTES RELEVANTES PARA LA DECISIÓN DEL ASUNTO

## **1. Los exámenes de detección de infección del virus Covid-19 requeridos para el desempeño de las funciones.**

Mi representada -Joyglobal- es una empresa que fabrica y repara equipos pesados utilizados en la extracción y transporte de minerales, para la industria minera subterránea y de superficie. En tal calidad, presta servicios de mantenimiento de esos equipos para una serie de empresas en Chile. Entre ellos se encuentra la División Radomiro Tomic de Codelco, en cuya faena minera, producto de un contrato de prestación de servicios celebrado entre ambas empresas, personal de Joyglobal se dedica a la mantención de palas y cargadores frontales, equipos mineros pesados utilizados en la extracción y carguío de mineral en operaciones mineras a cielo abierto.

La industria minera constituye una actividad que ha sido calificada como de carácter esencial, en el contexto de la contingencia sanitaria producto de la pandemia producida por la irrupción del virus Covid-19, de manera que las **faenas mineras han continuado su operación, con personal reducido y bajo estrictas medidas de prevención de higiene industrial** que buscan impedir el contagio de la enfermedad en los centros de trabajo. La División Radomiro Tomic de Codelco comenzó, entre otras medidas de prevención, a exigir a todo el personal que ingrese a los recintos industriales tuviera un *test* de antígeno negativo.<sup>1</sup> Esta estrategia de testeo, según refieren las instrucciones otorgadas en el marco del sistema de gestión de salud y seguridad en el trabajo<sup>2</sup>, corresponde a una búsqueda activa de casos y es implementada, para el personal contratista, en virtud de la obligación de seguridad prevista para la empresa principal en el artículo 183 E del Código del Trabajo.

A partir de lo anterior, y en consideración, además, de las obligaciones de prevención que le son aplicables a mi representada conforme al artículo 184 del Código del Trabajo, se implementó por Joyglobal un proceso de **exámenes de testeo de presencia de antígenos**, practicados en laboratorios especialmente autorizados para ello.<sup>3</sup> Es relevante aclarar que, conforme al régimen de turnos de trabajo de mi representada en la faena minera Radomiro

---

<sup>1</sup> A partir de las Notas Internas N° DRT-GSSO-39-2020, de fecha 26 de septiembre de 2020 y N° DRT-GSSO-150-2020, de 9 de diciembre del mismo año.

<sup>2</sup> Instrumento de prevención de los riesgos del trabajo para todos los trabajadores que se desempeñan en una obra o faena dirigida por una empresa principal en régimen de subcontratación laboral, previsto en el artículo 66bis de la Ley 16.744 y regulado por el Decreto 76/2007, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

<sup>3</sup> En este caso, corresponde al Laboratorio Clínico Tecmed, ubicado en la ciudad de Calama, cuyo funcionamiento fue autorizado por la resolución de la SEREMI de Salud de Antofagasta, N° 3245, de 24 de septiembre de 2008.

Tomic, la estrategia de testeo supondría que cada trabajador debe realizarse este examen unas dos veces por mes.

Cabe precisar a este respecto que **el examen practicado no corresponde -como mal se refiere el recurso- a un PCR** (reacción en cadena de polimerasa), sino que, a uno de detección de antígenos. A diferencia del complejo análisis que requiere el PCR, el de antígenos corresponde a un inmunoensayo cromatográfico para la detección cualitativa de antígenos específicos del virus SARS-CoV-2, que pudiera encontrarse presente en la nasofaringe de los individuos afectados. En breve, **difieren ambos exámenes en su rapidez de conocimiento del resultado**, puesto que el examen de antígenos arroja un resultado dentro de unos 30 minutos, de manera que permite a las empresas adoptar medidas de prevención adecuadas, pues puede aplicarse inmediatamente antes del ingreso o dentro del primer día del turno de trabajo, conociéndose los resultados de manera casi instantánea. Difieren también en que el **test de antígenos requiere de una sola muestra de la mucosa del área, que se practica en escasos segundos, a diferencia a las dos propias del test PCR.**

También es relevante aclarar que en los exámenes en base a detección de anticuerpos - Inmunoglobulina G (IgG)<sup>4</sup> o Inmunoglobulina M (IgM)<sup>5</sup>- su muestra es capturada en sangre, suero o plasma de la punta de los dedos o muestras de sangre completa. Además, sus resultados no son concluyentes y presentarán dificultades para la adopción de medidas de prevención industrial, pues, su mayor eficacia se presentará en infecciones pasadas o avanzadas del virus.

