MATERIA : PROTECCIÓN DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

PROCEDIMIENTO : ACCIÓN DE PROTECCIÓN

RECURRENTE 1 : ELAYNE ELIZABETH LEYTON PEREIRA

CÉDULA DE IDENTIDAD   : 6.839.128-8

RECURRENTE 2 : LUIS AUGUSTO BUSTAMANTE LOBOS

CÉDULA DE IDENTIDAD   : 10.686.759-3

RECURRENTE 3 : MICHAEL LUCIANO DÍAZ RODRÍGUEZ

CÉDULA DE IDENTIDAD   : 15.773.290-0

RECURRENTE 4 : DIEGO ANDRÉS ZAMORA ESTAY

CÉDULA DE IDENTIDAD   : 17.367.319-1

RECURRENTE 5 : VÍCTOR ULIANOV PARRA HIDALGO

CÉDULA DE IDENTIDAD   : 9.357.520-2

RECURRENTE 6 : CÉSAR FREDY HERRERA GÓMEZ

CÉDULA DE IDENTIDAD   : 6.232.959-9

RECURRENTE 7 : WILLIAMS PATRICIO MORALES MADARIAGA

CÉDULA DE IDENTIDAD   : 14.366.841-k

RECURRENTE 8 : VICTOR HUGO ROBLES

CÉDULA DE IDENTIDAD   : 10.922.638-6

RECURRENTE 9 : MARCO ANTONIO RUIZ DELGADO

CÉDULA DE IDENTIDAD : 8.004.144-6

APODERADO : ELÍAS ALFONSO JIMÉNEZ BRAVO

CÉDULA DE IDENTIDAD : 16.589.553-3

CORREO ELECTRÓNICO : elias.jimenez@ug.uchile.cl

RECURRIDA 1 : SRA. CARMEN CASTILLO TAUCHER

MINISTRA DE SALUD

RUT : 5.121.675-K

RECURRIDO 2 : SR. EDGARDO VERA MIRANDA

RUT : 16.961.473-3

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**EN LO PRINCIPAL:** INTERPONE ACCIÓN DE PROTECIÓN; **EN EL PRIMER OTROSÍ:** ACOMPAÑA DOCUMENTOS; **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** SOLICITA INFORMES; **EN EL TERCER OTROSÍ:** SOLICITA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA; **CUARTO OTROSÍ:** PODER.

**ILUSTRISIMA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO**

**Elayne Elizabeth Leyton Pereira**, secretaria, **Luis Augusto Bustamante Lobos**, psicólogo, **Michael Luciano Díaz Rodríguez**, estudiante, **Diego Andrés Zamora Estay**, estudiante, **Marco Antonio Ruiz Delgado**, técnico jurídico, **Víctor Ulianov Parra Hidalgo**, orientador familiar, **César Fredy Herrera Gómez**, factor de comercio, **Williams Patricio Morales Madariaga**, artesano y **Víctor Hugo Robles Fuentes** periodista, todos domiciliados para estos efectos en Avenida Santa María Nº 0200, comuna de Providencia, Santiago, **A US. Ilustrísima decimos**:

 Que encontrándonos dentro del plazo establecido en el número 1 del Auto Acordado AD 754-2008, decretado por la Excma. Corte Suprema con fecha 28 de agosto de 2008 y en ejercicio del derecho que nos confiere el artículo 20 de la Constitución Política de la República, por este acto venimos en deducir acción de protección en nuestro favor, en contra la Ministra de Salud Sra. CARMEN CASTILLO TAUCHER y contra el Sr. EDGARDO VERA MIRANDA, Jefe del Programa Nacional de Prevención y Control de VIH/SIDA del Ministerio de Salud, basado en los argumentos de hecho y de derecho que a continuación se exponen.

**I.- ANTECEDENTES DE HECHO**:

Las personas que interponemos la presente acción de protección somos personas viviendo con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (PVVIH); **Víctor Hugo Robles Fuentes**, fue notificado de su condición serológica, es decir persona viviendo con VIH (PVVIH) o VIH positivo, el año 1994, y actualmente se desempeña como integrante de la Agrupación de Personas Viviendo con VIH/SIDA del Hospital San José, lugar en el cual recibe atención médica de salud en relación a su condición. **Michael Díaz**, fue notificado como PVVIH el año 2010, recibe atención médica en el Hospital regional de Talca e integra la Coordinadora de Personas Viviendo con VIH/SIDA del Maule. **Luis Bustamante**, fue diagnosticado como PVVIH el año 1997, se atiende en el Hospital Lucio Córdova de la comuna de San Miguel y es presidente de Redes de Orientación en Salud Social RED OSS. **Williams Morales**, fue diagnosticado PVVIH en 1989, actualmente se atiende en el hospital Salvador en Santiago e integra la Red de Pueblos Originarios RENPO desempeñándose como dirigente responsable de PVVIH de pueblos originarios. **Marco Ruiz Delgado**, fue notificado VIH positivo en 1996, se atiende en el Hospital Lucio Córdova de la comuna de San Miguel, es integrante de Fundación Savia que colabora con personas viviendo con VIH/SIDA. **Elayne Leyton**, fue diagnosticada como PVVIH el año 1997, es atendida médicamente en el Hospital Regional de Antofagasta y se desempeña como presidenta de la Organización de Personas Viviendo con VIH ArtPeVi de esa comuna. **César Herrera,** fue notificado de VIH el año 1994, actualmente es integrante de la Agrupación de Personas Viviendo con VIH/SIDA del Hospital San José, lugar en el cual recibe atención médica de salud. **Diego Zamora**, fue notificado el 2015, se atiende en el Hospital Lucio Córdova e integra la fundación de Redes de Orientación en Salud Social RED OSS.

Como se desprende de lo anteriormente señalado estos recurrentes han tomado un rol activo en la defensa de derechos de las personas viviendo con VIH, constituyéndonos en dirigentes sociales y líderes y líderezas de opinión en esta materia. Tanto por motivaciones personales, en razón de ser personas directamente afectadas por el VIH, como por razones sociales, en cuanto al deseo de mejorar la prevención del VIH y promover el respeto, garantía y promoción de los derechos de las personas que viven con el virus.

En los últimos años una de las principales preocupaciones de estos recurrentes, y las distintas organizaciones a las que pertenecen, ha sido el lograr que el Estado de Chile reaccione ante la situación actual de la pandemia del VIH en nuestro país, situación que, como es de público conocimiento, ha visto un aumento en los casos de personas que adquieren el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) en el último quinquenio y que ha mostrado la falta de políticas públicas adecuadas por parte del Estado de Chile para la prevención del VIH y atención delas PVVIH.

Es en este rol de dirigentes sociales, pertenecientes a distintas organizaciones no gubernamentales, que abordan las temáticas del VIH/Sida que hemos tomado conocimiento de la decisión, inconsulta, del Ministerio de Salud de traspasar la atención de personas viviendo con VIH (PVVIH), que actualmente somos atendidas a nivel terciario de la red de salud pública (Hospitales), hacia la red de Atención Primaria de Salud (APS) pública (Centros de Salud Familiar CesFam).

Con fecha 31 de julio de 2017 la Comisión de salud de la Honorable Cámara de Diputados celebró su 162ª sesión. La comisión, en dicha sesión, recibió audiencias públicas para conocer y analizar la situación referida al aumento de personas “portadoras” de VIH, para la cual citó a la Sra. Carmen Castillo Taucher, Ministra de Salud y al Sr. Edgardo Vera Miranda, Doctor, Jefe del Programa Nacional de Prevención y Control de VIH/SIDA del Ministerio de Salud.

En dicha instancia el Sr. Edgardo Vera Miranda reveló la siguiente determinación sanitaria:

*“Una recomendación fuerte por parte la Organización Mundial de la Salud es la descentralización de la atención en VIH a hospitales de mediana y baja complejidad incorporando a la atención primaria en la atención de los pacientes. Estamos en un modelo de atención que incluye esas nuevas variables”.*

En esta misma instancia fue presentada una programación del ministerio de salud que busca trasladar la atención a las personas viviendo con VIH (PVVIH) desde los hospitales a la red de Atención Primaria de Salud (APS), según se señala en la lámina treinta y ocho (38) de la presentación “Programación Nacional de Prevención y Control del VIH/Sida e ITS. Comisión de Salud, Cámara de Diputados, Julio 2017”[[1]](#footnote-1).

Dicho anuncio fue reiterado por la Ministra de Salud, señalándola como una de las medidas a implementar en el contexto de respuesta del gobierno ante el estado actual del VIH en nuestro país.

Con fecha 07 de agosto de 2017 la Comisión de salud de la Honorable Cámara de Diputados celebró su 164ª sesión, en la cual continuó con la discusión sobre el incremento en el “contagio” de VIH y, en especial, conocer la decisión política de implementación de la nueva canasta de drogas antiretrovirales. A dicha instancia asistió, nuevamente la Ministra de Salud Sra. Carmen Castillo y el Sr. Edgardo Vera, jefe del Programa Nacional de VIH de dicha cartera, realizando la presentación “Programación Nacional de Prevención y Control del VIH/Sida e ITS. Comisión de Salud, Agosto 2017”, la cual en su lámina once (11) titulada “Ampliación y optimización de la atención” reitera la decisión, inconsulta, de traspasar la atención de PVVIH a la red de APS del servicio público de salud. Estableciendo un cronograma en virtud del cual se señala el mes de octubre de 2017 para implementar el Modelo de Atención actualizado en de Servicios de Salud de la Red nacional[[2]](#footnote-2).

Quienes asistimos a estas sesiones en nuestra calidad de dirigentes y dirigenta de PVVIH hicimos ver nuestras observaciones y oposición a la medida antes señalada por ser contrarias y vulneratorias de derechos de las PVVIH, principalmente sus derechos a la vida, salud, no discriminación y vida privada, como se desarrollará en la argumentación de derecho de la presente acción de protección.

En efecto, Marco Ruiz, uno de los recurrentes en la presente acción de protección, expuso ante la comisión, señalando:

“La información proporcionada por ONUSIDA, MINSAL y la experiencia de trabajo comunitario de nuestra organización en consejería entre pares para personas viviendo con VIH/SIDA, las acciones de prevención focalizadas en población joven y las instancias de discusión en torno al Congreso Nacional por una Educación No Sexista organizado por nuestro movimiento y al que adhieren diferentes organizaciones: CORPADE, CONES, Colegio de Profesores y organizaciones con trabajo en VIH/SIDA , Diversidad sexual, de mujeres, entre otras. Dan cuenta de una grave crisis en la efectividad de las políticas de prevención de VIH/SIDA en Chile.

Durante los últimos meses se han difundido alarmantes cifras sobre los casos de VIH/SIDA confirmados en Chile. ONU SIDA afirma que nuestro país posee la mayor tasa de transmisión de VIH en Latinoamérica: entre el año 2010 y 2016 el número de personas notificadas aumentó en un 34%.

Especial atención se debe poner en el aumento del número de casos notificados en la población joven (13 - 29 años). Según los datos proporcionados por el laboratorio de referencia de VIH del Instituto de Salud Pública, ISP, aumentó significativamente el número de casos confirmados en jóvenes entre 13 y 19 años. Mientras que el segmento ubicado entre 20 y 29 años constituye el 40,4% de los casos positivos.

Cabe destacar, que en el “Boletín de vigilancia”, los resultados de confirmación de transmisión de la infección por VIH en Chile, 2010-2015” del ISP, se indica que el 80% de los casos notificados tienen como vía de transmisión las prácticas homo/bisexuales. Por tanto, las políticas de prevención deben ser dirigidas a toda la población y además estar focalizadas en la población homo/bisexual.

