



ESCRITO DE CONTESTACIÓN DEL ESTADO DE CHILE

Al escrito de sometimiento de la Comisión que remite el Informe N° 107/18, y al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas de los representantes de doña Martina Rebeca Vera Rojas, en el Caso CDH-25-2019 (Vera Rojas Vs. Chile), seguido ante la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos.

13 de julio de 2020

Contenido	Página
Presentación del Estado	3
Antecedentes y Estructura expositiva	4
I. EXCEPCIONES PRELIMINARES	9
II. ANÁLISIS DE FONDO	30
III. SOBRE LAS PRETENSIONES EN MATERIA DE REPARACIÓN	144
IV. COSTAS Y GASTOS	156
V. RESPALDO PROBATORIO	157
VI. AGENTES	163
VII. CUESTIONES ADICIONALES EN RELACIÓN CON LAS REPRESENTANTES DE LA PETICIONARIA	163
VII. SOLICITUDES DEL ESTADO DE CHILE A ESTA HONORABLE CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	165

Ref.: Caso N° CDH-25-2019
"Martina Rebeca Vera Rojas vs. Chile"

**Señor
Pablo Saavedra Alessandri
Secretario Ejecutivo
Corte Interamericana de Derechos Humanos
San José, Costa Rica
Presente.**

Excelentísimo señor Secretario Ejecutivo:

De conformidad con lo establecido en la decisión adoptada por la Ilustrísima Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "Corte IDH") comunicada por medio de la Nota N° 002, del 26 de noviembre de 2019, notificada ese mismo día, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 41.1 del Reglamento de la Corte IDH, el Estado de Chile viene a presentar su escrito de contestación, tanto al sometimiento del caso por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "CIDH" o "Comisión"), como al Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de los representantes de la presunta víctima (en adelante, "ESAP"), registrado en ese Tribunal como CDH-25-2019 "Caso Vera Rojas vs. Chile".

El presente escrito de contestación es una manifestación más del profundo compromiso del Estado de Chile tanto con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los órganos que lo componen, como también con el pleno y libre ejercicio de los derechos convencionalmente protegidos en ellos y sobre los cuales todo Estado Parte tiene la obligación de garantizarlos y respetarlos en concordancia con el principio de buena fe internacional que rige el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

ANTECEDENTES Y ESTRUCTURA EXPOSITIVA DE LA ARGUMENTACIÓN DEL ESTADO

LA POSICIÓN DEL ESTADO

No cabe duda de que el caso de la niña Martina Vera Rojas refiere a circunstancias sumamente dolorosas para quienes intervienen en él. Martina Vera Rojas es una niña que sufre el síndrome de Leigh, una condición neurodegenerativa hereditaria de baja frecuencia, como bien señala la CIDH y la peticionaria, tiene carácter irreversible, se diagnostica dentro de los primeros meses de vida y no existe terapia por lo que sólo se puede otorgar tratamiento paliativo. De acuerdo con la evidencia médica invocada por la peticionaria, el pronóstico de vida de niñas o niños que sufren esta terrible enfermedad es de 6 años. Gracias al esfuerzo de sus padres y a los cuidados recibidos, Martina ha logrado superar ese sombrío pronóstico y hoy tiene 12 años. Esto es, ella ha duplicado el pronóstico de esperanza de vida anteriormente señalado.

Es un hecho demostrado en la presente causa que la aseguradora privada de salud (Instituto de Salud Previsional -ISAPRE-) que los padres de Martina habían contratado para asegurar el financiamiento de las prestaciones médicas de su hija, retiró la cobertura de hospitalización domiciliaria de Martina en octubre de 2010. Las razones invocadas por la Isapre fue que la afección que sufría Martina tenía carácter crónico y —de acuerdo con la entonces vigente Circular N° 7 de la Superintendencia de Salud—, no correspondía que la entidad privada continuara financiando la hospitalización domiciliaria de la menor. Una vez retirada la cobertura, los padres asumieron los costos de dicha hospitalización e interpusieron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Concepción con el propósito de que este tribunal de alzada ordenara el restablecimiento de la atención domiciliaria en favor de Martina. La Corte acogió el recurso presentado con fecha 26 de enero de 2011 y ordenó restablecer la prestación en cuestión.

Sin embargo, la Isapre apeló ante la Corte Suprema, tribunal que revocó la decisión de la Corte de Apelaciones de Concepción, con fecha 9 de mayo de 2011. Ese tribunal resolvió que la medida adoptada por la Isapre resultaba conforme a la legalidad aplicable. Luego, y con fecha 14 de octubre de 2011, los padres de Martina presentaron una solicitud de medida cautelar ante la CIDH, solicitando a esta institución que, a la luz de la decisión de la Corte Suprema, ordenaran al Estado adoptar las medidas necesarias para obligar a la Isapre a continuar financiando la hospitalización domiciliaria de Martina.

De forma paralela, los padres de Martina abrieron un nuevo proceso esta vez ante el tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud, órgano jurisdiccional idóneo para resolver la pretensión, el 10 de enero de 2012. Ese tribunal, con atribuciones para fallar no sólo conforme a la legalidad, sino también de acuerdo con la prudencia y equidad, acogió la presentación de los padres de Martina y ordenó a la Isapre restablecer la hospitalización domiciliaria de la niña. Esa decisión fue pronunciada casi tres meses de presentada la demanda, el 19 de abril de 2012. La Isapre presentó un recurso de reposición y uno de apelación, siendo ambos rechazados. Desde ese momento, la Isapre se vio obligada a continuar financiando la hospitalización domiciliaria de la menor, la cual se ha mantenido de manera ininterrumpida a lo largo de los últimos ocho años. El restablecimiento de la protección de los derechos de Martina, a partir de la decisión de los tribunales de la Superintendencia, fue reconocida por la propia CIDH. En efecto, habiendo sido informada por los padres acerca del restablecimiento de la prestación en cuestión con fecha 27 de julio de 2012, la CIDH resolvió cerrar el trámite de la solicitud de medida cautelar el 2 de abril de 2013.

En apretada síntesis, las circunstancias anteriormente mencionadas representan los principales hechos de este caso. Considerando esos hechos a la luz de la legalidad internacional de derechos humanos, forzoso es concluir que el Estado ha cumplido todas sus obligaciones internacionales en relación con los derechos tanto de Martina como de sus padres. Desde esta perspectiva, la demanda presentada por la CIDH resulta del todo inoficiosa: Martina, gracias a una decisión de un órgano jurisdiccional del Estado que otorgó la debida protección de los derechos a la parte peticionaria, hoy dispone de la atención domiciliaria permanente que su enfermedad requiere.

La peticionaria funda su denuncia ante el sistema, interpuesta el 4 de noviembre de 2011, en que los tribunales nacionales de justicia no habrían otorgado adecuada protección al derecho a la vida, integridad física y salud de Martina. Ello a partir de la decisión de la Corte Suprema de 9 de mayo de 2011 que revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción. Independiente de la apreciación que cada uno de los actores en este litigio tenga respecto del alcance y naturaleza de la decisión adoptada por la Corte Suprema chilena, existen dos circunstancias que resultan completamente indubitadas.