De esta manera, el examen de detección de antígenos presenta claras ventajas respecto a ambos exámenes: rapidez y precisión, todo requerido para la adopción de medidas eficaces de prevención industrial.

Cabe aclarar, por último, que este tipo de exámenes no corresponde a un tratamiento médico.

## **2. La relación laboral con la recurrente.**

La relación laboral con la recurrente se encuentra plenamente vigente. Se inició por medio de contrato de trabajo de fecha 20 de abril de 2020, mediante el cual se convino la prestación

---

<sup>4</sup> Corresponde a un anticuerpo que se encuentra en la sangre y otros fluidos, y brinda protección frente a las infecciones bacterianas y víricas. La IgG puede tardar un tiempo en formarse después de una infección o vacunación.

<sup>5</sup> Corresponde a un anticuerpo que se encuentra en la sangre y líquido linfático, que corresponde al primer anticuerpo que fabrica el cuerpo para combatir una nueva infección.

de los servicios en el cargo de Electromecánico. La relación laboral se pactó a plazo fijo, siendo hoy una de carácter indefinido.

A contar el 1 de septiembre de 2020 las partes pactaron que los servicios serían prestados en la faena minera de la División Radomiro Tomic de Codelco. La jornada de trabajo corresponde a una de carácter excepcional de jornada de trabajo y descansos “7x7”, esto es, de 7 días de trabajo, seguidos de 7 días de descanso.

Las funciones convenidas con la demandante **deben prestarse necesariamente de manera presencial al interior de la faena minera**, pues implican el contacto con los equipos mineros que se encuentran bajo el cuidado de mi representada. De esta manera, no es posible una prestación de servicios a distancia o en modalidad de teletrabajo.

A contar del 21 de diciembre de 2020, y hasta la fecha, la recurrente se ha encontrado con reposo médico **por aflicciones que han sido calificadas por los organismos competentes como de carácter común y no profesional**.<sup>6</sup> El régimen de trabajo por turnos habría implicado que la recurrente haya debido practicarse el examen unas **dos veces por mes**. Sin embargo, ello no ha acontecido, pues se ha encontrado la recurrente con reposo médico.

La **primera noticia que se tiene acerca de la resistencia de la actora a practicarse el examen** de detección de antígenos es del día **24 de octubre de 2020**, fecha de un certificado médico cuya copia se acompaña a un otrosí de esta presentación.

### III.

#### NEGACIÓN EXPRESA DE LOS HECHOS IMPUTADOS EN EL RECURSO

Esta defensa niega todas las imputaciones que se hacen respecto de mi representada en el recurso intentado, en especial, negamos las siguientes aseveraciones:

(a) Que la División Radomiro Tomic de Codelco no haya especificado un *test* a ser aplicado a los trabajadores contratistas que ingresaren a sus dependencias.

(b) Que Joyglobal haya implementado un *test* PCR para la detección de la infección por Covid-19 de su personal.

---

<sup>6</sup> La resolución de calificación de los accidentes del trabajo y enfermedad profesional, número 6943005-0002, de fecha 3 de marzo de 2021, emitida por la Asociación Chilena de Seguridad, calificó las afecciones como de carácter común.

(c) Esta parte desconoce, y en consecuencia niega, que la recurrente padezca cualquiera de las afecciones psicológicas que describe en su recurso.

(d) Esta parte desconoce, y en consecuencia niega, que la práctica de un examen de antígenos sea la causa o agrave las afecciones psicológicas de la recurrente.

(e) Que el examen de anticuerpos tenga la misma efectividad que uno de antígenos, en el marco de una búsqueda activa de casos; que ese tipo de procesos contemplen esos tests; que sean efectivas las afirmaciones expuestas en el recurso acerca del *test* de PCR.

(f) Esta parte niega que haya actuado de manera ilegal o arbitraria, afectando, ya sea en grado de amenaza, privación o perturbación, el legítimo ejercicio de los derechos de la recurrente.