En esta oportunidad la ministra de salud a través del encargado del programa Dr. Edgardo Vera hace la presentación del plan de trabajo para optimizar la prevención y el control del VIH/SIDA y las ITS, dentro de esta se encuentra la “Ampliación y optimización de la atención”, entregando un cronograma desde agosto 2017 a enero 2018, donde manifiesta que comenzarán a desarrollar un piloto para las atenciones de PVVIH en los Centros de Atención Primaria de Salud (APS), vale decir en los consultorios de cada comuna.

**Desde mi experiencia de trabajo con la población viviendo con VIH, particularmente población Homo/bisexual, sería un retroceso en cuanto a garantías de resguardar la condición serológica de los usuarios, dado que muchos de ellos no se atienden en los hospitales de sus comunas para no encontrarse con personas conocidas y develen su nuevo estado de salud, si consideramos que todavía existe un porcentaje importante de prejuicios y estigmatización en torno al VIH, estas se profundizaría aún más al ser trasladado a los consultorios**.

Conjuntamente con esto se les manifestó a los representantes del MINSAL, la no existencia de un estudio nacional de comportamiento sexual ni menos un estudio de prevalencia en VIH/SIDA que dé cuenta y respalden científicamente las políticas existentes, ni mucho menos frente a este nuevo plan de atención integral.”

Oposición que no fue oída por las autoridades recurridas, amparadas en un supuesto criterio técnico.

El lunes 21 de agosto de 2017, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) [[3]](#footnote-3) realizó una jornada de trabajo con un grupo de organizaciones sociales para tratar la crisis del VIH/Sida en Chile. Sin embargo, a la cita, celebrada en un hotel de Santiago y donde participo Massino Ghidinelli, experto mundial para el VIH/SIDA de OPS, no fueron invitadas importantes organizaciones de personas viviendo con VIH/SIDA de regiones y la Red de Pueblos Originarios Renpo que tiene trabajo preventivo en VIH/SIDA en las comunidades indígenas y dentro de las cuales se desempeñan quienes suscribimos la presente acción de protección.

Ante esta situación de exclusión decidimos solicitar una reunión con la Sra. Dra. Paloma Cuchí, representante en Chile de la Oficina Panamericana de la Salud (OPS) de la Organización Mundial de la Salud (OMS). En esta reunión, celebrada el 23 de agosto de 2017, y la cual se extendió por más de seis (6) horas de duración, hicimos ver las inquietudes, observaciones y oposiciones que teníamos contra la decisión anunciada por parte del Ministerio de Salud, especialmente respecto al traspaso de PVVIH a la red de APS, presentando las siguientes solicitudes:

1.- Explicar razones y fundamentos de la convocatoria a reunión entre la Organización Panamericana de la Salud OPS y agrupaciones de la sociedad civil de Santiago del 21 de agosto que no consideró a las organizaciones de base de la sociedad civil de personas que viven con VIH/SIDA regionales y de pueblos indígenas, organizaciones con reconocido trabajo y trayectoria en la respuesta al VIH/SIDA en el país.

2.- La Organización Panamericana de la Salud debe platear un pronunciamiento oficial de carácter público en relación a la actualización del Modelo de Atención Integral de Personas que viven con VIH/SIDA y las recomendaciones emanadas desde la Organización Mundial de la Salud donde se orienta el traslado de personas viviendo con VIH/SIDA atendidas en hospitales a la atención primaria de salud. Las organizaciones solicitamos conocer el modelo de atención mediante la realización de una reunión de alto nivel con todos los actores sociales relevantes y de interés, mediante la realización de un foro convocado a 30 días por la Organización Panamericana de la Salud OPS en Chile.

3.- La rearticulación y puesta en marcha de una Comisión Nacional del SIDA de carácter interministerial – CONASIDA- con presencia de una variada participación de representantes de las poblaciones claves en la respuesta al VIH/SIDA, que se aboque a la generación de políticas públicas participativas, inclusivas y con enfoque biosocial y multicultural. Del mismo modo, solicitamos el fortalecimiento del Modelo de Prevención del VIH-Sida en Regiones (RRIP; Fortalecimiento del Programa nacional de Prevención y Control del VIH-Sida e ITS; Fortalecimiento de la participación de las comunidades afectadas o en riesgo de adquirir el VIH-Sida mediante un modelo de participación, inclusivo, participativo, con enfoque intercultural y de género en la respuesta al VIH-Sida en el país; Fortalecimiento de mecanismos de rendición de cuentas de los agentes gubernamentales mediante un proceso continuo de monitoreo y evaluación de las políticas públicas implementadas y establecimiento de una Carta Gantt con fechas y compromisos institucionales de todos los actores relevantes- Sociedad Civil, Estado de Chile, Agencias del Sistema de Naciones Unidas.

4.- Estudio del presupuesto del Ministerio de Salud haciéndolo más coherente con la actual realidad epidemiológica y social que atraviesa el país en materia de prevención, particularmente se solicita una glosa con al menos un 50% de incremento de recursos para financiar proyectos de intervención focalizada en poblaciones claves desarrollados por Organizaciones Sociales de Personas que Viven con VIH/SIDA de regiones; una glosa con al menos un 50 % de incremento de recursos destinados a financiar campañas de prevención regionales con un enfoque intercultural y de participación activa de las comunidades expuesta al riesgo de adquirir el VIH/SIDA y una glosa con al menos un 50% de incremento de recursos destinados a la generación de estudios de prevalencia y comportamiento sexual en el país con participación excluyente de las personas que viven con VIH/SIDA y de poblaciones claves especialmente expuesta al riesgo de adquirir el virus.

5.- Compromiso público y formar de avanzar en estos acuerdos según las fechas que se concuerden en la reunión entre las organizaciones de Personas Viviendo con VIH/SIDA de regiones, agrupaciones de regiones y hospitalarias del VIH/SIDA y pueblos originarios con respuesta en prevención del VIH/SIDA.

Frente a las solicitudes planteadas a la OPS y sus representantes, ésta accedió a mediar ante el Ministerio de Salud a fin de poder incidir en los distintos puntos planteados entre ellos la de mantener el modelo de atención a PVVIH en el nivel terciario de salud de la red nacional (hospitales) y no traspasarlos a la red APS. Según consta en noticia publicado en el mismo portal web de la OPS[[4]](#footnote-4).

Pese a este entendimiento logrado con la OPS y el cual fue indicado al Ministerio de Salud, éste mantiene su decisión de traspaso de las PVVIH.

El jueves 24 de agosto el Ministerio de Salud realizó una Jornada de Redes Integradas de Servicios de Salud (Jornada RISS) en Santiago, organizada por la Subsecretaria de Redes, encargada de gestionar todos los servicios de salud del país con sus redes, es decir, los hospitales, los CesFam, etc. Estuvieron presentes los Directores de Servicio de Salud, Subdirectores Médicos, Administrativos y las jefaturas de Atención Primaria de Salud (APS), de todo el país. En dicha instancia se realizó la presentación “Programa Nacional de Prevención de VIH/SIDA e ITS. Jornada RISS. Agosto, 2017[[5]](#footnote-5)”, la cual en sus diapositivas Nº 46 a Nº 50, se refiere a los cambios en la canasta GES y se establece la "descentralización" del Tratamiento Anti Retroviral (TAR), lo cual no es más que la reiteración de la decisión de traspasar la atención de PVVIH a red APS.

La diapositiva Nº 46 señala específicamente un decreto modificatorio del GES VIH/Sida que contempla este cambio de atención a PVVIH.

Ante la denuncia por la falta de recepción de parte de las autoridades del ministerio de salud de nuestras observaciones y críticas a la medida señalada, algunos de quienes presentamos la actual acción de protección, fuimos entrevistados por los medios de comunicación donde señalamos algunas de las criticas antes indicadas, principalmente respecto al traspaso de atención de PVVIH a la red de APS.

*Una de las tantas preocupaciones de las organizaciones es que los tratamientos de Sida se trasladen a los consultorios. "Sabemos que la gente no va a ir a la atención primaria. En el consultorio está la vecina, el caballero del almacén. Ahí todo se habla. ¡****Quién va a ir a sentarse al lado de todo el mundo que te conoce****! Se van a empezar a morir", señala Elayne Leyton, presidenta de la Agrupación de Personas Viviendo con VIH sección Antofagasta. (elciudadano.com publicado el 25 de agosto de 2017)* (Énfasis agregado).

*“Yo me pregunto: ¿Las personas viviendo con VIH/SIDA deberemos ser atendidas en la atención primaria o consultorios de nuestras comunas de residencia y no en los hospitales? ¿****Se preguntaron qué pensamos las personas viviendo con VIH/SIDA de esta medida que nos expone una vez más a la discriminación y el estigma social****? Ninguno de nosotros hemos sido consultados y/o participado de la reformulación en este nuevo modelo de atención integral que busca reducir costos afectando la calidad de la atención y vida de personas que vivimos con VIH/SIDA”.(eldesconcierto.cl publicado el 05 de agosto de 2017)* (Énfasis añadido).

La preocupación por la puesta en marcha de una denominada descentralización de la atención a PVVIH no sólo se relaciona a nuestro rol como dirigentes o participes en organizaciones no gubernamentales relacionadas al VIH sino a nuestra condición de personas viviendo con el virus, quienes, a partir de nuestras experiencias personales y como espectadores de experiencias de PVVIH, consultantes en nuestras organizaciones, hemos vivido el estigma asociado a esta condición de salud y lo gravitante que esta decisión del ministerio de salud resulta para las PVVIH en torno a seguir con el tratamiento, dado que medidas como estas se tornan en barreras de entrada a la atención de salud.

**II.- EL DERECHO:**

 II.a.- El recurso de protección como mecanismo de tutela de derechos fundamentales.

El denominado recurso de protección constituye una acción constitucional de carácter cautelar y, eminentemente, instrumental. Se encuentra consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, cuya misión consiste en neutralizar los actos u omisiones arbitrarias o ilegales que priven, perturben o amenacen el legítimo ejercicio de los derechos establecidos en el artículo 19 de la Carta Fundamental. Del mismo modo, se dispone que la persona afectada o cualquiera a su nombre puede recurrir ante la Corte de Apelaciones respectiva, la que deberá adoptar de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de la persona afectada, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Para que sea procedente la acción de protección, es necesario que se haya cometido un acto u omisión ilegal o arbitraria que prive, amenace o perturbe el legítimo ejercicio de los derechos protegidos por esta acción constitucional, tal como lo señala el artículo 20 de nuestra Constitución.

En la presente acción se consideran, además, los estándares establecidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, puesto que los tratados internacionales suscritos por el Estado de Chile y que se encuentran vigentes forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. Además, por mandato constitucional, tienen primacía por sobre las normas de derecho interno.

En efecto, el artículo 5º de la Constitución Política de la República, establece expresamente, en su inciso 2º que:

*“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”*

La excelentísima Corte Suprema, en sentencia de 13 de marzo de 2007 de causa ROL 3125-04, ha declarado que el artículo 5 Nº 2, recién citado, otorga rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que “en definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como así mismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos ”[[6]](#footnote-6).

