

APELA

ILUSTRISIMA CORTE DE APELACIONES DE VALPARAISO

██████████ ██████████ ██████████, abogado, actuando en representación de la recurrente, sobre Recurso de Protección, ██████████ en autos rol N° 41141-2021, a S.S.I con respeto digo:

Que, dentro del plazo vengo en apelar de la sentencia definitiva dictada en este Recurso de Protección con fecha 24 de Noviembre de 2021, por la cual se rechaza la acción interpuesta a nombre de mi representada ██████████ ██████████, a efectos que acogiendo el presente recurso, se disponga en su lugar que se acoge en todas sus partes en recurso constitucional interpuesto en estos autos, todo ello por las consideraciones que paso a expresar:

Con fecha 24 de noviembre de 2021, esta I. Corte resolvió lo siguiente:

“Cuarto: Que conforme a lo señalado en el considerando anterior, no es posible exigir a la recurrida otra conducta que la que ha realizado pues, en cumplimiento de lo ordenado por la autoridad sanitaria, ha exigido el pase de movilidad a sus usuarios conforme lo se a la Resolución Exenta Número 994 de fecha 30 de septiembre del año 2021, del Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud Pública, no vislumbrándose que su actuar sea ilegal o arbitrario que constituya una amenaza, perturbación o privación del ejercicio legítimo de alguna de las garantías taxativamente numeradas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, en razón ello la acción será desestimada.”

1. Que, tal como se señaló en el escrito de Recurso de Protección interpuesto en estos autos, y de las probanzas allegadas en autos, tales como certificado médico, licencia médica, contrato suscrito entre mi representada y el representante legal del gimnasio, capturas de pantalla que dan cuenta de la membresía vigente y pagada de mi representada, se encuentra acreditado que

mi representada [REDACTED], se encuentra con un cuadro depresivo y como parte de su tratamiento el psiquiatra le recomendó que evitara el aislamiento, por lo tanto, acudir a sus clases de boxeo es parte del tratamiento.

2. De esta forma, la actuación de la recurrida consistente en negar el acceso al recinto resulta ilegal y arbitraria, vulnerando diversas garantías constitucionales contenidas en el artículo 19, números 1, 2, 4, 6, 7 y 24 de la Constitución.
3. Así, el acto impugnado es ilegal por cuanto realiza, aparentemente, aplicación de la Resolución Exenta N° 644 del 14 de junio de 2021 y N° 994 del 1 de octubre de 2021, pero que en los hechos excede el ámbito de aplicación, pues claramente no se indica quién o quiénes están autorizados para solicitar a la recurrente su cédula de identidad y pase de movilidad. Los funcionarios del gimnasio no están facultados ni autorizados por la ley, como en el caso de los guardias OS10 se delegó la facultad en la Resolución Exenta N° 133 del 26 de mayo de 2021, donde Carabineros de Chile amplió la facultad a guardias de seguridad con curso OS10 para solicitar pase de movilidad para acceder a supermercados, tampoco se trata de cualquier guardia, todo esto tomando en cuenta la armonía del sistema legal chileno. La resolución exenta N° 994, que actualmente rige, señala que en espacios cerrados, el público asistente deberá contar con un pase de movilidad habilitado, pero no hace mención quién está autorizado para solicitar documentos como cédula de identidad ni pase de movilidad. El pase de movilidad como documento que acredita un tratamiento médico o estados de salud, contiene datos sensibles. De acuerdo a la Ley 19.628 sobre protección de datos personales, estos datos no pueden ser objeto de tratamiento, sólo en casos determinados y muy puntuales. En ningún momento esta ley señala razones de salubridad pública como causal para el tratamiento de datos sensibles. El Reglamento de la Ley 20.584, que regula

los derechos y deberes de los pacientes, contempla la protección de la salud de la población como causa que habilita a acceder a la información clínica de un paciente, pero sólo aparecen el Ministerio y Servicios de Salud como organismos habilitados, y en ningún caso autoriza la comunicación de esta información a otros órganos del Estado ni menos a funcionarios de recintos privados como en este caso el gimnasio de la recurrida.