#### IV.

### **RAZONES RELATIVAS A LA FORMA DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO QUE OBSTAN A QUE PUEDA SER ACOGIDO**

#### **1. El recurso es extemporáneo.**

De conformidad a lo que dispuesto el N°1 del Auto Acordado, el recurso debe interponerse dentro del plazo fatal de 30 días corridos contados desde que la ocurrencia del acto o la ocurrencia de la omisión, o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, lo que se hará constar en autos. En el caso de reclamarse en contra de hechos materiales -como es el caso- toma relevancia el momento en que se tuvo conocimiento de estos por parte del afectado y, desde allí, comenzará el cómputo del plazo para la presentación del recurso. Esto ha sido puesto de relieve por la Excma. Corte Suprema, al disponer, respecto a la oportunidad en que se debe interponer la acción de protección, lo siguiente:

“Primero: Que conforme lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, el plazo para la interposición de la acción constitucional de protección debe necesariamente ser contado desde la fecha en que el afectado tomó conocimiento efectivo del acto que refiere como arbitrario o ilegal.”<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema, en causa Rol Ingreso N° 39.454-2017.

Pues bien, el recurso intentado es extemporáneo, lo que se desprende, en primer término, de su mismo texto. En efecto, en el número 1 y 2 de la exposición de los hechos, refiere el recurso que la exigencia de los exámenes -que califica erróneamente de PCR- fueron dispuestos e implementados en el mes de **octubre de 2020**.<sup>8</sup> También se desprende un conocimiento anterior de los hechos que se califican como lesivos a partir de los documentos que fueron acompañados al propio recurso, a saber, el certificado médico del número 6 del primer otrosí del escrito, fechado el **2 de enero de 2021**; las recetas médicas acompañadas bajo el número 6 de ese otrosí, de fecha **19 de enero de 2021** y **4 de febrero** del mismo año.

Igual conclusión puede desprenderse de las licencias médicas de la recurrente. La primera de ellas -por enfermedad común- le fue otorgada con fecha **1 de octubre de 2020**. También de las Notas Internas de Codelco, de fecha **26 de septiembre de 2020** y de **9 de diciembre** del mismo año. Asimismo -como ya expusimos- la primera noticia que se tuvo acerca de la resistencia de la recurrente al examen de control corresponde a la presentación de un certificado médico fechado el día **24 de octubre de 2020**.

De manera que, habiendo conocimiento cierto de los hechos que fundan el recurso con bastante anterioridad a su presentación efectiva, hecho ocurrido el día 21 de marzo de 2021, no cabe sino rechazar por extemporáneo este arbitrio.

## **2. Lo pretendido excede de una acción de naturaleza cautelar como es el recurso de protección. Requiere un pronunciamiento en juicio de lato conocimiento**

El recurso de protección posee un carácter cautelar de manera que procede -y es su objeto- el amparo ante una situación urgente o de emergencia que exige una actuación directa y rápida que restablezca el imperio del derecho. En este sentido, el recurso de protección no tiene el propósito de sustituir la acción y procedimiento que corresponde naturalmente para resolver la controversia cuando ésta no tenga el carácter de urgencia ni cuando el conflicto requiera para su resolución de mayores antecedentes y pruebas. Así lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia:

“Que, como lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, el recurso de protección de garantías establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma Carta se contemplan, a través de la adopción

---

<sup>8</sup> Página 3 del recurso.

de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio.”<sup>9</sup>

Pues bien, **la recurrente pretende plantear una cuestión que más bien es de fondo**, pues su acertada resolución **requiere de un conocimiento acabado de las técnicas de toma de los distintos exámenes** para la detección de la infección por el virus Covid-19 y la **eficacia comparativa de cada uno de ellos**, por una parte; de las **afecciones psicológicas que dice tener la actora, sobre todo, su relación causal directa con la toma del examen**, por la otra.

De esta manera, la cuestión planteada requiere del conocimiento y ponderación de prueba, particularmente la científica y pericial. Asimismo, de una decisión compleja acerca de materias que se relacionan con el origen de una enfermedad psicológica, todo lo cual excede el acotado marco de un procedimiento como es el de estos autos. Para ello existe un sustituto jurisdiccional adecuado, consistente en la acción de tutela de derechos fundamentales con relación laboral vigente prevista en el artículo 485 del Código del Trabajo.