Por otra parte, la acción de protección releva particularmente la importancia del Poder Judicial como un poder contra mayoritario que necesariamente debe actuar para la protección de los derechos fundamentales. La vinculación del órgano jurisdiccional a los derechos fundamentales puede calificarse como aquella que mayor relevancia presenta para el Estado de Derecho. Y esto se explica por la doble faz de la judicatura, como destinatario de los derechos fundamentales, y como principal garante de los mismos. Lo anterior lo ha expresado la Excelentísima Corte Suprema señalando: *“para esta Corte, en términos generales, incumbe a todo Juez de la República la aplicación del ordenamiento jurídico a los casos concretos sometidos a su decisión (…) La integralidad y coherencia de dicho sistema de normas obliga al juzgador a elegir la norma o grupo de normas precisas que utilizará y el sentido de las mismas. En el ejercicio de esa labor intelectual de selección e interpretación puede identificar reglas jurídicas que contienen sentidos opuestos, e incluso reglas jurídicas que se oponen a sendos principios rectores del sistema jurídico. Pues bien, la solución de tales conflictos de normas es también objeto de juzgamiento (…) No se discute, en la doctrina constitucional, que los jueces del fondo tengan facultades para interpretar las reglas legales conforma a la Constitución, así como tampoco la utilización de las normas constitucionales de un modo directo para la solución del conflicto especifico y, en ambos casos, el juez ha debido interpretar la Constitución”[[7]](#footnote-7).*

En este proceso de integración a que alude la Corte Suprema, que es consustancial a la jurisdicción como señala el máximo tribunal, será tarea del interprete judicial buscar la forma de conciliar las distintas fuentes normativas (Ley, Constitución, Tratados) en pos de conservar la unidad de ordenamiento, unidad que pasa por una aplicación del derecho respetuosa de los derechos fundamentales.

II.b Arbitrariedad de la decisión tomada por el Ministerio de Salud.

En el caso de marras, la decisión anunciada por el Doctor Sr. Edgardo Vera Miranda, Jefe del Programa Nacional de Prevención y Control de VIH/SIDA, en representación del Ministerio de Salud, constituye una arbitrariedad en tanto no ha sido consultada la población de personas viviendo con VIH, sin considerar sus necesidades, sin ponderar los riesgos que esta decisión conlleva para los derechos de este grupo de personas, entre ellos los recurrente y sin establecer información adecuada respecto a la implementación de esta decisión.

De esta forma, el accionar del Ministerio, materializado en lo anunciado por el funcionario público en representación del organismo público recurrido, se aleja de su encargo legal y resulta arbitrario conforme a la primera acepción que de este término da la Real Academia Española de la Lengua (RAE), a saber: “sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o la razón”.

El profesor Humberto Nogueira precisa que “La arbitrariedad está dada por la falta de fundamento racional de un acto, cuando el acto se desarrolla por mero capricho, cuando hay falta de proporcionalidad entre el fin y los medios que se utilizan, cuando hay falta de hechos que justifiquen un proceder. También es arbitrario aquello que es ilegitimo, en la medida que la legitimidad implica un concepto más amplio que el de ilegalidad (…)[[8]](#footnote-8)”

En nuestra jurisprudencia también existen pronunciamientos sobre la conceptualización de la idea de arbitrariedad, frente a lo cual ha señalado que “*arbitrariedad implica carencia de razonabilidad en el actuar u omitir; falta de proporción entre los motivos y el fin a alcanzar; ausencia de ajuste entre los medios empleados y el objetivo a obtener, o aún inexistencia de los hechos que fundamentan un actuar, lo que pugna entre la lógica y la recta razón*”[[9]](#footnote-9).

La administración debe sujetar su actuar a diferentes principios, entre los cuales se sostiene el Principio de Servicialidad contemplado en el artículo 1 inciso 4° de nuestra Constitución, el cual establece:

*"El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.*

Y es que principio de Servicialidad del Estado es concordante con el reconocimiento de la dignidad del hombre expresado en el artículo 1º de nuestra Constitución Política. El Estado se encuentra a servicio de la persona humana, lo que implica una absoluta primacía de la persona dentro del ordenamiento constitucional. Parte de este principio implica que, de obrar, la actividad de la Administración debe ser orientada hacia la persona humana, y, como lo señala el mismo artículo citado, promover el bien común.

De esta forma, el actuar de la administración debe sujetarse a criterios de razonabilidad (coherencia interna al momento de contemplar una decisión) y racionalidad (coherencia externa a objeto del sujeto pasivo del acto) al momento de actuar dentro del ámbito de su competencia, manteniendo la orientación anteriormente definida. Es importante, entonces, referirnos al Principio de Proporcionalidad. Es mediante este principio -aplicado a través de un test con cuatro variables a cumplir- el que nos permitirá determinar si el obrar de la Administración es o no arbitrario, concluyendo -desde el procedimiento del mismo- su razonabilidad y racionalidad. Así, se ha señalado sobre éste que *“en esencia el principio de proporcionalidad apunta a la interdicción de actuaciones o intervenciones excesivas por parte de los poderes públicos, y a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (TCF), la proporcionalidad pasó a transformarse en un principio constitucional de protección de los derechos fundamentales. En virtud de él se "prohíbe que las acciones de los poderes públicos sean excesivas -Übermassverbot- y se establece la obligación de que estén contenidas dentro de sus propios límites"*[[10]](#footnote-10).

En este orden de ideas, es preciso indicar que la proporcionalidad, es un principio que debe tener una aplicación general como criterio de determinación normativa del régimen sancionador, el cual ha sido abiertamente reconocido tanto por la doctrina[[11]](#footnote-11) como por la jurisprudencia administrativa[[12]](#footnote-12) y judicial[[13]](#footnote-13). Éste consiste en guardar la debida adecuación o proporción entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción o la sanción, considerando especialmente las circunstancias de hecho y las circunstancias personales del infractor.

De esta manera, son requisitos de la proporcionalidad:

1. Que se persiga un fin legítimo.
2. Que sea adecuado o idóneo para el objetivo que sea plantea la respectiva intervención.
3. Que sea necesaria, es decir, que entre todas las alternativas que puedan sostener para obtener el objetivo referido, ésta sea la menos gravosa (al nivel de intervención y afectación de derechos fundamentales).
4. Que sea proporcional en sentido estricto, es decir, que al momento de ponderar derechos fundamentales en juego, no resulte más gravosa su aplicación que su omisión.

De esta manera, sostenemos que el actuar del ministerio de salud al decidir traspasar la atención de PVVIH a la red de Atención Primaria de Salud (APS) no sólo resulta ilegal, sino también arbitraria, en tanto:

* De sostenerse el “bien común” como finalidad del acto, no se sostiene que aquélla sea, en tanto forma, inconsulta a la PVVIH, o las organizaciones de la sociedad civil que trabajan la temática. En efecto, hablamos de políticas que afectan a las denominadas categorías sospechosas (más adelante se realizará su tratamiento de forma específica), pudiendo resultar, de no realizarse una correcta política pública que abarque todas las concepciones necesarias, de resultados completamente contrarios a lo que se pretende señalar.
* Pero incluso sosteniendo el fundamento del bien común, que no nos cabe duda es el objetivo, no obstante consideramos que no resulta satisfactoria la medida, ésta no resulta idónea o adecuada, pues podría terminar -por medio de las dudas acerca de la posible discriminación pública a la que se verían afectas las PVVIH-, disminuyendo la participación de las mismas en el tratamiento adecuado, funcionando como un mecanismo que inhiba la recepción del tratamiento acorde.
* De las medidas posibles esta no resulta necesaria, pues deben evaluarse distintos mecanismos que hagan factible el adecuado resultado sin aspectos gravosos, partiendo por la cobertura del Estado en términos de la cantidad de la PPVIH que recibe la asistencia de salud adecuada, como también el uso de sus distintas redes de salud que no expongan a la PPVIH.
* Proporcionalmente no resulta razonable la actuación: se vulneran distintos derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Fundamental, tal como se procederá a enunciar.

Bajo este entendimiento, en el caso de marras estamos ante una situación en que la decisión tomada por el Ministerio de Salud, no sólo viola la legalidad como se expresará más adelante en el presente escrito, sino que no obedece a un adecuado fundamento racional, sino al mero capricho de la autoridad a fin de mostrar acciones referidas al VIH/Sida en Chile dado el contexto actual de cuestionamiento de público conocimiento frente al aumento de casos de esta pandemia en nuestro país.

II.c Ilegalidad de la decisión del Ministerio de Salud.

En este caso, la ilegalidad de la decisión anunciada por la recurrida se configura en base a la regulación de los derechos y deberes de las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud.

El artículo 2º de la ley Nº 20.584 señala en su inciso primero:

*“Toda persona tiene derecho, cualquiera que sea el prestador que ejecute las acciones de promoción, protección y recuperación de su salud y de su rehabilitación, a que ellas sean dadas oportunamente y* ***sin discriminación arbitraria, en las formas y condiciones que determinan la Constitución y las leyes****.”* (Énfasis añadido).

El artículo 5º de la misma ley dispone:

*“En su atención de salud, las personas tienen derecho a recibir un trato digno y respetuoso* ***en todo momento y en cualquier circunstancia***.” (Énfasis añadido).

El reglamento de la ley Nº 20.584, dictado mediante Decreto Nº 38 del Ministerio de Salud de julio de 2012, señala en su artículo 7º que:

*“****Se deberá respetar y proteger la vida privada, honra e intimidad de las personas.*** *En el caso de que imágenes del cuerpo del paciente, o parte de éste, sean necesarias para la interpretación o informe de exámenes o procedimientos, éstas serán conservadas con la debida reserva en la respectiva ficha clínica.”* (Énfasis añadido).

A lo anterior se suma que la normativa vigente regula materias relativas al derecho a la información. Así el artículo 8º de la misma ley Nº 20.584 establece:

*“Toda persona* ***tiene derecho a que el prestador institucional le proporcione información suficiente, oportuna, veraz y comprensible****, sea en forma visual, verbal o por escrito, respecto de los siguientes elementos: (…)”* (Énfasis añadido).

Por otra parte el señalado reglamento de la ley Nº 20.584 establece en su artículo 21 el derecho a participación de las personas usuarias del sistema de salud (Público y privado), señalando:

*“****Las personas tendrán derecho a efectuar las consultas y reclamos que estimen pertinentes respecto de la atención de su salud*** *y a manifestar por escrito sus sugerencias y opiniones sobre dicha atención".* (Énfasis añadido).

En el caso de marras, si bien el ministerio de salud no es un prestador de salud directo, establece los lineamientos de cómo deben realizarse dichas prestaciones siendo, de este modo, la decisión de traspasar la atención de PVVIH a la red de APS, uno de estos lineamientos y el cual, a la luz de lo antes señalado, transgrede los derechos consagrados en la ley Nº 20.584 y su reglamento, que establece los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Por lo tanto obligatoria para el ministerio de salud, parte recurrida mediante la presente acción.

La transgresión a la normativa antes señalada se manifiesta a través de:

* La nula previsión respecto al impacto discriminatorio que este cambio de atención de salud hacía las PVVIH puede generar afectando la dignidad en su prestaciones de salud. Lo cual se configura en una transgresión directa al derecho a la no discriminación y respeto a la dignidad de las y los pacientes, consagrados en el art. 2 y 5 de la ley Nº 20.584 y el artículo 7 de su reglamento dictado mediante Decreto Nº 38 de 2012.
* La transgresión al respeto y protección a la privacidad, honra e intimidad de las PVVIH que la medida anunciada generaría. Vulnerando el derecho reconocido en el art. 7 de la ley Nº 20.584.
* La falta de participación de las PVVIH en el proceso de gestación, planificación y desarrollo de los lineamientos de atención para estos pacientes. Lo cual vulnera los derechos consagrados en el art. 8 de la ley Nº 20.584 y artículo 21 de su reglamento dictado mediante Decreto Nº 38 de 2012.

A mayor abundamiento, nuestro ordenamiento jurídico confiere, a la máxima autoridad sanitaria (ministerio de salud) parte recurrida en el caso de marras, responsabilidades que dicen relación con lo ya expuesto, debiendo asegurar que el prestador de salud, sea público o privado, entregue una provisión de acciones sanitarias de acuerdo a las políticas fijadas por el Ministerio, y velar por el debido cumplimiento de las normas en materia de salud, así como de los estándares mínimos que deberán cumplir los prestadores institucionales de salud, con el objetivo de garantizar que las prestaciones alcancen la calidad requerida para la seguridad de las personas usuarias, con una perspectiva de derecho.