Primero, el recurso de protección, en cuanto acción cautelar que opera en hipótesis estrictas, no representaba el recurso eficiente e idóneo que el ordenamiento jurídico chileno proveía para proteger los derechos de Martina. Tal es así que los propios padres de Martina, tras la

decisión de la Corte Suprema, concurrieron al órgano jurisdiccional llamado legalmente a conocer de este tipo de casos: el tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud. Ello, además, fue posible porque la propia regulación constitucional del recurso de protección expresamente afirma que su ejercicio es “sin perjuicio de otras acciones”.

El segundo hecho indubitado del presente caso es que los tribunales de la Superintendencia, conociendo del asunto, otorgaron protección a los derechos de Martina y sus padres a través de una decisión de 19 de abril de 2012, que quedó firme en agosto de ese mismo año. Tan efectivo y cierto es este antecedente, que Martina, desde la fecha señalada, ha recibido de forma ininterrumpida la hospitalización domiciliaria requerida. Por otro lado, los padres de Martina recibieron, por así decirlo la Superintendencia de Salud, los dineros, debidamente reajustados, que ellos destinaron a sostener el tratamiento de Martina en el tiempo que medió entre la decisión de la Isapre —que retiró el financiamiento de la prestación—, y la decisión de los tribunales de la Superintendencia que restablecieron su financiamiento. De hecho, la propia CIDH, en su decisión de 2 de abril de 2013, cerró el procedimiento de medida cautelar solicitada en favor de Martina, asumiendo que el riesgo grave de afectación de derechos existente a la fecha había cesado de forma definitiva a partir de la decisión de los tribunales de la Superintendencia de Salud.

A la luz de los hechos y circunstancias indicadas, el Estado de Chile ha cumplido sus obligaciones internacionales. Incluso, asumiendo que la decisión de la Corte Suprema pudo representar una afectación de derechos, cuestión de suyo discutible, no es posible negar que la misma estructura institucional del Estado permitió remediar la situación, obligando a la Isapre a restablecer el financiamiento de la hospitalización domiciliaria de Martina, modelo de atención al que hasta el día de hoy accede. En este sentido, resulta necesario señalar que el surgimiento de la responsabilidad internacional de un Estado no se produce simplemente por una determinada actuación de cualquier privado que pueda, hipotéticamente, representar una infracción de derechos. Es necesario que concurren requisitos precisos, elaborados en la jurisprudencia de esta Honorable Corte. En particular si el Estado ha actuado para resguardar y reparar la situación injusta, no se le puede reprochar. Pues bien, en este caso, los hechos son indesmentibles: los tribunales de la Superintendencia de Salud restituyeron el tratamiento cuyo financiamiento la Isapre, en un principio, se negó a continuar otorgando en favor de la niña. En esas circunstancias, difícilmente es posible concluir la infracción de obligaciones internacionales del Estado. De allí que la demanda presentada por la CIDH ante V.E deba ser rechazada en todas sus partes.

En un escenario como el descrito, llama la atención que se concurriera al sistema interamericano de derechos humanos, cuyo carácter es esencialmente subsidiario. Los peticionarios presentaron su petición a la CIDH el 4 de noviembre de 2011, en circunstancias que: (a) que existía una solicitud de medida cautelar ante la misma CIDH que se encontraba siendo tramitada al interior de esta institución; y, (b) que tan sólo dos meses después, presentaron una demanda judicial ante el tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud. Esta circunstancia claramente representó una afectación del carácter subsidiario del sistema interamericano de derechos humanos, puesto que se utilizaron sus mecanismos antes de permitir que la institucionalidad estatal en la materia pudiese reaccionar como, de hecho, ocurrió en este caso. Ello al punto de que la propia CIDH resolvió cerrar el procedimiento de solicitud de medida cautelar vigente al tiempo en que los órganos jurisdiccionales de la Superintendencia resolvieron el asunto sujeto a su conocimiento.

Llama aún más la atención la conducta contradictoria de la CIDH en relación con este caso. En efecto, resulta difícil comprender por qué la CIDH estimó que aún subsistían los motivos que dieron origen a este caso en 2016 —al declarar la admisibilidad de la petición—, habiendo resuelto, la misma CIDH, en 2013, que los derechos humanos de Martina no se encontraban sujetos a ningún tipo de amenaza real, cierta y grave a partir del 23 de agosto de 2012, época en la que quedó firme la resolución del tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud que obligó a la Isapre a restablecer el financiamiento de la hospitalización domiciliar de Martina. En este mismo contexto, es del todo contradictorio que la CIDH hubiese condenado al Estado, en su informe de fondo pronunciado en 2018, habiendo considerado que, a partir de 2012, no subsistían circunstancias que permitieran concluir que el Estado pusiera en riesgo grave e inminente los derechos de Martina. En otras palabras, resulta jurídicamente cuestionable que la CIDH calificara un mismo conjunto de circunstancias de maneras totalmente contradictorias en dos procedimientos que estaban, evidentemente, relacionados.

Finalmente, el Estado hace presente lo siguiente. La institucionalidad estatal en materia de protección del derecho a la salud no resulta deficitaria desde la perspectiva de los derechos humanos. El sistema legal de protección de la salud en Chile puede, evidentemente, ser criticado desde la perspectiva de su mérito como política pública, tal como la CIDH y la peticionaria lo hacen en sus escritos. Ello es totalmente válido. Pero una cuestión es el debate del sistema de salud chileno a la luz de su mérito, y otro, totalmente distinto, su discusión desde la perspectiva del cumplimiento de las obligaciones relativas al derecho internacional de los derechos humanos. En relación con esto

último, nos permitimos coincidir con lo manifestado en el informe de fondo, en cuanto “La CIDH no identifica un contexto de falta de regulación en materia de salud con la generalidad expresada por la parte peticionaria” (párr. 25).

En cuanto a la supuesta debilidad de la protección jurisdiccional del acceso al derecho a la salud, el contexto del presente caso permite concluir, precisamente, lo opuesto. En efecto, este caso permite advertir que el Estado dispone, a través de su institucionalidad, de estructuras jurisdiccionales capaces de proteger el derecho a la salud de las personas de potenciales infracciones en las cuales pudiesen incurrir tanto los seguros privados, como el estatal —Fonasa—. De hecho, fue la fortaleza de ese sistema el que permitió a Martina y a sus padres obtener un remedio que les permitiera, finalmente, obligar a la Isapre a continuar con el financiamiento del tratamiento de la niña. Ello, evidentemente, da cuenta del carácter efectivo e idóneo de los recursos en la materia. Nuevamente, es perfectamente posible criticar desde una perspectiva estructural el diseño de ese régimen de remedios. Sin embargo, esas críticas al mérito del sistema no resultan suficientes para afirmar que el mismo infringe estándares internacionales de protección de derechos humanos, especialmente en lo relativo a derechos económicos y sociales, cuya plena satisfacción depende de la disponibilidad de recursos materiales con que cuente el Estado, siendo exigibles ciertas obligaciones inmediatas que se encuentran ampliamente cubiertas en este caso, así como la progresividad y constante perfeccionamiento, elemento respecto del cual el sistema chileno también se encuentra en cumplimiento.