En este sentido, la Excma. Corte Suprema ha indicado:

“Que, finalmente, en relación a la argumentación que la materia discutida en autos es propia de un juicio de lato conocimiento, se debe precisar que en virtud de la competencia conservativa esta Corte puede adoptar todas las medidas que estime conducentes para otorgar la debida protección a quienes han visto amagados sus derechos constitucionales, según lo previsto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituyendo la acción una medida de tutela urgente consagrada para dar remedio pronto a los atropellos de los derechos constitucionales producto de una acción u omisión que sea ilegal o arbitraria, cuestión que justifica una intervención jurisdiccional rápida que ampare suficientemente el derecho amagado, mientras se acude a la sede ordinaria o especial correspondiente, otorgando una tutela efectiva a los recurrentes, cuestión que se justifica en la especie”.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Así, entre otras, SCS, Rol N°6507-2018, considerando 6°.

<sup>10</sup> SCS, de 29 de noviembre de 2018, Rol N°26.588-2018, considerando 29°. En el mismo sentido SCS, de 9 de enero de 2019, Rol N°15.517-2018, considerando 2°.



Asimismo, la acción de protección requiere que los **derechos invocados tengan el carácter de indubitados**. Se trata, así, de una acción rápida y eficaz de tutela de derechos fundamentales en la que **no se puede declarar o constituir derechos** ni resolver cuestionamientos sobre puntos de interpretación jurídica, pues no sustituye los procesos judiciales. La Excma. Corte Suprema así lo ha señalado al precisar:

“Que la Corte ha sostenido reiteradamente que el recurso de protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes e indubitados consagrados en dicho precepto de la Carta Fundamental, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deban tomar ante un acto u omisión, arbitrario o ilegal, que impida, amague o perturbe ese ejercicio”.<sup>11</sup>

Por su parte, la doctrina ha puesto de relieve la necesidad de lo anterior, expresando que:

“Los actos, hechos u omisiones que no causen una amenaza real e inminente, una perturbación o una afectación real y manifiesta a los derechos fundamentales, no dan origen a la acción constitucional de protección, en la medida que no exista una situación jurídica constitucional dogmática infringida, en cuyo caso, deben utilizarse las demás acciones y recursos jurisdiccionales que habilita el ordenamiento jurídico. La situación jurídica producida por el acto, hecho u omisión arbitraria o ilegal de la autoridad pública o del particular debe ser una amenaza o afectación en forma manifiesta e incontestable de un derecho o garantía asegurados constitucionalmente.”<sup>12</sup>

Pues bien, ocurre que **no hay en estos autos un derecho que tenga el carácter de indubitado**. Muy por el contrario, estamos en presencia de una controversia planteada por la recurrente que, para poder ser acogida, requiere que exista un consenso de que las afecciones psicológicas que dice padecer la recurrente provienen de la metodología de control, cuestión que precisamente esta parte controvierte. Y ello por el hecho que las licencias médicas que

---

<sup>11</sup> SCS, de 24 de octubre de 2018, Rol N°18.861-2018, considerando 5°. En el mismo sentido, SCS, de 9 de julio de 2019, Rol N°11.508-2019, considerandos 4° y 5°; SCS, de 25 de abril de 2017, Rol N°100.832-2016; y, SCS, de 25 de julio de 2018, Rol N°6492-2018, considerando 3°.

<sup>12</sup> Nogueira Alcalá, Humberto: “El recurso de protección en el contexto del amparo de los derechos fundamentales latinoamericano e interamericano”, en *Revista Ius et Praxis*, 13(1), 75-134 (2016).

han ordenado el reposo suponen una enfermedad de carácter común y previa a la exigencia de los exámenes, lo que obsta a entender que exista completa claridad sobre los derechos que se dicen conculcados.

No es esta, por tanto, la vía procesal idónea para la resolución del presente conflicto.

## V.

### INEXISTENCIA DE UN ACTO ARBITRARIO O ILEGAL

Antes de entrar a las razones por las cuales estimamos que no existe un acto arbitrario o ilegal de mi representada, nos parece conveniente una precisión: la controversia que se plantea en el recurso corresponde a la resistencia a la realización de un examen -que erróneamente entiende que se trata de uno PCR-, toda vez que, en su caso concreto, le generaría una afección de carácter psicológico. Así, no se cuestiona la obligación de practicarse un *test* de detección de la infección, sino su modalidad, que la estima, en su caso concreto, como invasiva y molesta. Tampoco se reprocha el alcance general de la medida, sino que solo su caso particular.