En efecto, el artículo 4º del Decreto Ley Nº 2.763, modificado por la ley Nº 19.937, entrega al Ministerio de Salud la responsabilidad de “formular, fijar y controlar las políticas de salud”.

Dentro de las funciones previstas en el referido artículo 4º, le corresponde: “Ejercer la rectoría del sector salud” (Numeral 1º), a través, de “La formulación, control y evaluación de planes y programas generales en materia de salud” (letra a del numeral 1º) y “La Dirección y orientación de todas las actividades del Estado relativas a la provisión de acciones de salud, de acuerdo con las políticas fijadas” (letra e del numeral 1º); “Velar por el debido cumplimiento de las normas en materia de salud.” (Numeral 3º). Además, se le confiere la función de “Establecer los estándares mínimos que deberán cumplir los prestadores institucionales de salud, tales como hospitales, clínicas, consultorios y centros médicos, con el objetivo de garantizar que las prestaciones alcancen la calidad requerida para la seguridad de los usuarios.” (Numeral 11º).

Aún más específicamente el ministerio de salud incurre en ilegalidad en su accionar al obviar las obligaciones particulares que sobre la materia le impone la ley Nº 19.779 que *Establece normas relativas al virus de inmuno deficiencia humana y crea bonificacion fiscal para enfermedades catastróficas* *o “Ley del VIH”* del 14 de diciembre de 2001, la cual señala en sus artículos 1º y 2º:

*Artículo 1º.- La prevención, diagnóstico y control de la infección provocada por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), como la asistencia y el* ***libre e igualitario ejercicio de sus derechos por parte de las personas portadoras y enfermas, sin discriminaciones de ninguna índole, constituyen un objetivo sanitario, cultural y social de interés nacional****.*

*Corresponde al Estado la elaboración de las políticas que propendan hacia dichos objetivos, procurando impedir y controlar la extensión de esta pandemia, así como* ***disminuir su impacto psicológico, económico y social en la población****.*

*Artículo 2º.- El Ministerio de Salud tendrá a su cargo la dirección y orientación técnica de las políticas públicas en la materia.*

*Estas políticas deberán elaborarse, ejecutarse y evaluarse en forma intersectorial,* ***con la participación de la comunidad****, recogiendo los avances de la investigación científica y considerando la realidad epidemiológica nacional,* ***con el objeto de establecer políticas específicas para los diversos grupos de la población, y en especial para aquellos de mayor vulnerabilidad****, como las mujeres y los menores.*

*En todo caso, será aplicable, en lo pertinente, la Convención Internacional de los Derechos del Niño.* (Énfasis añadidos)

De la lectura de estas normas se desprende la obligación del Estado, a través del ministerio de salud, de desarrollar políticas públicas dirigidas a la prevención, control y tratamiento del VIH/Sida respetuosas de los derechos fundamentales de las personas, como son la no discriminación, el derecho a la vida e integridad física y psíquica. Obligando, además, a desarrollar dichas políticas en forma conjunta con la comunidad, considerando sus características particulares, lo cual en el caso de marras no se vislumbra.

De esta forma, cuando el Ministerio de Salud decide traspasar la atención de PVVIH a la red APS transgrede, no solo las normas de la ley Nº 20.584 antes señaladas, sino que además transgrede sus obligaciones funcionales establecidas en el DL Nº 2.763 antes reseñado, el cual le obliga a respetar la ley vigente en materia de salud y supervigilar el cumplimiento de la misma por parte de las entidades prestadoras.

 Doble función que, a entender de esta parte recurrente, se ve transgredida con la decisión anunciada por la recurrida, la cual transgrede la ley específica de la materia como es la reseñada ley Nº 19.779, cayendo en un abierto incumplimiento de la normativa, especialmente del mandato directo otorgado por el artículo 6º de dicho cuerpo legal que señala:

*“Artículo 6º.- El Estado* ***deberá velar por la atención de las personas portadoras o enfermas con el virus de inmunodeficiencia humana****, en el marco de las políticas públicas definidas en los artículos 1° y 2° de esta ley”.* (Énfasis añadido)

II.d La decisión de la recurrida amenaza y vulnera derechos y garantías constitucionales de las personas recurrentes.

II.d 1.- Derecho a la vida e integridad física (Artículo 19 Nº1 de la Constitución Política de la República):

Nuestra Constitución asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica en su artículo 19 Nº 1 inciso primero. Lo anterior en sintonía con el artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que el derecho a la vida es inherente a las persona humana, y con la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 4º expresa que toda persona tiene derecho a que se respete su vida.

En cuanto al contenido de este derecho, la vida es un bien fundamental tutelado por nuestro ordenamiento y corresponde a un bien jurídico valioso por sí mismo. La vida tutelada por la Constitución, consiste en la existencia física y biológica del ser humano, pero la protección otorgada por nuestra Carta Fundamental no se satisface con el mero deber del Estado de impedir que terceros ilegítimamente nos priven de la vida, sino que va mucho más allá, exigiendo un deber positivo del Estado de hacerse cargo o proporcionar lo requerido para que la vida de los individuos no se vea amenazada y pueda ser conservada.

Como ha señalado la Ilustre Corte de Apelaciones de Talca, “Una de las formas de resguardar la integridad a que se refiere el art. 19 Nº 1 de la Constitución tiene su base más firma en la adecuada atención médica preventiva y curativa de la salud de las personas, de modo que su privación ilegal y arbitraria (…) importa una real amenaza a la apropiada vigencia de dicho resguardo”[[14]](#footnote-14).

Así mismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido:

*“168. Esta Corte ha sostenido que, en aplicación del artículo 1.1 de la Convención, los Estados poseen la obligación erga omnes de* ***respetar y garantizar las normas de protección, así como de asegurar la efectividad de los derechos humanos****. Por consiguiente, los Estados se comprometen no solo a respetar los derechos y libertades en ella reconocidos (obligación negativa), sino también a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva). En este sentido, la Corte ha establecido que* ***no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre***”(Énfasis añadido)*[[15]](#footnote-15).*

*“171. En lo que respecta a la relación del deber de garantía (artículo 1.1) con el artículo 5.1 de la Convención, la Corte ha establecido que* ***el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención a la salud humana****, y que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del artículo 5.1 de la Convención. En este sentido, la Corte ha sostenido que la protección del derecho a la integridad personal* ***supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación.***(Énfasis añadido)[[16]](#footnote-16).

En otros términos, en conformidad a la protección constitucional no basta vivir, sino vivir con la plenitud de las cualidades y de los medios orgánicos, es por ello que la garantía del derecho a la vida, en lo sustantivo contiene y se vincula con la salud de las personas, vale decir, con la provisión de los medios requeridos para salvaguardar la condición biológica.

En este caso en concreto, la amenaza del derecho a la integridad física y psíquica a los accionantes de marras, por parte de la recurrida, al anunciar el traspaso de la atención de salud de las PVVIH a la red de APS se manifiesta en:

* La falta de especialistas en los centros de atención primaria de salud. Los profesionales de la salud en nuestro país presentan un conocido déficit de especialistas como es de público conocimiento. Dicha escases es patente ya en los centros de atención terciaría de la red de salud nacional (Hospitales) los cuales, actualmente, atienden a las PVVIH mientras que, dichos especialistas, están completamente ausentes en los centros de APS. Las PVVIH requieren de cuidados especiales provenientes de médicos infectologos, especialidad que en Chile sólo poseen pocos doctores y doctoras, los cuales se desempeñan a nivel terciario de la red de atención de salud (Hospitales). De este modo trasladar a las PVVIH a centros APS atenta contra una adecuada protección a su derecho a la vida e integridad física y psíquica por parte del Estado, a través de la decisión anunciada por el ministerio de salud la cual motiva la presenta acción de protección.
* Amenaza a la adherencia al tratamiento: Un elemento relevante en el tratamiento de las PVVIH es la adherencia al tratamiento farmacológico de la Terapia Anti Retroviral (TAR) esto es el cumplimiento y constancia en la toma de medicamentos por parte de las PVVIH, adherencia que en este caso se ve amenazada por la decisión que motiva la presente acción de protección por cuanto, como se desarrollará en el apartado \_\_ del presente recurso, la red de APS no otorga una adecuada protección a la privacidad de las personas, lo cual se constituye en una barrera de entrada para el retiro del TAR y, por ende, una amenaza a la adherencia al tratamiento por parte de las PVVIH, todo lo cual redunda en una amenaza al derecho a la vida, integridad física y psíquica de los recurrentes y demás PVVIH.
* Angustia y estrés por el traspaso: Las PVVIH sufren un alto nivel de discriminación derivado de la incomprensión en relación a esta condición de salud por parte de la población general, la cual se aumenta debido a la inacción por parte del Estado en materia de prevención y educación en relación a este virus. La medida recurrida por el presente escrito conlleva una mayor exposición de las PVVIH, quienes pasarían de ser atendidas en centros hospitalarios a recibir atención en Centros de Salud Familiar (Cesfam) de la red APS, lo cual sitúa a estas personas en una posición de mayor exposición frente a sus comunidades que pueden o no tener conocimiento de su condición de salud, viéndose expuestas a una mayor posibilidad de discriminación. A lo cual se suma el cambio del equipo de atención de estas personas. Esta situación ha provocado un nivel de angustia y estrés importante, máxime frente a la falta de información que la recurrida ha mostrado frente a las consultas de las personas afectadas y el secretismo con el cual se ha desarrollado el proceso de toma de decisión de la medida recurrida.

II.d.2.- Derecho a la protección de la Salud (Artículo 19 Nº 9):

Si bien el artículo 20 de la Constitución, al referirse al artículo 19 Nº 9 se limita a su inciso final (“Cada persona tendrá derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”), la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos hace en este punto imprescindible realizar consideraciones sobre el contenido del derecho a la salud protegido por nuestra legislación y, por tanto, por la acción de protección.

En la doctrina nacional, la profesora Alejandra Zúñiga Fajuri, al analizar el estado de la jurisprudencia nacional previa a la implementación del plan auge, en un artículo dedicado a la vinculación entre derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en nuestro ordenamiento, plantea la siguiente duda: ¿Podemos siempre saber claramente cuándo se está ante una violación del derecho al cuidado sanitario y cuándo se trata del derecho a la vida? Posiblemente no. Es necesario reconocer que, a veces, se están violando ambos derechos y que uno de ellos no admite argumentos de progresividad”[[17]](#footnote-17).

Por su parte, el profesor Germán Urzúa señaló que el derecho a vida “no implica, evidentemente, tan sólo la facultad de impedir que se nos dé muerte, sino también la concurrencia de un conjunto de condiciones laborales, sociales, económicas, asistenciales y sanitarias que hagan factible el mantenimiento de la existencia dentro de un nivel propio de la dignidad humana. Representan, por lo tanto, aspectos o derivaciones de este atributo básico derechos tales como (…) el derecho a la protección de la salud”[[18]](#footnote-18).

Además, hay que tener en cuenta que tal como refiere la profesora Zúñiga, la comisión de estudios de la nueva Constitución “tuvo el propósito de tratar, a continuación del derecho a la vida, el derecho a la protección de la salud, por estimarse que entre ambos derechos existía una estrecha vinculación. Sin embargo, por razones metodológicas se abandonó ese plan”[[19]](#footnote-19).

A nivel internacional, el artículo 12 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) reconoce “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud”. El comité DESC ha especificado en su observación general Nº 14 que “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos” y que “todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”[[20]](#footnote-20). Además, señala que “el concepto del más alto nivel posible de salud, a que hace referencia en el párrafo 1 del artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado”[[21]](#footnote-21).