En resumen: el Estado cumplió estrictamente con sus obligaciones internacionales, respecto de los derechos de Martina y de sus padres, removiendo el impedimento que limitaba el ejercicio de sus derechos a través de la acción de sus propios tribunales, cuestión que, por lo demás, reconoció la propia CIDH en 2013. Del mismo modo, la estructura del régimen de protección del derecho a la salud en Chile, si bien, como todos, susceptible de críticas, no infringe *per se* los estándares de derechos humanos en la materia. Por el contrario, dado que el régimen de remedios establecido en el ordenamiento jurídico chileno fue el que permitió a Martina y a sus padres acceder a la protección de sus derechos, este caso es una demostración fehaciente del cumplimiento del Estado respecto a otorgar mecanismos que garanticen y protejan la satisfacción del derecho a la salud y los demás derechos conexos a él. Por todas las razones señaladas a V.S.I, es que, respetuosamente, venimos en solicitar que se rechace la demanda presentada por la CIDH en todas sus partes.

I. EXCEPCIONES PRELIMINARES

I.I. PRIMERA EXCEPCIÓN PRELIMINAR: AGOTAMIENTO DE RECURSOS INTERNOS

1. Introducción

Como primera excepción preliminar, el Estado viene en alegar la falta de agotamiento de recursos internos. De acuerdo con la doctrina permanente de los órganos interamericanos, la presentación de cualquier petición ante el sistema requiere que la peticionaria hubiese agotado de forma previa aquellos mecanismos efectivos y adecuados que el ordenamiento jurídico le otorga para obtener su pretensión. En el presente caso, la peticionaria presentó su petición al sistema sin haber utilizado previamente aquellos procesales efectivos e idóneos para obtener su pretensión. De hecho, una vez presentada la petición, con fecha 4 de noviembre de 2011, y estando pendiente la resolución de admisión a trámite, la peticionaria presentó una demanda ante el tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud con fecha 10 de enero de 2012. Producto de ese proceso, la peticionaria obtuvo la pretensión esperada: que la Isapre continuara el financiamiento de la hospitalización domiciliaria de Martina. Ello da cuenta que, efectivamente, éste era el recurso efectivo y adecuado en su caso, el que no fue agotado al tiempo en que se presentó la petición ante el sistema.

2. Reglas en torno al agotamiento de recursos internos

El artículo 46.1 letra a) de la Convención establece como requisito de admisibilidad de toda petición presentada ante el sistema interamericano de derechos humanos que la denunciante hubiese agotado los recursos internos efectivos e idóneos que el ordenamiento jurídico nacional le provee para obtener su pretensión antes efectuar cualquier tipo de presentación ante la Comisión. En efecto, el artículo 46.1 letra a) de la Convención señala que constituye requisito de admisibilidad “que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”.

Ahora bien, en cuanto los recursos cuyo agotamiento es exigido son aquellos que resultan *adecuados* y *efectivos* dentro del ordenamiento para obtener la pretensión buscada. Al respecto, “la jurisprudencia consolidada del sistema interamericano ha observado que deben agotarse aquellos recursos que sean adecuados y efectivos. Se entiende por **adecuados** aquellos recursos

cuya función dentro del sistema de derecho interno sea idónea para proteger la situación jurídica infringida”¹ (énfasis añadido por el Estado). Por otro lado, un recurso **eficaz** es aquel que “es capaz de producir el resultado para el cual ha sido creado”².

A modo de ejemplo, la Honorable Corte ha señalado que:

“[E]n todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable”³.

Por otra parte, la jurisprudencia de esta honorable Corte es clara y constante en cuanto a que “el Estado que alega el no agotamiento tiene a su cargo el señalamiento de los recursos internos que deben agotarse y de su efectividad”⁴.

El requisito de agotamiento de los recursos internos es una manifestación del principio de subsidiariedad, pilar fundamental de la distribución de competencias al interior del sistema de protección interamericano, tal y como lo señala el preámbulo de la Convención⁵. En esa línea, la CIDH ha señalado que “[e]ste requisito tiene como objeto permitir que las autoridades nacionales

¹ TOJO, L. Y ELIZALDE, P. (2014). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En: Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1° ed. Bogotá: Christian Steiner, pág. 779.

² *Ibíd.*

³ CORTE IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 64.

⁴ CORTE IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 88; CORTE IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 3 de septiembre de 1998. Serie C No. 40, párr. 31; CORTE IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C No. 66, párr. 53.

⁵ Éste establece lo siguiente: “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una **protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos**” (énfasis añadido por el Estado).

conozcan sobre la supuesta violación de un derecho protegido y, de ser apropiado, la solución antes de que sea conocida por una instancia internacional”⁶.

En virtud de este requisito, la Convención exige que toda persona que se dirige a los órganos del sistema interamericano debe primero buscar resolver el problema que da origen a su petición a través de los mecanismos que el propio derecho nacional recoge. Por lo tanto, mientras exista una posibilidad de que las reclamaciones puedan ser satisfechas a nivel interno, éstas no pueden ser objeto de análisis mediante una petición por parte del derecho internacional de los derechos humanos, cuyos mecanismos de protección deben considerarse como subsidiarios para el caso en que en el Estado en cuestión no se disponga de recursos, o que los que existan resulten inadecuados o ineficaces⁷. Solo en estos casos se puede acceder efectivamente a los mecanismos de protección convencionales.

3. Aplicación de las reglas de agotamiento de recursos internos al caso concreto

De acuerdo con las reglas de agotamiento de recursos internos, correspondía que la peticionaria en este caso presentara su denuncia ante el sistema interamericano de derechos humanos una vez que hubiese agotado los recursos efectivos y adecuados para alcanzar su pretensión ante los órganos jurisdiccionales del Estado chileno. En este caso, la pretensión de los padres de Martina Vera Rojas era, evidentemente, que se ordenara a la Isapre que continuara financiando la hospitalización domiciliar de su hija. La misma había sido suspendida por medio de una decisión de la Isapre, que argumentó para ello que el carácter crónico de la enfermedad de la niña le impedía continuar financiando la prestación en cuestión a la luz de la normativa administrativa aplicable.

De acuerdo con el derecho chileno, el mecanismo procesal efectivo y adecuado para lograr revocar la decisión de la Isapre que privó a Martina del financiamiento requerido para financiar su

⁶ CIDH. *Caso Gustavo Haroldo Horta Muñoz Vs. Chile*. Informe de Inadmisibilidad N° 70/15, Petición N° 125-07, de 28 de octubre de 2015, párr. 21; CIDH. *Caso Rómulo Jonás Ponce Santamaría Vs. Perú*. Informe de Inadmisibilidad N° 26/16, Petición N° 932-03, de 15 de abril de 2016, párr. 22; CIDH. *Caso Hernando de Jesús Ramírez Rodas Vs. Colombia*. Informe de Inadmisibilidad N° 150/17, Petición N° 123-08, de 26 de octubre de 2017, párr. 8; CIDH. *Caso Mario Eugenio López Velasco Vs. Ecuador*. Informe de Inadmisibilidad N° 18/18, Petición N° 1148-08, de 24 de febrero de 2018, párr. 9.