#### 1. No existe arbitrariedad en el actuar de mi representada.

La arbitrariedad consiste en un actuar basado en el mero capricho, tal como se ha entendido por los Tribunales Superiores de Justicia:

“[E]s requisito indispensable de la acción de protección la existencia de un acto u omisión ilegal –esto es, contrario a la ley- o arbitrario – vale decir, producto del mero capricho de quien incurre en él-, y que provoque alguna de las situaciones indicadas, afectando una o más de las garantías constitucionales protegidas, advirtiéndose así que son variadas las exigencias que deben rodear la presentación y motivar el acogimiento de una acción de la naturaleza indicada”.<sup>13</sup>

Hay diversas razones por las cuales debemos negar que exista un actuar caprichoso de mi representada. En primer lugar, debemos señalar que el recurso yerra en el carácter del examen que mi representada aplica a su personal dependiente. **No se trata de un *test* de PCR**, sino que un examen de detección de antígenos, que, entre otras características ya referidas, es menos invasivo al requerir solo una sola muestra nasal, cuya aplicación tiene una duración

---

<sup>13</sup> SCS, Rol Corte N° 6.492-2018.

de solo segundos. El examen posee amplia certeza de detección de la infección, al contrario de los *test* rápidos de detección de anticuerpos, los cuales no permiten la adopción de medidas de prevención adecuadas para el ámbito laboral. En este sentido, cabe descartar una arbitrariedad, pues la técnica del examen es físicamente menos invasiva que la aplicada para la toma de muestra de un PCR.

Este tipo de exámenes, por lo demás, es de **general aplicación en la población laboral**. Pueden provocar molestias, pero esa sola circunstancia -la mera molestia- difícilmente habilitaría a una persona a plantear una excepción respecto a su aplicación. En sintonía con lo anterior, la periodicidad del examen es mínima, pues, por el régimen de jornada laboral de la recurrente (un sistema excepcional de distribución de jornada de trabajo y descansos 7x7), **solo habría significado la práctica del examen en dos oportunidades en el mes**, distanciadas con unos 14 días entre cada uno.

El examen es también de general aplicación para el desempeño de labores en la faena minera de propiedad de la División Radomiro Tomic, lo que descarta una discriminación arbitraria en su aplicación. Esta aplicación generalizada se justifica por tratarse de una empresa de carácter esencial, excluida de las disposiciones de cuarentena sanitaria y que requiere la ejecución personal de funciones en las faenas de extracción y beneficio de cobre, como también de aquellas actividades de mantenimiento de equipos, siendo estas últimas las que desarrolla mi representada.

Las labores convenidas con la actora requieren la prestación de servicios presenciales (mecánico de equipo minero pesado), de manera que no es posible su reubicación de sus labores a distancia.

Y, por último, una cuestión fundamental: el examen es idóneo para la finalidad de prevención del riesgo de contagio laboral de la enfermedad, no siendo los *test* de anticuerpos una alternativa de igual -o incluso similar- eficacia.

## **2. No existe ilegalidad en el actuar de mi representada.**

La práctica de este tipo de exámenes no es ilegal, pues no se encuentra prohibida por la ley. Muy por el contrario, los exámenes médicos ocupacionales (como medida preventiva de higiene industrial) son frecuentes y ampliamente aceptados sobre la base de la aplicación de los artículos 184 y 187 del Código del Trabajo (en lo que refiere a personal propio); y los

183 E del Código del Trabajo y 37 Decreto 594/2000. Ministerio de Salud (desde la perspectiva de la dueña de la faena, para el personal contratista).

Los exámenes para la detección de la infección por Covid-19 son fomentados por la autoridad sanitaria en contexto de la pandemia. La búsqueda activa de casos -por medio de la utilización de exámenes PCR- es una medida preventiva de salud prevista en la normativa sanitaria (Subsecretaría de Salud Pública, Ords. B-33 4332 y B-33 4613, ambas de 2020) y que pueden adoptar las empresas para la prevención de los contagios al interior de los centros de trabajo. En igual sentido el reciente dictamen de la Dirección del Trabajo, Ord. 1189/011, de 1 de abril pasado, ratifica la posibilidad de practicar estos exámenes.