4. A mayor abundamiento, la resolución exenta es ilegal por ser una medida que se adoptó durante el Estado de Excepción Constitucional que ya concluyó según el artículo 44 de la Constitución: “Las medidas que se adopten durante los estados de excepción no podrán, bajo ninguna circunstancia, prolongarse más allá de la vigencia de los mismos.” Cabe agregar, que el Estado de Excepción concluyó y que se continúan vulnerando los derechos fundamentales de mi representada no existiendo justificación legal para ello e incluso violando de manera grave su libertad de desplazamiento, ya que le impiden acceder al gimnasio, estigmatizando a una persona sana como contagiosa de una enfermedad que no padece.
5. El derecho a la intimidad y confidencialidad de la información contenida en la ficha clínica, el derecho de acceso a dichos datos, el deber de secreto y el deber de custodia están interrelacionados. Estos derechos personalísimos obligan al Estado a través de sus diferentes organismos y, a los particulares entre esos las instituciones de salud, farmacéuticas, centros de investigación, personal sanitario y demás personas.

Todo esto en base a un ordenamiento jurídico coherente, de acuerdo a los Tratados Internacionales ratificados por Chile, a la Constitución y las leyes.

6. Asimismo, se ha fallado que un acto es considerado arbitrario, cuando es producto del mero capricho de quien incurre en él (Excma. Corte Suprema, 16 de mayo de 2006). En efecto, y como se ha fallado reiteradamente, la arbitrariedad de un acto, necesariamente, desde el punto de vista conceptual, debe vincularse y relacionarse con la noción de actuaciones y omisiones que pugnan con la lógica y la recta razón (Iltma. Corte de Apelaciones de Coyhaique, 9 de marzo de 2010. Causa Rol N° 10-2010).
7. De esta forma, resulta evidente entonces que el gimnasio [REDACTED] [REDACTED] Al negar el acceso a mi representada al recinto, ha actuado de manera ilegal y arbitraria, conculcado las garantías constitucionales consagradas los numerales 1, 2, 4, 6, 7 y 24 del Artículo 19 de la Constitución, a saber:

Derecho a la Vida e Integridad Física y Psíquica. Art. 19 N°1 C.P.R.

El negar el acceso a mi representada de asistir a las clases de boxeo por no contar con “Pase de Movilidad” constituye una amenaza a su integridad física y psíquica, la recurrida la está privando de su tratamiento médico y terapia de rehabilitación. La situación a mi representada le ha generado estrés inconmensurable además del cuadro de depresión que presenta. En este aspecto cabe recordar que *“la integridad psíquica es una dimensión de la persona humana que, junto con la integridad física, la integran en plenitud. Ninguna de las dos puede ser descuidada, puesto que ambas componen al individuo en su relación con el entorno social más próximo”*.¹ Estas afecciones tienen el carácter de permanentes, dañan a mi representada y a su grupo familiar, impidiéndole que se pueda recuperar de la depresión que la aqueja, continuar con su tratamiento asistiendo a clases de boxeo, lesionando irremediablemente su desarrollo futuro y su expectativa de vida.

¹ Rol 2867-2015 Tribunal Constitucional.

Igualdad ante la Ley. Principio de no discriminación. Art. 19 N°2 CPR.

En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y Mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

El recurrido está realizando diferencias arbitrarias, de trato injustificado, permitiendo el acceso a las dependencias del recinto a algunos clientes y a otros no, cuya conducta resulta arbitraria debido a que en otros lugares donde se desarrollan actividades en espacios cerrados, como son los establecimientos comerciales, retail, mall, supermercados, metro, buses, locales de votación, instituciones de servicios públicos, instituciones financieras, entre otras, no se exige para su acceso la exhibición de ningún documento de carácter médico.

Ningún informe científico avalado por instituciones de reconocido prestigio en la materia ha llegado a conclusiones irrefutables sobre la hipótesis de que las personas vacunadas contra el COVID-19 no puedan contagiar o ser contagiadas, de hecho este es el principal motivo de por qué los vacunados continúan usando mascarillas.

Por el contrario, y por citar un ejemplo a nivel internacional, el Centro para el Control y Prevención de Enfermedades (CDC) de los Estados Unidos ha revisado recientemente sus previsiones recomendando el uso de mascarilla a las personas vacunadas, por cuanto se ha detectado la propagación del virus en su variante delta entre personas que habían recibido las dos dosis de la vacuna Pfizer, en el enlace: <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/vaccines/fully-vaccinated.html>.

En el mismo sentido, la prestigiosa revista “The Lancet” recoge recientes estudios sobre las tasas de infección realizado entre trabajadores de la salud pública en Gran Bretaña, sobre el nivel de contagio entre vacunados [accesible en el enlace: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3815682]. Además, estudios han demostrado que la variante delta infecta a los vacunados y los no vacunados con la misma carga viral.