⁷ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor (2004). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos – Aspectos institucionales y procesales*. 3° ed. San José, Costa Rica, pág. 296.

hospitalización domiciliaria era aquel que establecía el Decreto con Fuerza de Ley N°1, del año 2005, del Ministerio de Salud, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469, en su artículo 117. En efecto, el ordenamiento nacional ha otorgado especiales competencias a la Superintendencia de Salud para cautelar los derechos e intereses de las personas afiliadas tanto a las entidades de seguros de salud privadas (Isapre), como los de aquellos afiliados al seguro estatal (Fonasa). En efecto, la ley crea un procedimiento específico para resolver controversias como aquellas que afectaron a Martina y a sus padres. Dicho procedimiento, de carácter contencioso-jurisdiccional, opera al interior de la propia Superintendencia de Salud, según se explicará a continuación.

De acuerdo con el artículo 107 del DFL N°1, es función de la Superintendencia “supervigilar y controlar a las instituciones de salud previsional (...) y velar por el cumplimiento de las obligaciones que les imponga la ley en relación a las Garantías Explícitas en Salud, los contratos de salud, las leyes y los reglamentos que las rigen”. En el ejercicio de estas atribuciones, el artículo 117 de la ley señala que el Superintendente de Salud:

“Actuará en calidad de árbitro arbitrador, resolverá las controversias que surjan entre las instituciones de salud previsional o el Fondo Nacional de Salud y sus cotizantes o beneficiarios, siempre que queden dentro de la esfera de supervigilancia y control que le compete a la Superintendencia, y sin perjuicio de que el afiliado pueda optar por recurrir a la instancia a la que se refiere el artículo 120 o a la justicia ordinaria”.

La norma en cuestión establece un tribunal arbitral al interior de la Superintendencia de Salud. Este tribunal opera de acuerdo con un procedimiento preestablecido y dispone de facultades propias de un árbitro arbitrador. En conformidad a lo establecido por el artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales, un árbitro arbitrador “fallará obedeciendo a lo que su prudencia y equidad le dictaren, y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si estas nada hubieren expresado, a las que se establecen en este caso en el Código de Procedimiento Civil”. Esto es de capital importancia. El tribunal arbitrador de la Superintendencia está llamado a resolver las controversias sujetas a su conocimiento de acuerdo a las reglas de prudencia y equidad que cada concreto requiere. Por tanto, se trata de un tribunal que está expresamente facultado por la ley chilena para resolver, incluso *contra legem* si las circunstancias del caso concreto así lo demandasen.

Este elemento es muy importante al momento de evaluar cuál era el recurso efectivo y adecuado que la peticionaria debía utilizar para lograr el reconocimiento de sus derechos frente a la conducta de la Isapre.

Ahora bien, para que el tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud se erija como el juez natural para conocer de ciertas controversias, es necesario que concurren dos circunstancias. Primero, que se trate de “controversias que surjan entre las instituciones de salud previsional o el Fondo Nacional de Salud y sus cotizantes o beneficiarios”. Segundo, esta controversia debe tener por objeto una materia que se encuentre “dentro de la esfera de supervigilancia y control que le compete a la Superintendencia”. En otras palabras, y siguiendo el tenor de la ley, debe tratarse de una controversia relativa al “cumplimiento de las obligaciones que [el derecho imponga a las Isapres o Fonasa] en relación a las Garantías Explícitas en Salud, los contratos de salud, las leyes y los reglamentos que las rigen”.

Como es posible apreciar, la situación que afectaba a Martina era, precisamente, una de aquellas entregadas por la ley al conocimiento del tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud. En primer lugar, se trataba de una controversia entre una Isapre y sus afiliados, que reclamaban que se les privaba de un derecho que, de acuerdo con el contrato y el derecho chileno, les correspondía. En segundo lugar, esa controversia tenía por objeto determinar la concurrencia de una determinada obligación jurídica en relación con la Isapre en el caso concreto.

Un tercer elemento adicional que configuraba al tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud como el juez natural para conocer del caso de Martina era el hecho de que la Circular N° 7 de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, al tiempo de la ocurrencia de los hechos, efectivamente señalaba que tratándose de una enfermedad crónica la Isapre no se encontraba obligada a continuar financiando los tratamientos propios de una hospitalización domiciliaria. En una circunstancia como la señalada, el tribunal que se encontraba en mejor posición para salvaguardar los derechos de Martina y de sus padres era, precisamente, el tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud. Ello porque este tribunal, al momento de resolver la controversia, no estaba obligado a hacerlo de acuerdo con el alcance de la Circular N° 7. En efecto, la característica esencial de la jurisdicción del tribunal arbitral en cuestión es que el mismo puede ponderar circunstancias ajenas a la legalidad para adjudicar un caso concreto de forma que la decisión resulte del todo justa para los afectados. En este sentido, la peticionaria, al escoger tribunales propios de la justicia ordinaria, se expuso a que su caso no fuera conocido adecuadamente por la jurisdicción

nacional. Ello porque los tribunales ordinarios de justicia están obligados a fallar conforme, precisamente, a la legalidad y no a partir de consideraciones de prudencia y equidad, como el tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud. De allí que el juez natural del caso de Martina, al tiempo que ocurrieron los hechos, era, precisamente, el referido tribunal arbitral.

En este mismo sentido, el recurso al tribunal arbitral de la Superintendencia representaba el recurso “efectivo” y “adecuado” que debía ser agotado al interior del Estado antes de concurrir ante el sistema interamericano de derechos humanos con una denuncia. Era este el mecanismo procesal que permitía que el caso de Martina fuese conocido en toda su complejidad. Era éste el mecanismo que permitía apreciar circunstancias que iban más allá de la mera legalidad. En definitiva, era éste el mecanismo que permitía que el adjudicador pudiese efectuar consideraciones propias de derechos humanos y ponderar el alcance de éstos *vis a vis* las exigencias de la legalidad.

Sin embargo, la peticionaria, en vez de acudir al juez natural dispuesto por la ley chilena para conocer de su caso, concurrió ante los tribunales ordinarios por medio de una acción cautelar: el recurso de protección. El recurso de protección, en cuanto acción cautelar establecido en el artículo 20 de la Constitución, permite denunciar acciones u omisiones de carácter “ilegal” o “arbitrario”. En cuanto acción cautelar, las sentencias que recaen sobre un recurso de protección producen un efecto de cosa juzgada formal y no material. Por tanto, una sentencia de esta naturaleza no impide el ejercicio de otro tipo de acciones con posterioridad que examinen la misma cuestión, dado que el objeto de la controversia podría haber requerido de mayores elementos de juicio que no pueden ser apreciados en el contexto de la tramitación de una acción caracterizada por su rapidez e inmediatez. De hecho, el propio artículo 20 de la Constitución se hace cargo de esta situación y señala que el ejercicio del recurso de protección es sin perjuicio del ejercicio de otras acciones que es posible presentar ante tribunales.