En este sentido resulta relevante un reciente fallo de la Ilma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, el que, conociendo un recurso de protección en que el recurrente calificó como ilegal y arbitrario la decisión de su empleador de incluirlo en un grupo de riesgo de contagio de COVID 19, por alcanzar los 65 años de edad, y destinarlo a realizar labores en su domicilio mediante teletrabajo, descartó la ilegalidad del acto impugnado, por cuanto la medida adoptada fue en cumplimiento de una obligación que la ley impone al empleador de brindar resguardo y protección a la vida y salud del trabajador; lo cual, como contrapartida, genera un derecho para el empleado, el que por su naturaleza tiene el carácter de irrenunciable, conforme lo dispone el artículo 5 del citado Código del Trabajo.<sup>14</sup>

Por otro lado, los cuerpos internacionales que se citan no corresponden a las normas sobre los cuáles corresponde hacer el contraste o control constitucional en esta sede, o bien, tampoco los hechos del recurso suponen una infracción a su normativa. En este sentido, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, de 2005, emanada de la Conferencia General de la Unesco<sup>15</sup>, corresponde a una declaración internacional, no una convención o tratado internacional que haya seguido el proceso de ratificación y adopción en el derecho interno, para entender que se trata de una norma directamente aplicable. Ocurre una cuestión similar con el Código de Núremberg, que constituye, más bien, un código de conducta generalmente aceptado en el campo de la bioética. Pero uno y otro -insistimos- no son tratados internacionales, sino que únicamente *soft law*,<sup>16</sup> de manera que no pueden fundar la ilegalidad de una determinada conducta.

---

<sup>14</sup> Sentencia de 28 de enero de 2021, Ilma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol Ingreso N°1844-2020.

<sup>15</sup> Adoptada por la 29ª sesión de la Conferencia General de ese organismo internacional.

<sup>16</sup> Ha sido tradicional que se le reste fuerza vinculante a las declaraciones, por cuanto una declaración de la Asamblea General, ya sea de las Naciones Unidas, o de uno de sus organismos, como UNESCO, no tiene la misma fuerza obligatoria que un tratado internacional. Como *soft law*, con todo, pueden guiar al interprete en la construcción de las reglas jurídicas, pero no son directamente vinculante.

Pero más allá de eso, las normas citadas no corresponden con el *test* que se aplica. Así, la práctica de este tipo de exámenes no constituye una “**intervención médica**” para los efectos de la declaración, sino solo corresponde a una medida de prevención de higiene industrial. Tampoco cabe asimilarla con las prescripciones del Código de Ética de Nüremberg,<sup>17</sup> pues el consentimiento en ella previsto lo es respecto de los “**experimentos médicos en humanos**”, con el objeto de asegurar un adecuado estándar ético de la profesión médica.<sup>18</sup>

En todo caso, es fácilmente descartable que pueda asimilarse una práctica de un examen de antígenos a un experimento médico en humanos.

Por último, cabe también destacar una ilegalidad desde que no han existido sanciones impuestas al respecto por la autoridad sanitaria, laboral, ni tampoco recomendaciones del organismo administrador del seguro de la ley 16.744, por la cual se concluya en contrario de la aplicación de estos exámenes.

## VI.

### **INEXISTENCIA DE UNA AFECTACIÓN -EN GRADO DE PRIVACIÓN, AFECTACIÓN O AMENAZA- DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CUYA PROTECCIÓN SE REQUIERE**

#### **1. No se ha vulnerado el derecho a la integridad psíquica.**

La integridad psíquica se entiende como la preservación de la *psiquis* de una persona frente a lesiones ilegítimas o desproporcionadas. Es decir, de las plenas facultades mentales de una persona, tales como la razón, la memoria, el entendimiento, la voluntad, etc. De esta forma, se requiere para su afectación -en el ámbito del trabajo- que el empleador en el ejercicio de sus facultades ejecute actos que menoscaben la *psiquis* del trabajador (en grado de privación o perturbación) o tengan la capacidad cierta de producir dicha afectación (en grado de amenaza).

---

<sup>17</sup> Declaración emanada del Tribunal Internacional de Nüremberg, en contexto de los juicios por crímenes del régimen Nazi, sustanciados ante ese tribunal.