Sobre la conexión estrecha con otros derechos, el párrafo 4 de la misma Observación señala que “el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud”[[22]](#footnote-22).

Finalmente, el párrafo 8 del citado comentario del Comité DESC, señala que el derecho a la salud comprende libertades (Por ejemplo, contra injerencias indebidas) y derechos. Entre estos últimos, está “el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”.

Tal como lo ha señalada la jurisprudencia de la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago, “si bien, esta última garantía, del número 9, no se encuentra amparada por el recurso de protección según lo establece el artículo 20, sí constituye un derecho garantizado a todas las personas por la Carta, por lo que no es posible desentenderse de sus existencia para una adecuada administración de justicia”[[23]](#footnote-23).

En el mismo sentido, la excelentísima Corte Suprema ha sostenido que “si bien la acción cautelar contemplada en el artículo 20 sólo se ha limitado a la tutela del inciso final de la disposición citada, es decir, el derecho de las personas a escoger un sistema de acceso a la salud, sea éste público o privado, lo cierto es que los primeros incisos del numeral noveno del artículo19 de la Carta Fundamental establecen criterios normativos rectores que el constituyente entrega al Estado, lo cual lleva a interpretar de modo extensivo la garantía constitucional. En efecto, por tratarse de una cuestión de interés público y un derecho fundamental de orden social, el Estado el llamado a garantizar el derecho a la protección de la salud de todas las personas, teniendo en cuenta para ellos la definición de salud dada por la Organización Mundial de la Salud: `máximo bienestar físico, mental y social unido al pleno desarrollo de las potencialidades personales y sociales´”[[24]](#footnote-24).

Del mismo modo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado el contenido del derecho a la salud siguiendo los lineamientos del Comité DESC recogiendo su Observación General Nº 14 en el fallo del Caso “Gonzales Lluy y otros con Ecuador” señalando en su considerando 173:

*“173. Por otra parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que todos los servicios, artículos e instalaciones de salud deben cumplir con requisitos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. En torno a estos elementos esenciales del derecho a la salud el Comité ha precisado su alcance en los siguientes términos:*

*a) Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud,* ***personal médico y profesional capacitado****, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.*

*b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos,* ***sin discriminación alguna,*** *dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:*

 *i)* ***No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.***

 *ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas con VIH/SIDA. […]*

 *iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.*

 *iv)* ***Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.***

*c) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir* ***respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.***

*d) Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también* ***apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas****”[[25]](#footnote-25).*(Énfasis añadidos).

Como se ha indicado en esta presentación, con la decisión anunciada por la recurrida de trasladar el tratamiento de PVVIH desde la atención a nivel terciario hacia la red de APS, se amenaza el derecho a la salud de las personas recurridas en su condición de personas viviendo con VIH en tanto no se respeta el contenido de este derecho según la comprensión del mismo a la luz de la doctrina nacional, jurisprudencia y normativa internacional de derechos humanos. Transgrediéndose los elementos constitutivos del derecho a la salud en sus distintos niveles, a saber, (i) Disponibilidad, en tanto se privaría el acceso a personal médico profesional y capacitado, (ii) Accesibilidad, al no resguardarse de forma adecuada el derecho a no discriminación de los recurrentes y todas las PVVIH, además de la negación a una adecuada información en la toma de esta decisión y de su forma de implementación por parte de la recurrida, (iii) Aceptabilidad, en cuanto la decisión de traslado no es respetuosa de la cultura de las personas recurrentes y la cultura desarrollada y aplicada a su tratamiento, además de amenazar el respeto a la confidencialidad de las PVVIH como son los recurrentes de autos, (iv) Calidad, en tanto no se asegura el traspaso a una atención con personal médico capacitado para el cuidado de PVVIH ni la calidad del mismo en comparación al actual sistema de atención a nivel terciario que reciben los recurrentes de marras.

II.d.3 Derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación (Artículo 19 Nº 2).

Nuestra carta fundamental consigna en su artículo 19 n° 2:

*Art. 19 n°2: La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo 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****;* (Énfasis añadido).

Esta norma establece el denominado derecho a la no discriminación correlato del principio de igualdad ante la ley.

En un primer momento, entendida como igualdad formal ante la ley, para luego ser entendida en forma más integral, la igualdad se levanta como piedra angular de la construcción de la sociedad moderna.

Del principio de igualdad se desprende el derecho a la no discriminación. La relación entre la igualdad y la no discriminación se ha explicado, comúnmente, como el aspecto afirmativo y el aspecto negativo de un mismo principio. Ahí donde no existe la igualdad se configura la discriminación y esta es rechazada por el derecho. Se establece, de este modo, una relación semejante al de género y especie entre el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación.

Sobre el contenido de esta garantía, cabe precisar que nuestro ordenamiento promueve un armónico desarrollo de cada individuo, o tal como señala el artículo 1º inciso 4º de la Constitución “su mayor realización espiritual y material posible” conocido como principio de servicialidad del Estado; sin distinciones éticamente justificables y sin atropellos a la dignidad, es por ello que salvaguarda la igualdad por medio de la garantía específica del artículo 19 Nº 2, elevándola como un valor cardinal de nuestro ordenamiento. La sustancialidad del numeral 2º radica en la prohibición de discriminación arbitraria que veda una acción legislativa o de la autoridad carente de objetividad. El principio de igualdad en la ley se estructura sobre la clásica ordenación igualdad/desigualdad, consagrando la obligación de la prohibición de normas particulares o referidas a personas o grupos determinados (ley general y abstracta) o de conductas administrativas arbitrarias, prohibiendo tanto al legislador como a la administración establecer privilegios, diferenciaciones o desigualdades en la regulación normativa que efectúa basada en criterios irracionales, sin perjuicio de la posibilidad de disponer normas prácticas diferenciadoras que establezcan distinciones normativas o fácticas justificadas frente a situaciones o circunstancias que sitúa a los sujetos en posiciones de desigualdad comparativa, aunque se debe evitar la arbitrariedad en la distinción.

Lo anterior está en sintonía con el entendimiento que la dignidad del ser humano es el valor fundante del sistema internacional de derechos humanos y hacia el cual debe propender todo este sistema de principios, directrices y normas. Junto a este valor fundante encontramos los principios estructurantes de los sistemas normativos internacionales, esto es la libertad, igualdad y participación.

La igualdad y la no discriminación son entendidas como dos caras de la misma moneda. Esto significa que dependiendo qué concepto de igualdad decidamos adoptar, nuestra concepción de la discriminación podría también cambiar. Por ejemplo, si nuestro concepto de igualdad sólo incluye igualdad de trato, pensaríamos que mientras tratemos a todas las personas exactamente igual no habría ninguna discriminación. Por el contrario, si pensamos que la igualdad comprende elementos de igualdad de resultados para las personas, a pesar de sus diferencias, querríamos asegurarnos que una persona con necesidades especiales, por ejemplo, reciba los medios para obtener ese resultado, incluso si ello envuelve mayor gasto de recursos que para otra persona.

Todos los tratados principales, internacionales, universales y regionales de derechos humanos, contienen una cláusula que prohíbe la discriminación. Todos están redactados de manera similar al artículo Artículo 2. 1. Del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala:

*“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a* ***respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna*** *de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”* (Énfasis añadido).

Asimismo, el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que dispone que:

*“Los Estados Partes del presente Pacto se comprometen a garantizar que los derechos consagrados en el presente Pacto serán ejercidos* ***sin discriminación de ningún tipo*** *en relación a la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, propiedad, nacimiento u otra condición”.* (Énfasis añadido).

 La discriminación, en este sentido, es definida como

**“Una distinción arbitraria entre dos individuos que pertenecen a dos grupos diferentes de personas”.**

Otros tratados, como la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 24, adicionalmente contienen un derecho general a la igualdad, que también opera en relación a los derechos y situaciones que no están consagrados en el tratado. Esto significa que los Estados tienen la obligación de implementar políticas de no discriminación con respecto a todas las situaciones, incluso si no hay derechos humanos internacionales en juego.

De este modo, se ha afirmado por parte de la doctrina y jurisprudencia de derechos humanos que el derecho a la Igualdad y No Discriminación constituye un principio del derecho internacional de los derechos humanos e incluso, para la Corte Interamericana, esta obligación de no discriminación constituye una norma de ius cogens, es decir una norma imperativa de derecho internacional que no puede ser infringida por los Estados, según lo señaló en opinión consultiva OC-18/03 del 17 de setiembre de 2003 y en la resolución del Caso Atala Riffo e Hijas vs Chile en 2012.

El termino discriminación no es definido en ninguno de los instrumentos generales sobre derechos humanos. Sin embargo el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha entregado la siguiente definición:

*“… el término ’discriminación’, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a* ***toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos,***  *como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y* ***que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas****”[[26]](#footnote-26).* (Énfasis añadido).

Este entendimiento de la discriminación la comprende en términos de sus resultados, sin importar la intención discriminatoria en el acto u omisión. Basta un resultado discriminatorio para encontrarse ante una vulneración del derecho a la igualdad, como lo ha sostenido, por ejemplo, la profesora Anne Bayefsky[[27]](#footnote-27).

La obligación de los Estados frente a los derechos humanos posee tres niveles, a saber, Respetar, Garantizar y Proteger dichos derechos. Cabe señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos comprende que la obligación de los Estados en relación al derecho a la igualdad y no discriminación debe poseer **un entendimiento preventivo e integral, más allá del mero establecimiento de herramientas reactivas que permitan accionar a la víctima de discriminación**. Así se desprende en la sentencia del caso “González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México” el cual señala en su considerando 258 lo siguiente:

*“258. [En relación al deber de prevención], se desprende que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias.* ***La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer****. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará. La Corte pasará ahora a analizar las medidas adoptadas por el Estado hasta la fecha de los hechos del presente caso para cumplir con su deber de prevención”[[28]](#footnote-28). (…)*(Énfasis añadido).

Si bien el caso en comento se refiere a la violencia hacia las mujeres, lo hace desde el entendimiento del contenido que la Corte otorga al derecho de igualdad y no discriminación consagrado en el Art. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, siendo extensivo a otras categorías sospechosas de discriminación como la de personas viviendo con VIH.

En esta misma sentencia se ha señalado:

 *“243. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino* ***que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre****.[[29]](#footnote-29)”* (Énfasis añadido).

En materia de derechos humanos aplicados a temáticas de VIH cabe destacar lo señalado por la Comisión Global sobre el VIH y el Derecho. Esta comisión fue conformada por orden de Michel Sidibé, director ejecutivo de ONUSIDA y Helen Clark, Administradora del PNUD el 24 de junio de 2010. El objetivo de esta Comisión consistió en comprender mejor los efectos que el contexto jurídico tiene en las respuestas nacionales al VIH. Su finalidad se concentró en la manera en la que el derecho y su aplicación pueden apoyar, en lugar de bloquear, las respuestas eficaces al VIH. De este modo en julio de 2012 la comisión formuló recomendaciones sobre la manera en la que el derecho puede apoyar el acceso universal a la prevención y el tratamiento del VIH y la atención y el apoyo a los afectados. Constituyendo un instrumento guía de aplicación de los derechos humanos respecto al VIH/Sida para los Estados. Si bien este instrumento no posee fuerza vinculante, se yergue como una herramienta del denominado *soft law[[30]](#footnote-30)* internacional de derechos humanos que da una luz a la forma en que deben aplicarse los principios y normas del sistema universal de derechos humanos a esta materia.