Si bien la Corte de Apelaciones de Concepción acogió el recurso de protección presentado por la peticionaria, la Corte Suprema revocó la decisión en cuestión amparada en que la Isapre había actuado en conformidad a la legalidad entonces vigente en materia de salud. Esto evidencia que el recurso de protección no resultaba la acción más idónea para que los peticionarios obtuviesen, de parte de los tribunales chilenos, su pretensión. De hecho, los mismos peticionarios siete meses después de la decisión de la Corte Suprema que rechazó el recurso de protección, concurrieron, esta vez, al tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud. Sin embargo, dicha presentación se efectuó con posterioridad a la presentación de la petición ante la CIDH. En efecto, la petición se presentó

ante la CIDH con fecha 4 de octubre de 2011, mientras que la demanda ante el tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud se presentó el 10 de enero de 2012. El tribunal arbitral pronunció la sentencia de primera instancia en este caso el 19 de abril de 2012, acogiendo la demanda de los padres de Martina y dejando sin efecto la decisión de la Isapre. Esta sentencia quedó firme tras el rechazo de la apelación deducida por la Isapre el 27 de agosto del mismo año.

Las fechas demuestran de forma indesmentible que la peticionaria concurrió al sistema interamericano antes de presentar su demanda ante el tribunal nacional que era el juez idóneo para conocer del caso de Martina. En otras palabras, la peticionaria presentó una denuncia contra el Estado ante la CIDH antes de que el juez natural nacional hubiese podido conocer y resolver el asunto sujeto a su conocimiento. Esto, en la práctica, implica que la peticionaria no cumplió con la exigencia de agotamiento de recursos internos contenida en el artículo 46.1 letra a) de la Convención.

Además, los hechos demuestran, precisamente, que la peticionaria no agotó los recursos eficientes y adecuados para obtener su pretensión de cara al derecho chileno. Tan eficientes y adecuados eran los remedios que no fueron agotados antes de concurrir al sistema interamericano, que los mismos permitieron a la peticionaria lograr que se dejara sin efecto la decisión de la Isapre. Fue gracias a la decisión del tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud que la Isapre se vio forzada a continuar financiando, hasta el día de hoy y de forma ininterrumpida, la hospitalización domiciliar de Martina. Esto demuestra, más que cualquier otro tipo de alegación, que este recurso resultaba el idóneo para que la peticionaria obtuviera su pretensión ante los tribunales nacionales. En definitiva, la peticionaria al presentar su petición contra el Estado antes de concurrir al tribunal arbitral, incumplió el requisito del agotamiento de los recursos internos.

Finalmente, la misma conducta de la peticionaria y de la CIDH confirman que la decisión adoptada por el tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud permitió remediar la afectación de derechos denunciada, cuestión que demuestra el carácter eficaz y adecuado del recurso. Con anterioridad a la presentación de su denuncia, la peticionaria solicitó una medida cautelar a la CIDH. La misma tenía por objeto que el Estado adoptara las medidas necesarias para asegurar que la Isapre continuara financiando la hospitalización domiciliar de Martina. Pues bien, una vez que la sentencia del tribunal arbitral quedó firme, la misma peticionaria decidió retirar su solicitud, dado que los derechos de Martina habían obtenido la debida protección. De igual forma, la CIDH no manifestó oposición alguna a la solicitud de la peticionaria. Así, se cerró ese procedimiento ante la

CIDH en 2013. Ello, sin embargo, y por razones que desconocemos, no fue considerado por la misma CIDH al momento de declarar admisible, en 2016, la petición presentada, en paralelo, por la peticionaria en 2011.

4. Conclusión

A partir de los antecedentes anteriormente mencionados, el Estado viene en alegar que la peticionaria no agotó, antes de presentar su denuncia ante la CIDH, los recursos eficientes y adecuados que el ordenamiento nacional le proveía para obtener la protección de derechos de Martina. En efecto, la peticionaria presentó su denuncia con anterioridad a la presentación de su demanda ante el tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud, el que, finalmente, obligó a la Isapre a continuar financiando la hospitalización domiciliaria de Martina a partir de 2012. La misma, como se señaló, ha sido otorgada de forma ininterrumpida hasta el día de hoy.

I.2. SEGUNDA EXCEPCIÓN PRELIMINAR: LA DENUNCIA DE LA PETICIONARIA, A PARTIR DEL 27 DE AGOSTO DE 2012, RESULTABA MANIFIESTAMENTE INFUNDADA, CUESTIÓN QUE PRODUCÍA, EN LOS HECHOS, SU TOTAL IMPROCEDENCIA.

1. Introducción

Resulta evidente —incluso reconocido por la propia peticionaria y la CIDH—, que, a partir del 27 de agosto de 2012, de acuerdo con el tenor de lo establecido en el artículo 48.1 letra b) de la Convención, “[no] subsist[ían] los motivos de la petición o comunicación”. En efecto, a partir de esa fecha, Martina comenzó a recibir, nuevamente, y de forma ininterrumpida hasta el día de hoy, el tratamiento propio de la hospitalización domiciliaria. En este escenario, a partir del 12 de agosto de 2012, y producto de una reparación de carácter sobreviniente, la petición adquirió un carácter infundado, cuestión que justificaba su inadmisibilidad.

2. El caso de la reparación sobreviniente

Recientemente, la Honorable Corte ha resuelto que la reparación sobreviniente del Estado —esto es, la reparación de un peticionario por parte del Estado una vez que éste hubiese presentado su denuncia ante el sistema interamericano—, resulta un factor que haría, al menos, innecesario entrar a conocer respecto del fondo de una alegación de infracción de derechos. En efecto, en

Tarrazona Arrieta y otros vs. Perú (2014)⁸, una de las violaciones de derechos humanos, denunciadas por la CIDH en su escrito de sometimiento del caso a la Honorable Corte fue la infracción, por parte del Estado peruano, de los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención Americana —relativo a la protección del derecho a la vida y de la integridad personal—, en perjuicio de las víctimas del caso. Al momento de pronunciarse respecto de esta alegación, la Honorable Corte indicó:

El Estado es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos. El referido carácter subsidiario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa.⁹

Tras plantear estas consideraciones, la Honorable Corte reconoció que, tras la presentación de la petición ante la CIDH en 1996, el Estado había realizado una serie de medidas que, efectivamente, condujeron a la sanción de los responsables del homicidio de las víctimas del caso. En este respecto, la Corte concluyó:

(...) En las circunstancias particulares del caso y tomando en cuenta lo establecido en la Convención Americana, la Corte considera que, en aplicación del principio de complementariedad, **no resulta necesario en este caso analizar las alegadas violaciones de los derechos a la vida y a la integridad personal.**¹⁰ (el destacado es nuestro)

⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014). *Caso Tarrazona Arrieta y otros vs. Perú*. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C 286.

⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014). *Caso Tarrazona Arrieta y otros vs. Perú*. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C 286. Párr. 137.

¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014). *Caso Tarrazona Arrieta y otros vs. Perú*. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C 286. Párr. 140.

Como es posible apreciar, la Honorable Corte, producto de la existencia de una reparación sobreviniente, resolvió no analizar, ni pronunciarse siquiera en su sentencia acerca de la alegada responsabilidad internacional del Estado por las violaciones al derecho a la vida y a la integridad personal de las víctimas declaradas del caso.¹¹ Lo anterior es de toda lógica: el sistema interamericano de derechos humanos está construido sobre el principio de subsidiariedad, el que produce efectos que, si bien discutidos en la doctrina en el ámbito de lo sustantivo, resultan sumamente claros en relación con el ámbito procesal. El principio de subsidiariedad o complementariedad exige que, por razones de justicia, se permita, en primer lugar, al Estado reparar cualquier afectación efectiva de derechos humanos. Sólo si éste, teniendo la oportunidad, no lo hace, intervienen los órganos del sistema regional de protección de derechos humanos. En *Tarrazona y otros*, la Honorable Corte concluyó que, al tiempo en que el tribunal conocía del caso, las denuncias formuladas respecto de un conjunto de derechos habían sido, efectivamente, reparadas de forma sobreviniente por la institucionalidad del Estado. En un contexto como ese, resultaba del todo improcedente entrar a pronunciarse respecto del fondo de la alegación planteada por el peticionario, dado que los hechos que motivaron el caso, al menos en esta parte, no subsistían al tiempo en que el mismo se resolvía por la Honorable Corte.

3. Situación del caso de Martina Vera: reparación sobreviniente hace del todo improcedente el conocimiento del fondo de la materia objeto de la denuncia

El 4 de octubre de 2011, las representantes presentaron una denuncia ante la CIDH sobre el caso de Martina Vera Rojas¹², esto es, un poco antes de transcurridos los 6 meses después de la sentencia de la Corte Suprema respecto del caso. A nivel interamericano, luego de presentar la denuncia, en diciembre de 2011 las representantes presentaron una solicitud de medida cautelar¹³, en favor de Martina Vera y su familia. Luego de dichas solicitudes ante la CIDH, El 10 de enero de 2012, las representantes interpusieron una demanda contra la Isapre ante la Superintendencia de Salud con el objeto de restablecer el financiamiento del tratamiento de hospitalización domiciliaria

¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014). *Caso Tarrazona Arrieta y otros vs. Perú*. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C 286. Párr. 141.

¹² Esta denuncia quedó catalogada como P-1558-11.

¹³ Esta medida cautelar quedó catalogada como MC-390-11.

que estaba recibiendo Martina. Por tanto, tanto la solicitud de medida cautelar, cuyo objeto era este caso, como la petición fueron presentadas con anterioridad a la fecha de la interposición de la demanda ante el juez natural llamado a conocer en Chile del caso de Martina.

El tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud resolvió, en sentencia firme y ejecutoriada el 27 de agosto de 2012, que la Isapre tenía la obligación de restablecer el financiamiento de la hospitalización domiciliaria de Martina. Como consecuencia directa de ello, las representantes de la peticionaria se desistieron de la solicitud de medida cautelar presentada ante la CIDH, tal como ellas mismas manifestaron en su escrito de 30 de agosto de 2016.¹⁴ Las representantes se desistieron de continuar la tramitación de la medida cautelar, precisamente, porque la decisión del tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud logró reponer el financiamiento de la hospitalización domiciliaria de Martina. De igual forma, la decisión del tribunal arbitral dispuso que la Isapre compensara la totalidad de los gastos en los cuales incurrieron los padres de Martina durante el intervalo en el cual la Isapre se negó a financiar la cobertura de este tratamiento.

Frente a una situación como la descrita, la situación denunciada ante el sistema fue totalmente reparada por la institucionalidad del Estado. Dicha circunstancia fue reconocida implícitamente por la peticionaria cuando ella se desistió de la solicitud de medida cautelar presentada ante la CIDH, precisamente, para lograr restablecer el financiamiento de la prestación de Martina. De igual forma, la CIDH no se opuso de forma alguna al desistimiento planteado por la solicitante, cuestión que da cuenta de que la propia Comisión comprendió que, a la fecha de término del proceso en cuestión, esto es, al 2 de abril de 2013, cualquier situación de amenaza grave, urgente e irreparable al derecho a la vida, integridad y salud de Martina, había cesado de existir gracias a la decisión del tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud.

Ello evidencia que en el presente caso operó, precisamente, una situación de reparación sobreviniente del Estado, circunstancia incluso admitida implícitamente tanto por la peticionaria como por la CIDH en 2013 en el contexto de un proceso de medidas cautelares que fue llevado adelante en paralelo con la denuncia planteada por la peticionaria. En efecto, en este caso, el juez

¹⁴ Karinna Fernández Neira, en su calidad de representante de la familia Vera Rojas, *Información complementaria que actualiza la situación de la menor Martina Vera Rojas*. Carta enviada al Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Sr. Paulo Abrao, con fecha 30 de agosto de 2016; párr. 2 y 4.

natural conforme al derecho nacional reparó el agravio denunciado por la peticionaria ante el sistema interamericano con posterioridad a la presentación de la petición. Mientras la petición fue presentada el 4 de octubre de 2011, el tribunal nacional resolvió el asunto sujeto a su conocimiento el 19 de abril de 2012, sentencia que quedó firme con el rechazo del recurso de apelación deducido por la Isapre con fecha 27 de agosto del mismo año. A partir de ese momento, la Isapre, fiscalizada por la Superintendencia de Salud, ha financiado de forma ininterrumpida el tratamiento de hospitalización domiciliaria de Martina.

En un contexto como el señalado, si bien puede admitirse, aunque resulta discutible, que existían motivos para la presentación de la petición ante el sistema al 4 de octubre de 2011, aquellos motivos habían desaparecido del todo al 27 de agosto de 2012. En un escenario como el descrito, la CIDH podría haber decretado motu proprio el archivo del caso en cuestión. Ello, al tenor de lo dispuesto en el artículo 48.2 letra b) de la Convención, el cual señala que la CIDH “verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación. De no existir o subsistir, mandará archivar el expediente”. En este caso, la CIDH tuvo perfecto conocimiento de que la situación que, supuestamente, habían amenazado los derechos de Martina había cesado del todo. Ello porque en el proceso que tramitaba en paralelo, de medidas cautelares, tuvo conocimiento cierto de la decisión del tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud, la cual quedó firme el 27 de agosto de 2012. Ello, al punto de acceder, por esas razones, a la solicitud de desistimiento de la solicitud de medida cautelar presentada por la peticionaria en abril de 2013. Verificada esta circunstancia, la obligación convencional de la CIDH era archivar el caso. Ello, con independencia de si el Estado lo hubiese solicitado o no. De hecho, el artículo 48.2 letra b) de la Convención no distingue en este sentido. Verificada la situación de reparación sobreviniente por la CIDH, su deber es ordenar el archivo de la causa debido que a los motivos que originaron la petición no subsisten.