<sup>18</sup> Así se lee de su texto: “El gran peso de la evidencia ante nosotros demuestra que algunos tipos de experimentos médicos, en humanos, cuando se mantienen dentro de límites bien definidos, satisfacen -generalmente- la ética de la profesión médica. Los protagonistas de la práctica de experimentos en humanos justifican sus puntos de vista basándose en que tales experimentos dan resultados provechosos para la sociedad, que no pueden ser procurados mediante otro método de estudio. Todos están de acuerdo, sin embargo, en que deben conservarse ciertos principios básicos para poder satisfacer conceptos morales, éticos y legales.”

Puede descartarse desde ya una lesión de la integridad psíquica, por cuanto la actora ha presentado a la Empresa -e incluso acompañado a su recurso de protección-, licencias médicas por una afección de carácter común, lo cual ha sido ratificado por el organismo administrador del seguro de la ley 16.744. Ese organismo, vale la pena recordar, es el exclusivamente competente, junto con la Superintendencia de Seguridad Social, para determinar la existencia de una enfermedad de carácter profesional, conforme lo prescribe el artículo 58 de la ley 16.744.

Sobre esta misma idea, la lesión a la integridad psíquica requiere de prueba que va más allá de la que se puede ofrecer en una medida cautelar, pues debe determinarse que las afecciones psicológicas concretas que puede presentar la recurrente se encuentran directamente vinculadas con la práctica del examen, lo que requiere la práctica de prueba científica, que excede el margen de este proceso de urgencia.

## **2. Cabe descartar también la lesión de otros derechos fundamentales.**

El recurso es sumamente impreciso respecto de la garantía constitucional que se dice afectada en carácter de privación, perturbación o amenaza. Se menciona -solo de pasada- a los previstos en los números 2, 6 y 9 del artículo 19 de la Constitución. Pero el examen es de general aplicación, de manera que no existe una discriminación de carácter arbitrario; no se ha invocado una particular creencia que determine la necesidad de practicar una excepción o adecuación para dar respeto a esa especial creencia, ni menos el examen supone un atentado a la libre elección del sistema público o privado de salud. En lo que se refiere a la propiedad -citada en el petitorio- pareciere que simplemente obedece a un error de cita.

En todo caso, aun cuando se estimase que pudiere existir una afectación de un derecho constitucional de la recurrente, ella se entiende justificada: la medida -siguiendo un examen de proporcionalidad- es idónea al fin de evitar contagios, es necesaria en el sentido de que no existe otra medida igual de eficaz y menos lesiva -ya descartamos esto al tratar el *test* de anticuerpos.

\*\*\*\*\*

**POR TANTO**, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 19 N°1 y 24 y demás citados, y artículo 20 de la Constitución Política de la República, Auto Acordado sobre Tramitación y

Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, disposiciones legales citadas y demás aplicables;

**A SS. ILTMA. PIDO**, tener por evacuado el informe del recurso de protección y, en base a las consideraciones de hecho y fundamentos de derecho expuestos en esta presentación, rechazar el recurso, con costas.

**OTROSÍ:** Acompaño los siguientes documentos, que dan cuenta de lo informado en esta presentación:

1. Notas Internas N° DRT-GSSO-39-2020, de fecha 26 de septiembre de 2020 y N° DRT-GSSO-150-2020, de 9 de diciembre del mismo año, de la División Radomiro Tomic de Codelco.
2. Resolución Seremi de Salud de Antofagasta, N° 3245, de 2008.
3. Instituto de Salud Pública, Listado de test para detección de antígenos SARS-CoV-2 de la Autoridades Reguladoras Nacionales pertenecientes al Foro Internacional de Reguladores de Dispositivos Médicos.
4. Informe validación Kit Comercial STANDARD Q COVID-19 Ag, test biosensor.
5. Certificado emitido por la Dra. González Pérez, de fecha 24 de octubre de 2020.
6. Licencias médicas otorgadas a la recurrente, de fechas 28 de diciembre de 2020; 5 de enero, 26 de enero y 18 de marzo de 2021.
7. Resolución de calificación del origen de los accidentes y enfermedades Ley 16.744, Asociación Chilena de Seguridad, N° 6943005-0002, de 3 de marzo de 2021.

**POR TANTO,**

**A S.S. ILTMA. PIDO**, tener por acompañados los documentos, con citación.