De este modo la Comisión Global sobre el VIH y el Derecho señalo en su recomendación primera lo siguiente:

*“1.2 Los países deben prohibir de manera explícita, si no lo han hecho aún,* ***toda discriminación a causa de la condición de VIH real o percibida*** *y asegurar el cumplimiento de los compromisos sobre derechos humanos y garantías constitucionales existentes. Deben garantizar además que las leyes y reglamentaciones que prohíben la discriminación y aseguran la participación y el suministro de información y servicios sanitarios* ***protejan a las personas que viven con VIH y a otras poblaciones clave y personas en situación de riesgo de contraer VIH****”.* (Énfasis añadido).

El principio de no discriminación es reiterado por la Comisión en su recomendación tercera estableciendo:

*“3. Para asegurar una respuesta efectiva y sostenible al VIH que sea consistente con las obligaciones de los derechos humanos, los países deben prohibir la violencia policial contra las poblaciones clave. Los países deben también* ***apoyar los programas que reducen el estigma y la discriminación contra poblaciones clave y proteger sus derechos****”.* (Énfasis añadido).

De este modo, a la luz de la normativa internacional de derechos humanos, las normas del soft law atingentes y los precedentes que ha establecido la Corte Interamericana de derechos humanos, se puede concluir que el Estado de Chile, a través del actuar de la recurrida en autos, amenaza y vulnera el derecho a no discriminación de los recurrentes de marras al establecer una medida que no resguarda de forma adecuada su derecho a la no discriminación, al exponer a la y los recurrentes a nuevos centros de atención médica pertenecientes a la red APS, a lo cual se suma su exposición a la comunidad en cuanto a sus condición de salud la cual, lamentablemente, posee una alta connotación negativa y estigmatizante en nuestra sociedad, elemento del cual la recurrida de autos no se hace cargo obviando su responsabilidad como órgano público en cuanto a la prevención de la discriminación.

A lo anterior se suma la superposición de factores discriminatorios que reúnen los recurrentes en cuanto no sólo son PVVIH sino que además pertenecen a grupos históricamente discriminados como son personas de la diversidad sexual, etnias originarias, mujeres, entre otros factores que los sitúa en una posición de alta situación de vulnerabilidad, la cual es pasada por alto por parte de la recurrida de autos al decidir el traspaso del tratamiento de estas las PVVIH a centros de atención de la red APS del sistema sanitario chileno, constituyéndose en una vulneración directa al derecho a la igualdad y no discriminación de la y los recurrentes.

Este tipo de prácticas constituyen lo que en doctrina se conoce como discriminación estructural o sistemática, cuyas causas y manifestaciones son particularmente complejas como para ser abordadas solo bajo un esquema de análisis ciego a las diferencias y basado en la mera racionalidad instrumental. Cuando hablamos de discriminación estructural, nos referimos a la situación que enfrentan determinados sectores de la población que, por complejas prácticas sociales, culturales e institucionales, no gozan de sus derechos en la misma medida que lo hace el resto de la sociedad. Se trata de ciertos grupos que han sido históricamente marginados del acceso a la justicia, a la educación, a la participación política, a la dirección de los asuntos públicos, entre otras muchas esferas. Estas constantes y prolongadas exclusiones no obedecen en su mayoría –al menos actualmente– a una marginación de origen normativo. Ha sido más bien la sistemática subordinación de aquellos la que ha devenido en un complejo tejido social de prácticas, prejuicios y estereotipos que inhibe la eficacia de la igualdad de derechos.

La Corte Interamericana, al abordar la violencia contra la mujer y bajo el entendido de que esta problemática es una de las más serias manifestaciones de la discriminación sistemática que estas han padecido, señaló:

 *“(…) es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones* ***que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial****, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”.* (Énfasis añadido)[[31]](#footnote-31).

Este entendimiento es el adecuado según ha comprendido la doctrina al señalar que “Una lectura formal de la prohibición de discriminación suele pasar por alto la incidencia –usualmente difusa – del estatus del grupo al cual pertenece la víctima de discriminación. Asimismo, procura que el trato hacia las personas y las decisiones que las involucran estén exentas de arbitrariedad y se rijan, en cambio, por criterios de funcionalidad y por las aptitudes individuales. **Esa noción de igualdad concibe el posicionamiento del individuo de acuerdo con parámetros objetivos, funcionales y alejados de la consideración de factores como la posición social, el origen étnico o cultural u otros elementos de contexto**. De esta perspectiva, la sistemática discriminación de ciertos grupos desaventajados podría quedar invisibilizada tras el aparente perjuicio de víctimas aisladas de discriminación”[[32]](#footnote-32). (Énfasis añadido).

A la luz de lo antes señalado la decisión de la recurrida constituye una clara amenaza al derecho a la no discriminación de la y los recurrentes, amenaza que se encuentra prohibida por los presupuestos de la presente acción de protección en virtud de lo establecido en el artículo 20 de nuestra Constitución.

II.d.4. El Derecho a la Vida Privada (Artículo 19 Nº 4).

Nuestra Constitución consagra en su artículo 19 Nº 4 el derecho a la vida privada estableciendo:

*“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: (…)*

*4º.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia;”.*

La Corte de Apelaciones ha entregado una definición acerca de lo que comprende la vida privada. Señala que es *“... aquella zona que el titular del derecho no quiere que sea conocida por terceros sin su consentimiento...”.[[33]](#footnote-33)*

Norma que está en concordancia con lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos que señala en su artículo 11:

*Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad*

*1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.*

*2.* ***Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada****, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.*

*3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.* (Énfasis añadido).

Volviendo a la legislación interna la referida ley de VIH, Ley Nº 19.779, establece en su artículo 5º:

*Artículo 5º.- El examen para detectar el virus de inmunodeficiencia humana* ***será siempre confidencial y voluntario****, debiendo constar por escrito el consentimiento del interesado o de su representante legal, en el caso de que el interesado tenga menos de 14 años de edad.*

*(…)* ***Sus resultados se entregarán en forma personal y reservada, a través de personal debidamente capacitado para ello, sin perjuicio de la información confidencial a la autoridad sanitaria*** *respecto de los casos en que se detecte el virus, con el objeto de mantener un adecuado control estadístico y epidemiológico.* (Énfasis añadido).

De esta forma la recurrida en autos, al establecer un traspaso de atención de las PVVIH a la red de APS amenaza el derecho a la vida privada de las personas recurrentes en el caso de marras y el de todas las personas en actual tratamiento al conminarlas a recibir tratamiento en el entorno cercano a su comunidad, lo cual, en comprensión de esta misma ilustrísima corte sería un amenaza al contenido del derecho a la vida privada antes señalado, a saber, *aquella zona que el titular del derecho no quiere que sea conocida por terceros sin su consentimiento*, en este caso su condición de salud de PVVIH a lo cual se suma la orientación sexual homosexual, real o percibida de algunos de los recurrentes, exponiéndolos, como se indicara en el apartado sobre discriminación, a una situación de mayor vulnerabilidad.

La comisión global sobre el VIH y el derecho estableció en su recomendación tercera lo siguiente:

*“3. Para asegurar una respuesta efectiva y sostenible al VIH que sea consistente con las obligaciones de los derechos humanos, los países deben prohibir la violencia policial contra las poblaciones clave. Los países deben también* ***apoyar los programas que reducen el estigma y la discriminación contra poblaciones clave y proteger sus derechos****”.*

*“3.3.2 Respetar las leyes civiles y religiosas existentes y* ***las garantías relacionadas con la privacidad****”*. (Énfasis añadidos).

Del mismo modo en sus recomendaciones sobre VIH y género la comisión global señala en su 4º principio:

*“4.3.2 Que los profesionales de la salud estén capacitados sobre consentimiento informado,* ***la confidencialidad y la no discriminación****”.* (Énfasis añadido).

Recomendaciones que se ven transgredidas por la decisión de la recurrida, al no considerar la superposición de discriminaciones que envuelven a las personas PVVIH, entre ellas a quienes accionan en el caso de marras quienes reúnen en su persona distintas categorías sospechosas de discriminación cuyas particularidades se ven invisibilizada y excluidas de toda consideración ante la acción amenazante de sus derechos por parte de la recurrida y que motiva la presente acción de protección.

II.d. 5. El Bloque de Constitucionalidad y el Control de Convencionalidad.

Los Derechos Humanos son, de acuerdo con diversas filosofías jurídicas, aquellas [libertades](http://es.wikipedia.org/wiki/Libertad), facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna[[34]](#footnote-34). Expresados a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)[[35]](#footnote-35) –de la cual Chile fue uno de los primeros países en firmar- son inherentes e inalienables a toda persona.

Como fue mencionado, cabe destacar que el artículo 5 N°2 de la Constitución Política de la República señala que *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.* De esta manera la incorporación de los derechos establecidos en tratados internacionales ratificados por Chile, además de la amplia gama de derechos fundamentales que se encuentran en nuestra Carta Constitucional, conforman el llamado “bloque de constitucionalidad”.

**Es menester tener en consideración aquello pues, a lo largo de la argumentación en derecho de esta acción de protección, se ha hecho presente la necesidad de tener en cuenta lo dispuesto en distintas cartas internacionales sobre los derechos humanos que consideramos se vulneran con la pretensión citada del Poder Ejecutivo, constituyéndose como una amenaza a los mismos.**

Con respecto al Bloque de Constitucionalidad, lo ha expresado Francisco Cumplido en las Actas de la Comisión de la Nueva Constitución (sesión 2003)[[36]](#footnote-36), *“resolvimos aceptar incorporar expresamente, a lo menos, los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”. Frente a la jerarquía que sostienen los tratados internacionales que refieren a derechos humanos ha existido, en la literatura del derecho como en la jurisprudencia, disputa. Por ejemplo, para el profesor Zúñiga, los derechos garantizados por tratados ratificados y vigentes tienen la misma jerarquía en el ordenamiento jurídico[[37]](#footnote-37). De esta manera, los actos de la administración del Estado deben sujetarse por el imperativo del bloque de constitucionalidad a los derechos establecidos en el mismo, no pudiendo ni la ley ni la reglamentación contrariar lo establecido en tal.

Según rotula nuevamente el profesor Zúñiga, *“es la Constitución estatal, concebida como un conjunto de reglas de competencia, la que define la regla de incorporación-regla de habilitación del Derecho de los Tratados en el Derecho Interno, así como la posición y controles de constitucionalidad a que deben someterse los tratados internacionales, cuando corresponda”*[[38]](#footnote-38). En complemento, se ha señalado que *“El juez debe utilizar las normas de derechos humanos en lo posible, usándolas, cuando no pueda aplicarlas directamente, como criterio orientador para interpretar las normas aplicables al caso”*[[39]](#footnote-39). También el autor nacional Alejandro Silva Bascuñán ha manifestado que *“La obligación que impone al Estado tiene como ámbito todos esos derechos esenciales y, por lo tanto, no sólo aquellos que explícitamente están reconocidos por la ley fundamental”*[[40]](#footnote-40). Finalmente, Nogueira expone: *“Los derechos de fuente directamente constitucional, como asimismo, los derechos implícitos y los derechos de fuente internacional, constituyen un único bloque de derechos que se retroalimentan recíprocamente”*[[41]](#footnote-41).

Por último, es necesario referir que la más reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos “*Atala Riffo e hijas vs. Chile*”[[42]](#footnote-42) y “*Gelman vs. Uruguay*”[[43]](#footnote-43), ha señalado que la realización de un control de convencionalidadde los actos del Estadocompete a toda autoridad pública, no siendo sólo una labor que recaiga únicamente en los jueces. Esto significa que las autoridades, en el ejercicio de sus funciones y en el ámbito de sus competencias, deben procurar guardar conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos y con la correcta aplicación de sus estándares. Que la autoridad pública tenga esta obligación significa que, al momento de aplicar normas o tomar decisiones, debe realizar un ejercicio que permita que sus actuaciones sean compatibles con las obligaciones que ha contraído el Estado de Chile al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos[[44]](#footnote-44) específicamente respecto a sus artículos 4º Derecho a la Vida, artículo 5º Derecho a la Integridad Personal, artículo 11 Derecho a la Honra y la Dignidad y Artículo 1º en relación al artículo 24º en cuanto a la igualdad ante la ley en relación a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella (la Convención) y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna.