Sin embargo, y por razones que el Estado ignora, la CIDH, teniendo conocimiento de los hechos que configuraban una situación de reparación sobreviniente en este caso, resolvió declarar admisible la petición en 2016 y condenar, finalmente, al Estado en 2018. Ello por una situación cuya reparación fue del todo conocida y aceptada por la CIDH en 2013. En el contexto señalado, resultaba totalmente superfluo que el Estado solicitara el archivo del caso a la CIDH acompañando antecedentes que, desde 2013, eran conocidos con propiedad por la misma Comisión. Nuevamente, en un escenario como el descrito, el artículo 48.2 letra b) de la Convención obligaba a la CIDH a actuar motu proprio, incluso sin esperar la solicitud expresa de archivo por parte del Estado. En

efecto, verificada por la CIDH la concurrencia de una situación de reparación sobreviniente correspondía a la Comisión cerrar el caso a través de una declaración de archivo en el momento que conoció de la circunstancia en cuestión, esto es, el año 2013. Sin embargo, por razones que el Estado ignora, la CIDH continuó tramitando la causa e, incluso, la declaró admisible en 2016.

En conclusión: el Estado de Chile, a través de sus tribunales, reparó el agravio denunciado por la peticionaria con posterioridad a la presentación de la denuncia ante el sistema interamericano. Tanto la existencia como la efectividad de la reparación fueron aceptadas por la propia peticionaria y la CIDH en 2013. En esas condiciones, es claro que el caso, al menos a partir de 2013, la CIDH sabía, o debía saber, que los motivos que originaron la petición no subsistían. En estas circunstancias, es claro que la resolución del presente caso, a la luz de la propia jurisprudencia de la Honorable Corte, resulta inoficiosa. Ello, porque el agravio denunciado ha sido reparado por los tribunales nacionales. El carácter subsidiario de la jurisdicción de la Honorable Corte exige, entonces, que ésta acoja la excepción preliminar interpuesta.

4. Conclusión

De acuerdo con el principio de subsidiariedad, al menos en los términos recogidos por la jurisprudencia de la Honorable Corte, resulta inoficioso para este tribunal pronunciarse en cuanto al fondo de un caso en el cual la infracción denunciada ha sido evidentemente reparada por la acción de los órganos del mismo Estado acusado. De esta forma, la Honorable Corte, precisamente, preserva la naturaleza complementaria de la jurisdicción regional de derechos humanos y reconoce que son los Estados los primeros llamados a reparar cualquier tipo de eventual infracción de derechos humanos ocurrida al interior de su territorio. Todo esto justifica que la Honorable Corte acoja esta excepción preliminar y, considerando lo dispuesto en los artículos 47 letra c) y 48.2 letra b) de la Convención, declare inadmisibile el caso y, reconociendo la reparación, se abstenga de conocer del fondo del mismo.

I.3. TERCERA EXCEPCIÓN PRELIMINAR: FALTA DE COMPETENCIA DE LA HONORABLE CORTE PARA CONOCER DE EVENTUALES INFRACCIONES AL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

1. Introducción

Una de las imputaciones que la CIDH dirige al Estado tanto en su informe de fondo, como en su escrito de sometimiento, dice relación con que aquel habría incumplido sus deberes internacionales, a la luz de los artículos 1.1 y 2 de la Convención, en relación con el artículo 26 de la misma. En efecto, la CIDH asume que el artículo 26 de la Convención contiene, implícitamente, un derecho a la salud que, en cuanto derecho social, obliga al Estado. De acuerdo con el criterio de la CIDH, el Estado habría incumplido sus deberes respecto de esa garantía y, por tanto, los hechos que configuran el caso comprometerían la responsabilidad internacional del Estado.

Sin embargo, y con independencia de la efectividad del fondo del argumento planteado por la CIDH, el mismo resulta inadmisibile en el contexto de la presente discusión. Ello porque el artículo 26 no resulta judicializable por su carácter eminentemente programático, tal como la propia Honorable Corte lo ha admitido, al menos, hasta el año 2018. De igual forma, la Honorable Corte carece de competencias materiales para aplicar, en esta sede jurisdiccional, el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales por cuanto, como la misma Corte lo ha reconocido, ésta dispone de atribuciones para dar aplicación únicamente a los instrumentos que, específicamente, constituyen al sistema interamericano de derechos humanos. Por los argumentos que a continuación se presentarán, el Estado respetuosamente solicita a la Honorable Corte que excluya de la resolución de este caso las alegadas infracciones estatales del artículo 26 de la Convención.

2. Competencia material de la Honorable Corte: Artículo 26 y derecho a la salud

El artículo 26 de la Convención señala:

“Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

Cabe afirmar, en primer lugar, que el artículo 26 de la Convención no plantea, en términos expresos, el reconocimiento de un derecho a la salud cuyo texto, a su vez, acote el contenido y límites del mismo. Por el contrario, el artículo 26 plantea una obligación genérica para todos los Estados: adoptar medidas progresivas que, en su conjunto, permitan dotar a los “derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la

Organización de los Estados Americanos” de efectividad plena al interior de las jurisdiccionales estatales.

Así las cosas, el artículo 26 de la Convención no especifica en términos concretos un listado de derechos y garantías que puedan concebirse englobados dentro de la expresión “derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”. Ello, a diferencia, por ejemplo, del reconocimiento de otras macrogarantías en la Convención como el debido proceso (artículo 8° de la Convención), que especifica en términos claros y ciertos un subconjunto de derechos protegidos en términos específicos.

La práctica de los propios Estados valida esta conclusión. La ausencia de un derecho específico a la salud en la Convención llevó a los Estados a complementar la disposición en cuestión a través de la dictación de un Protocolo Adicional que lo incluyera dentro del régimen de protección interamericano. Este Protocolo resultó ser el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* más conocido como “Protocolo de San Salvador”. En este sentido, resulta clave para dilucidar la existencia o no de un derecho a la salud en el texto de la Convención ponderar el alcance de su artículo 77. El mismo establece los presupuestos bajo los cuales puede proponerse, aprobarse y ratificarse un Protocolo Adicional. En efecto, el artículo 77 de la Convención establece expresamente que si los Estados desean “incluir progresivamente en el régimen de protección [establecido por la Convención] otros derechos y libertades”, aquellos deberán “someter a la consideración de los Estados Partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención”. A su vez, el artículo 77.2 de la Convención agrega que los derechos reconocidos en los protocolos adicionales serán exigibles únicamente “entre los Estados Partes en el mismo”.

A partir de lo dispuesto en las normas referidas de la Convención es posible concluir que el propósito del Protocolo de San Salvador no fue otro que incluir, dentro del ámbito de protección del sistema regional, una serie de derechos y garantías que no estaban incluidos en la Convención. Si los Estados hubiesen estimado que esas garantías ya existían, entonces no habría habido necesidad, por parte de éstos, de adoptar un Protocolo Adicional en la materia.

Pues bien, el Protocolo de San Salvador incluye un conjunto de derechos económicos, sociales y culturales, no contenidos en la Convención, que crean obligaciones específicas para los Estados que ratifiquen el referido protocolo. El protocolo incluye un catálogo de derechos, como el

derecho al trabajo¹⁵, derechos sindicales¹⁶, derecho a la seguridad social¹⁷, derecho a la educación¹⁸, entre otros. El mismo entró en vigor el 16 de noviembre de 1999.