[<https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/la-variante-delta-infecta-con-misma-carga-viral-a-vacunados-y-no-vacunados-7097>], e incluso se señala en el medio alemán DW que las personas vacunadas pueden propagar la variante delta con facilidad. [<https://www.dw.com/es/crece-la-evidencia-de-que-personas-vacunadas-pueden-propagar-la-variante-delta-con-facilidad/a-58959200>].

Respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales. ART. 19 N°4. Los funcionarios del gimnasio [REDACTED] le solicitaron a mi representada la exhibición del pase de movilidad y su cédula de identidad, invadiendo su esfera privada, vulnerando el respeto al carácter de confidencial de la información sobre su salud. Los funcionarios del gimnasio no poseen autoridad ni tienen la facultad legal de solicitar la cédula de identidad, mucho menos solicitar información de salud.

Los funcionarios no tienen la obligación de exhibir su pase de movilidad a los clientes del gimnasio, sin embargo, ellos solicitan la exhibición del pase de movilidad o carnet de vacunas a los clientes pasando a invadir el campo de la intimidad personal en lo relativo a la salud física y psíquica de las personas, quedando afectado en aquellos casos en los que sin consentimiento del paciente, se accede a datos relativos a la salud o informes relativos a la misma, o cuando habiéndose accedido de forma legítima a esa información, se divulga o se utiliza sin el consentimiento del afectado o sobrepasando los límites de dicho consentimiento.

A modo de ejemplo, si un cliente del gimnasio padeciera de VIH o alguna otra enfermedad contagiosa como tuberculosis y los funcionarios del gimnasio lo obligaran a exhibir algún certificado médico que señale que no padece de esas enfermedades para permitirle el acceso al gimnasio, se configuraría una acción ilegal y discriminatoria sin lugar a dudas.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha destacado el estatuto básico de protección de la vida privada, señalando: “La privacidad integra los derechos personalísimos o del patrimonio moral de cada individuo, los cuales emanan de la dignidad personal y son, por su cualidad de íntimos de cada sujeto, los más cercanos o próximos a esta característica, única y distintiva, del ser humano. Por tal razón, ellos merecen reconocimiento y protección excepcionalmente categóricos tanto por la ley como por los actos de autoridad y las conductas de particulares o las estipulaciones celebradas entre éstos.”²

Derecho a la Libertad de Conciencia. Art. 19 N°6 CPR. La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres y al orden público.

El gimnasio está obligando a mi representada de manera indirecta a inocularse la vacuna para el COVID-19, no respetando su libertad de conciencia, ni sus creencias, ni motivos.

Derecho a la Libertad personal y seguridad individual. Art. 19 N°7 CPR. En la especie, se afecta la libertad de desplazamiento, al impedir que mi representada pueda acceder y hacer uso del gimnasio como parte de su tratamiento médico.

Derecho de Propiedad. ART. 19 N°24 CPR. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social [...].

Se ve conculcado el derecho de propiedad de mi representada, por cuanto, ella mantiene un contrato vigente con el Gimnasio [REDACTED] y cuenta con membresía pagada, la recurrida no permite que mi representada pueda acceder libremente al gimnasio.

² STC, ROL N° 389, de 28 de Octubre de 2003, considerando vigésimo.

POR TANTO;

y de conformidad a lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución Política de la República, Auto Acordado sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, normas legales ya citadas y demás normas que resulten pertinentes.

RUEGO A US. ILTMA., tener por interpuesto recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva de fecha 24 de noviembre de 2021, acogerlo a tramitación y, elevar los autos para que la Excelentísima Corte Suprema conociendo del recurso de apelación interpuesto, lo tramite y lo acoja enmendando con arreglo a derecho la sentencia definitiva, ya individualizada, y en su lugar se acoja el recurso de protección deducido en autos, ordenando a la recurrida [REDACTED] representada legalmente por don Alex Weisner Riffart, se declara y se resuelva: se adopte todo tipo de medidas dirigidas a reestablecer el imperio del Derecho y asegurar la tutela de los derechos fundamentales vulnerados, que mi representada [REDACTED] pueda asistir a sus clases de boxeo en el gimnasio [REDACTED] de tal modo que pueda continuar con su tratamiento médico y se declare que la recurrida por medio de sus funcionarios no posee facultades para solicitar el “Pase de Movilidad” por cuanto constituye un documento que contiene datos sensibles, personales, relativos a la salud y están protegidos por la confidencialidad y por último que deben pagarse por la recurrida las costas derivadas de la interposición del presente recurso de protección.