III.- Medidas solicitadas por los recurrentes en la presente acción de protección constitucional.

De acuerdo a lo expuesto en los párrafos precedentes, es posible concluir que la recurrida amenaza mediante su acción, expresada en el anuncio de trasladar la atención de PVVIH a la red de APS, las garantías constitucionales contempladas en los numerales 1º, 2º y 9º de la Constitución Política de la República de Chile, de la recurrente Elayne Elizabeth Leyton Pereira, y los recurrentes Luis Augusto Bustamante Lobos, Michael Luciano Díaz Rodríguez, Diego Andrés Zamora Estay, Marco Antonio Ruiz Delgado, Víctor Ulianov Parra Hidalgo, César Fredy Herrera Gómez, Williams Patricio Morales Madariaga y Víctor Hugo Robles Fuentes.

Teniendo en cuenta que en esta acción de protección, el único límite del juez está en su sujeción a las finalidades de esta acción constitucional, que consiste en restablecer el imperio del derecho y asegurar a las personas agraviadas la protección debida, y que por ende el tribunal puede adoptar todas y cualquier clase de medidas tendientes a estos objetivos, aunque no aparezcan establecidas en ningún código ni hayan sido solicitadas por el recurrente, en este caso en particular, se solicita a esta Ilustrísima Corte se adopten las siguientes medidas:

1. Se declare la ilegalidad y/o arbitrariedad de la acción de la recurrida de trasladar la atención de personas viviendo con VIH a la red de atención primaria de salud del sistema sanitario público nacional.
2. Se declaren amenazados, por parte de la recurrida, los derechos constitucionales a la vida e integridad física y psíquica, igualdad ante la ley y no discriminación y la protección a la salud consagrados respectivamente en los numerales 1º, 2º y 9º del artículo 19 de la Constitución Política de la república en relación a la recurrente Elayne Elizabeth Leyton Pereira, y los recurrentes Luis Augusto Bustamante Lobos, Michael Luciano Díaz Rodríguez, Diego Andrés Zamora Estay, Marco Antonio Ruiz Delgado, Víctor Ulianov Parra Hidalgo, César Fredy Herrera Gómez, Williams Patricio Morales Madariaga y Víctor Hugo Robles Fuentes.
3. Que, como consecuencia de lo anterior, se adopten todo tipo de medidas dirigidas a restablecer el imperio del derecho y asegurar la tutela de todos los derechos fundamentales amenazados, prohibiendo la implementación de la acción ilegal y arbitraria descrita supra respecto de las personas afectadas y recurrentes de marras.
4. Que se instruya al Ministerio de Salud en la obligación de respetar la dignidad humana de todas las personas usuarias del sistema de salud en especial a la dignidad de las personas viviendo con VIH.
5. Se ordene al Ministerio de salud adoptar las medidas de formación y capacitación en lo referente a las obligaciones del Estado de Chile en materia de derecho a la salud y no discriminación, a fin de impedir que se vuelvan a cometer vulneraciones y amenazas en el desarrollo de políticas públicas referente al tratamiento de personas viviendo con VIH.
6. Se incorpore a las personas recurrentes y las distintas Organizaciones No Gubernamentales de Personas Viviendo con VIH, en las mesas de trabajo del ministerio de salud para la elaboración de políticas públicas que afecten a estos grupos, en cumplimiento de lo señalado en la ley Nº 19.779.

**POR TANTO,**

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema sobre tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, publicado en el Diario Oficial de 28 de agosto de 2015, además de las normas constitucionales, de tratados internacionales de Derechos Humanos y legales ya citados;

**PIDO A U.S. ILTMA,** se sirva acoger a tramitación el recurso de protección en contra de la Ministra de Salud, Sra. Carmen Castillo Toucher y del Jefe del Programa Nacional de Prevención y Control de VIH/SIDA del Ministerio de Salud Sr. Edgardo Vera Miranda, por amenazar el derecho a la vida e integridad física y psíquica en conexión con el derecho a la protección de la salud, amenazar el derecho a la vida privada y a la honra; y por vulnerar y amenazar el derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación establecidos en la Constitución, a favor de las personas recurrentes Elayne Elizabeth Leyton Pereira, Luis Augusto Bustamante Lobos, Michael Luciano Díaz Rodríguez, Diego Andrés Zamora Estay, Marco Antonio Ruiz Delgado, Víctor Ulianov Parra Higaldo, César Fredy Herrera Gómez, Williams Patricio Morales Madariaga y Víctor Hugo Robles Fuentes, se acoja la presente acción constitucional de protección, declare la amenaza de los derechos consignados en el numeral 1º en relación al numeral 9º, el numeral 4º y la vulneración y amenaza del numeral 2º, todos del artículo 19 de la Constitución Política dela República decretando las medidas ya solicitadas o las que S.S. ILTMA, estime en derecho.

**PRIMER OTROSÍ:** De conformidad a lo señalado en el número 3 inciso final del Auto Acordado AD 754-2008, decretado por la Excma. Corte Suprema con fecha 28 de agosto de 2008, sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, solicitamos a S.S. ILTMA, se sirva conceder **ORDEN DE NO INNOVAR** en cuanto a que se suspenda la tramitación del decreto modificatorio del GES VIH/Sida que contempla el cambio de atención a personas viviendo con VIH a la red de atención primaria de salud, en actual gestión por la recurrida, oficiando al efecto, en mérito de las siguientes consideraciones de hecho y de derecho:

1. La doctrina es uniforme en señalar que la orden de no innovar tienen por objeto esencial disponer “(…) la suspensión, desde luego, del acto perturbador de un derecho y produce efectos por mientras se resuelve el recurso de protección. Es un complemento importante del procedimiento sobre la materia, pues de este modo se precaven los efectos perniciosos del acto reclamado” (Enrique Pailas en “El recurso de Protección ante el Derecho Comparado”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, página 103)

2. En el caso que nos ocupa, es evidente el “efecto pernicioso” del acto recurrido, toda vez que dicho acto amenaza los derechos señalados en el desarrollo argumentativo de la presente acción y en caso de continuar su tramitación por parte de la recurrida puede quedar firme perturbando el pleno ejercicio de las garantías constitucionales a que se hace referencia en lo principal de este escrito, lo que provoca un agravio cierto, real y concreto sobre estos, concurriendo además los requisitos que la doctrina exige para la procedencia de la orden de no innovar: fumus boni juris; y periculum in mora; (Raúl Tavolari en “Tribunales, Jurisdicción y Proceso”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, página 146.)

**POR LO TANTO**, y en virtud de lo expuesto: Sírvase S.S. Iltma. acceder a lo solicitado.

**SEGUNDO OTROSÍ:** Solicito a S.S. ILTMA, tener por acompañado los siguientes documentos:

1. Copia simple presentación del Ministerio de Salud ante la Comisión de Salud de la Honorable Cámara de Diputados, en su 162ª sesión de fecha 31 de julio de 2017, titulada “Programa Nacional de Prevención y Control de VIH/SIDA e ITS. Cronograma”. En la cual consta la decisión de traspasar la atención de personas viviendo con VIH al sistema de atención primaria de salud de la red pública nacional sanitaria estableciéndose la fecha de inicio de implementación de la misma.
2. Copia simple presentación del Ministerio de Salud ante la Comisión de Salud en su 164ª sesión de fecha 07 de agosto de 2017, titulada “Programa Nacional de Prevención y Control de VIH/SIDA e ITS. Agosto 2017” En la cual se reitera la decisión de traspasar la atención de personas viviendo con VIH al sistema de atención primaria de salud de la red pública nacional sanitaria.
3. Copia simple presentación del Ministerio de Salud en Jornada de Redes Integradas de Servicios de Salud celebrada el 24 de agosto de 2017, titulada “Programa Nacional de Prevención de VIH/SIDA e ITS. Jornada RISS. Agosto, 2017”.
4. Copia captura de pantalla portal web de la Oficina Panamericana de la Salud OPS, noticia publicada con fecha 23 de agosto de 2017 titulada “OPS sostiene reunión con organizaciones de la sociedad civil en trabajo VIH/SIDA”. Extraída con fecha 30 de agosto de 2017 desde la URL <http://www.paho.org/chi/index.php?option=com_content&view=article&id=944:ops-sostiene-reunion-con-organizaciones-de-la-sociedad-civil-en-trabajo-vih-sida&Itemid=1005> .
5. Copia Simple acta de sesión 162ª de la Comisión de Salud de la Honorable Cámara de Diputados correspondiente a la 364ª legislatura celebrada el día lunes 31 de julio de 2017, en la cual consta la asistencia de la Ministra de Salud Sra. Carmen Castillo Toucher y del Jefe del Programa Nacional de Prevención y Control de VIH/SIDA del Ministerio de Salud Sr. Edgardo Vera Miranda.
6. Copia captura de pantalla portal web de la comisión de salud honorable Cámara de Diputados, titulada “Resultado Sesión Nº 164”. Extraída con fecha 30 de agosto de 2017 desde la URL <https://www.camara.cl/trabajamos/comision_sesiones.aspx?prmID=411>

**POR TANTO:** Solicito a U.S. ILTMA, tenerlos por acompañados.

**TERCER OTROSÍ:** Solicito a S.S. ILTMA, disponer que, a objeto de acreditar los hechos denunciados, se solicite informe a los siguientes organismos:

1. Ministerio de Salud. Domicilio Mac Iver Nº 541, Santiago, Chile. Teléfono: (+56 2) 2 5740 100.
2. Comisión de Salud de la Honorable Cámara de Diputados, presidida por la Honorable Diputada Srta. Karol Cariola Oliva. Contacto Teléfono: (56+32) 250 5520, saludcam@congreso.cl .
3. Oficina Panamericana de la Salud OPS de la Organización Mundial de la Salud OMS en Chile, representada por la Dra. Paloma Cuchí, domiciliada en Av. Dag Hammarskjold Nº 3269, Vitacura, Santiago de Chile.

**POR TANTO:** Solicito a U.S. ILTMA, tenerlo presente y solicitar los informes señalados.

**CUARTO OTROSÍ:** Sírvase S.S. ILTMA, tener presente que los recurrentes proponen que todas las resoluciones judiciales, actuaciones y diligencias le sean notificadas vía correo electrónico a la siguiente casilla de correo electrónico elias.jimenez@ug.uchile.cl por ser esta forma de notificación suficientemente eficaz y no causar indefensión.

**POR TANTO:** Solicito a U.S. ILTMA, tenerlo presente.

**QUINTO OTROSÍ:** Rogamos a S.S. ILTMA, se sirva tener presente que designamos como apoderado al egresado de derecho y con *ius postulandi* al día, Sr. Elías Alfonso Jiménez Bravo, Cédula Nacional de Identidad Nº 16.589.553-3, domiciliado para estos efectos en Av. Santa María 0200, Comuna de Providencia Santiago, a quien conferimos poder para representarnos en esta causa y quien suscribe el presente libelo en señal de aceptación.

**POR TANTO:** Solicito a U.S. ILTMA, tenerlo presente.

|  |  |
| --- | --- |
| ELAYNE ELIZABETH LEYTON PEREIRA RECURRENTE 1CÉDULA DE IDENTIDAD  : 6.839.128-8 | LUIS AUGUSTO BUSTAMANTE LOBOSRECURRENTE 2CÉDULA DE IDENTIDAD  : 10.686.759-3 |
| MICHAEL LUCIANO DÍAZ RODRÍGUEZRECURRENTE 3CÉDULA DE IDENTIDAD  : 15.773.290-0 | DIEGO ANDRÉS ZAMORA ESTAYRECURRENTE 4CÉDULA DE IDENTIDAD  : 17.367.319-1 |
| VÍCTOR ULIANOV PARRA HIDALGO RECURRENTE 5 :CÉDULA DE IDENTIDAD  :9.357.520-2 | CÉSAR FREDY HERRERA GÓMEZRECURRENTE 6CÉDULA DE IDENTIDAD  : 6.232.959-9 |
| WILLIAMS PATRICIO MORALES MADARIAGARECURRENTE 7CÉDULA DE IDENTIDAD  : 14.366.841-k | VICTOR HUGO ROBLESRECURRENTE 8CÉDULA DE IDENTIDAD  : 10.922.638-6 |
| MARCO ANTONIO RUIZ DELGADORECURRENTE 9CÉDULA DE IDENTIDAD : 8.004.144-6 | ELÍAS ALFONSO JIMÉNEZ BRAVOAPODERADOCÉDULA DE IDENTIDAD : 16.589.553-3 |

1. Documento acompañado en el primer otrosí de autos, numeral 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Documento acompañado en el primer otrosí de autos, numeral 2. [↑](#footnote-ref-2)
3. La OPS (Organización Panamericana de la Salud) es un organismo internacional de salud pública fundado en 1902, con más de 100 años de experiencia dedicados a mejorar la salud y las condiciones de vida de los pueblos de las Américas. Es, asimismo, el organismo especializado en salud del sistema interamericano y la Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud.

El mandato básico de la OPS es de colaborar con los países a través de los Ministerios de Salud, las instituciones del seguro social, otros entes gubernamentales y no gubernamentales, universidades, la sociedad civil y otros, con el fin de fortalecer los sistemas nacionales y locales de salud y de mejorar la salud de los pueblos de las Américas. Para este propósito, la Organización orienta sus actividades hacia los grupos más vulnerables, en especial, a las madres y los niños, los trabajadores, los pobres, los ancianos, los refugiados y las personas desplazadas. Asimismo, fomenta el trabajo conjunto de los países para alcanzar metas comunes en materia de salud.

Como Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud, la OPS pertenece al sistema de Naciones Unidas. La Organización Mundial de la Salud está a la cabeza de la alianza mundial en pro de la Salud para Todos, una visión compartida por los 191 países miembros de la Organización. Salud para Todos tiene como metas el lograr un aumento en la esperanza y la calidad de vida, en la equidad en salud dentro y entre los países y en el acceso a atención sanitaria de calidad. Con este fin ubica a la salud como componente central del desarrollo humano, promoviendo el desarrollo de sistemas de salud sostenible y fundamentando estas acciones en valores universales de derecho a salud, equidad, solidaridad, ética y género. [↑](#footnote-ref-3)
4. Documento acompañado en el primer otrosí de autos, numeral 3. [↑](#footnote-ref-4)
5. Documento acompañado en el primer otrosí de autos, numeral 4. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Suprema; Sentencia ROL 3125.-2004, de 13 de marzo de 2007, considerando trigésimo noveno. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Suprema; Sentencia ROL 5420-2008. [↑](#footnote-ref-7)
8. Nogueira, Humberto. Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Tomo I, Santiago, Librotecnia, pág. 303. [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 22 de Septiembre de 1.993, Revista Gaceta Jurídica, N° 166, pág. 90;  Corte de Apelaciones de Santiago, 05 de Marzo de 1.992, Revista Gaceta Jurídica, N° 141, pág. 90; Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de Abril de 1.993, Revista Gaceta Jurídica, N° 154, pág. 64; Corte Suprema, 26 de Septiembre de 1.996, Revista Gaceta Jurídica, N° 195, p. 64.

A mayor abundamiento: “un acto es arbitrario cuando es “producto del mero capricho del que incurre en el mismo” (Causa Rol 2294-2008, de 29 de diciembre de 2008) o cuando es “contrario a la razón y al buen juicio” (Causa Rol 1304-2010, de 9 de octubre de 2010, considerando 16). En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago ha explicado que un acto es arbitrario cuando consiste en “proceder caprichoso, contrario a la justicia, o a las leyes, inocuo, antojadizo, infundado o en último término, despótico o tiránico” (Causa Rol 5610-2005, de 9 de agosto de 2006, considerando 4°)” [↑](#footnote-ref-9)
10. ARNOLD, Rainer, MARTINEZ, José Ignacio, y  ZUNIGA, Francisco. El Principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Estudios constitucionales [online]. 2012, vol.10, n.1, pp.65-116. [↑](#footnote-ref-10)
11. Cordero, Luis (2003), *El procedimiento administrativo*, Lexis Nexis, pp. 81-83. [↑](#footnote-ref-11)
12. Dictámenes N° 19.036 de 2003; 40.570 de 2001. [↑](#footnote-ref-12)
13. Corte Suprema, “Myriam Guevara Monsalve”, Rol N° 1413-2013, cons. 3°. [↑](#footnote-ref-13)
14. Corte de Apelaciones de Talca, 7 de septiembre de 1992, Badilla Ortega, Yolanda y otros con Director del Servicio de Salud del Maule, Doctrina citada por Enrique Evans de la Cuadra en “Los Derechos Constitucionales” Tomo I, Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, 1999, pág. 130. [↑](#footnote-ref-14)
15. Corte Interamericana de Derecho Humanos, Fallo “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 1 de septiembre de 2015. Considerando 168. [↑](#footnote-ref-15)
16. Corte Interamericana de Derecho Humanos, Fallo “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 1 de septiembre de 2015. Considerando 171. [↑](#footnote-ref-16)
17. Zúñiga Fajuri, Alejandra. El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: Una relación necesaria, En estudios constitucionales, año 9 Nº 1, 2011, pág. 50-51. [↑](#footnote-ref-17)
18. Urzúa Valenzuela, Germán. Manual de Derecho Constitucional, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Pág. 179-180. [↑](#footnote-ref-18)
19. Zúñiga Fajuri, Alejandra. Op. Cit. Pág. 39, donde se refiere a la sesión 87, pág. 5 y sesión 90, pág. 22. [↑](#footnote-ref-19)
20. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº 14, adoptada en el 22º periodo de sesiones, Ginebra, 25 de abril al 12 de mayo de 2000, párrafo 1. [↑](#footnote-ref-20)
21. Ibíd. Párrafo 9. [↑](#footnote-ref-21)
22. Ibíd. Párrafo 4. [↑](#footnote-ref-22)
23. Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia causa “Patricia Vásquez Ibáñez con FONASA” ROL Nº 7766-2009, 10 de diciembre de 2009. Considerando quinto. [↑](#footnote-ref-23)
24. Corte Suprema, Sentencia causa “José Luis Vivanco Garabito con Hospital Hernán Henríquez Aravena de Temuco”, ROL Nº 1324-2010, 25 de febrero de 2010. Considerando segundo. [↑](#footnote-ref-24)
25. Corte Interamericana de Derecho Humanos, Fallo “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 1 de septiembre de 2015. Considerando 173. [↑](#footnote-ref-25)
26. Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 18, adoptada en el 37º periodo de sesiones, 10 de noviembre de 1989, numeral 7. [↑](#footnote-ref-26)
27. Bayefsky, Anne. El principio de igualdad o no discriminación en el derecho internacional. Originalmente publicado en *Human Rights Law Journal*, Vol. 11 Nº 1-2, 1990, Pág. 8. [↑](#footnote-ref-27)
28. Corte IDH. Caso González y otras (Campo algodonero) vs. México. Excepción preliminar, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 458. [↑](#footnote-ref-28)
29. Corte IDH. Caso González y otras (Campo algodonero) vs. México. Excepción preliminar, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 243. [↑](#footnote-ref-29)
30. Los conceptos de “hard law” y “soft law” representan el alcance que tiene el Derecho Internacional al moldear y reglamentar las relaciones entre los Estados. El concepto de “hard law” en esencia se refiere a los tratados y reglas adoptadas por los Estados. Una vez adoptados, estos vinculan ante la ley. Por otro lado, el concepto de “soft law” tiende a ser definido como un conjunto de mecanismos, tales como declaraciones, resoluciones y programas de acción, que demuestran conformidad ante las normas establecidas por el Derecho Internacional pero no son vinculantes ante la ley. A pesar de que su uso y puesto en vigor resulta ser de índole persuasiva, el “soft law” provoca efectos legales, entendiéndose que la adopción de tales mecanismos constituye el primer paso para que se conviertan en “hard law”. [↑](#footnote-ref-30)
31. Corte IDH. Caso González y otras (Campo algodonero) vs. México. Excepción preliminar, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 401. [↑](#footnote-ref-31)
32. David, Valeska y Nash, Claudio. Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos. Derechos Humanos y Juicio Justo en Derecho Humanos y Juicio Justo. Red Interamericana de formación en gobernabilidad y derechos humanos. Colegio de las Américas – COLAM Organización interamericana Universitaria. Pág. 173. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142515/Derechos-humanos-y-juicio-justo.pdf?sequence=1> [↑](#footnote-ref-32)
33. Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de mayo de 1993. Caso Luksic con Martorell. Considerando 7º. [↑](#footnote-ref-33)
34. PAPACCHINI, Ángelo. *Filosofía y derechos humanos*, p. 44. [↑](#footnote-ref-34)
35. Es una declaración adoptada por la [Asamblea General de las Naciones Unidas](http://es.wikipedia.org/wiki/Asamblea_General_de_las_Naciones_Unidas) en su Resolución 217 A (III), de [10 de diciembre](http://es.wikipedia.org/wiki/10_de_diciembre) de [1948](http://es.wikipedia.org/wiki/1948) en [París](http://es.wikipedia.org/wiki/Par%C3%ADs), que recoge los [derechos humanos](http://es.wikipedia.org/wiki/Derechos_humanos) considerados básicos. La unión de esta declaración y los [Pactos Internacionales de Derechos Humanos](http://es.wikipedia.org/wiki/Pactos_de_Nueva_York) comprende lo que se ha denominado una Carta Internacional de los Derechos Humanos. [↑](#footnote-ref-35)
36. ZUÑIGA, Francisco. Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Apostillas sobre tratados y Constitución. En: Ponencia presentada al XXXVII Jornada Chilenas de Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Comisión de Derecho Constitucional, 2007, pp. 3-4. [↑](#footnote-ref-36)
37. Ibid, p. 4. [↑](#footnote-ref-37)
38. ZÚÑIGA, F. Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Apostillas sobre tratados y Constitución. En: Ponencia presentada al XXXVII Jornada Chilenas de Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Comisión de Derecho Constitucional, 2007, p. 26. [↑](#footnote-ref-38)
39. MEDINA, C. y MERA, J. Sistema jurídico y derechos humanos, el derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos. Cuadernos de Análisis Jurídicos, Septiembre, 1996, p.74. [↑](#footnote-ref-39)
40. SILVA BASCULÁN, A., op. cit., p. 111. [↑](#footnote-ref-40)
41. NOGUEIRA, H. Los derechos contenidos en tratados de derechos humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: La sentencia N°786-2007 del Tribunal Constitucional, En: Estudios Constitucionales, Año 5, N°2, 2007, p. 461. [↑](#footnote-ref-41)
42. Corte IDH. Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile, párr.184. [↑](#footnote-ref-42)
43. Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay, párr.239. [↑](#footnote-ref-43)
44. Nash Rojas, Claudio. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile: Recepción y aplicación en el ámbito interno. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2012, pp. 60-61. [↑](#footnote-ref-44)