El artículo 10 del Protocolo reconoce en términos expresos el derecho a la salud y configura su contenido señalando que el mismo garantiza a toda persona “el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”. A partir de esa definición, el artículo 10 señala una serie de obligaciones concretas para los Estados, consistentes en garantizar: (a) la atención primaria de la salud; (b) la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; (c) la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; (d) la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; (e) la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y (f) la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que, por sus condiciones de pobreza, sean más vulnerables. El cumplimiento de estos deberes se sujeta a lo dispuesto por el mismo Protocolo en su artículo 1°. Éste señala que los Estados deben adoptar medidas para satisfacer los derechos recogidos en el Protocolo “hasta el máximo de los **recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo**, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos”.

La Honorable Corte en su jurisprudencia ha referido un argumento adicional que busca dar cuenta de las razones por las cuales el artículo 26 de la Convención no resulta exigible por particulares ante la CIDH o este tribunal. En el caso *Cinco pensionistas vs. Perú* (2014), la Honorable Corte manifestó:

“Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general (...) teniendo presentes los imperativos de la equidad social, **y no en**

¹⁵ Artículo 6 Protocolo de San Salvador.

¹⁶ Artículo 8 Protocolo de San Salvador.

¹⁷ Artículo 9 Protocolo de San Salvador.

¹⁸ Artículo 13 Protocolo de San Salvador.

función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.”¹⁹

El argumento planteado por la Honorable Corte, que no es de carácter literalista, plantea su análisis a partir de la consideración de la naturaleza del artículo 26. De acuerdo con la Honorable Corte, juzgar si un determinado Estado ha implementado, forma progresiva, aquellos “derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos” supone un ejercicio que, para ser efectivo, requiere considerar adecuadamente la situación de la generalidad de los habitantes de un país en relación con esos derechos.

Ese análisis, evidentemente, requiere de cierta información empírica que haga posible, en la práctica, ese ejercicio. En este escenario, concluye, la Honorable Corte, el juzgamiento de un Estado a partir de un caso concreto no resulta, técnicamente, posible. Ello porque, en palabras del mismo tribunal, las circunstancias de un caso aislado “no necesariamente [son] representativos de la situación general prevaleciente”. Así las cosas, la Corte razonablemente concluye que el análisis acerca del cumplimiento, por parte de un Estado, de las obligaciones que el artículo 26 de la Convención le impone supone un estudio de la realidad general que experimenta ese país, realidad de la cual un caso aislado no puede, evidentemente, dar cuenta. De allí que el problema en relación a la adjudicación del artículo 26 no sea únicamente uno de literalidad de las competencias de la Corte, sino también uno de carácter técnico asociado a las capacidades materiales del propio tribunal.

En conclusión: el artículo 26 de la Convención, junto con no reconocer derechos específicos, tiene un contenido cuyo cumplimiento no es susceptible de ser mensurado a partir de casos aislados.

3. Aplicación de los principios anteriormente señalados al caso concreto

En principio, el derecho a la salud es una garantía del sistema interamericano que resulta exigible únicamente a aquellos Estados que ratificaron el Protocolo de San Salvador. El Estado de Chile, a la fecha, no ha ratificado aquel instrumento. Por tanto, los derechos allí reconocidos no generan obligaciones para el Estado chileno que puedan ser exigibles por particulares tanto ante la

19

Comisión, como la Honorable Corte. De hecho, la propia CIDH, resolvió que no resultaba admisible juzgar al Estado chileno por un derecho social que, no reconocido en la Convención, formaba parte del Protocolo de San Salvador. Ello en la medida que el Estado no había ratificado ese instrumento.²⁰ Ello no significa, en caso alguno, que el Estado, a partir de lo dispuesto en el artículo 26, no se encuentre obligado a lograr, dentro del marco de sus recursos, y de forma progresiva, el goce efectivo del derecho a la salud de su población.

Esto, a su vez, es plenamente compatible con la competencia material de la Honorable Corte fijada por el artículo 63.1 de la Convención. El mismo señala que “Cuando [la Corte] decida que hubo violación de **un derecho o libertad protegidos en esta Convención**, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados”. En este caso, precisamente, el derecho a la salud no sería uno de esos derechos o libertades “protegidos en esta Convención”, cuestión que impide a la Honorable Corte pronunciarse sobre las alegaciones que al respecto plantea la CIDH y la peticionaria en el presente caso. Ello, evidentemente, sin perjuicio de que la Corte tenga plena competencia para conocer del resto de infracciones denunciadas por la CIDH en relación con este caso.

Los razonamientos anteriormente señalados podrían ser respondidos de la forma que la propia CIDH plantea en su informe de fondo. En efecto, la CIDH si bien reconoce en el referido informe que el Estado chileno no ha ratificado el Protocolo de San Salvador, afirma que éste sí ha ratificado el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales y, por tanto, el contenido del mismo permitiría juzgar al Estado en el presente caso a la luz del derecho a la salud.²¹ Sin embargo, esta conclusión resulta del todo equivocada a la luz de la jurisprudencia de la propia Corte. En efecto, en el pronunciamiento emitido por la Honorable Corte en relación con las excepciones preliminares planteadas por el Estado colombiano en el caso *Las Palmeras vs. Colombia*, la Corte acogió aquella excepción a partir de la cual Colombia alegó que no los órganos del sistema interamericano no disponían de competencias para juzgar la actuación del Estado a partir de tratados de derechos humanos de alcance universal si éstos no les otorgaban a aquellos competencias específicas en la materia. Así, la Honorable Corte manifestó:

²⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2004) : Petición N° 292/03. *Margarita Cecilia Barbería Miranda vs. Chile*. 13 de octubre de 2004, párr. 21.

²¹ CIDH. Informe de Fondo, párr. 56.

Si bien la Comisión Interamericana tiene amplias facultades como órgano de promoción y protección de los derechos humanos, de la Convención Americana se desprende, con toda claridad, que el procedimiento iniciado en casos contenciosos ante la Comisión que culmine en una demanda ante la Corte, **debe referirse precisamente a los derechos protegidos por dicha Convención** (cfr. artículos 33, 44, 48.1 y 48). Se exceptúan de esta regla, los casos en que otra Convención, ratificada por el Estado, confiere competencia a la Comisión o a la Corte Interamericanas para conocer de violaciones de los derechos protegidos por dicha Convención, como, por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.²²

Considerando, precisamente, este precedente de la Honorable Corte en materia de excepciones preliminares, no corresponde sino concluir que el Estado de Chile tampoco podría ser juzgado a partir de una supuesta infracción al derecho a la salud contemplada en el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Si bien este tratado genera obligaciones internacionales para el Estado, el cumplimiento de las mismas no es una materia susceptible de ser adjudicada ni por la CIDH, ni por la Honorable Corte. Esto, en la medida que el Pacto no entrega competencias de supervisión, o bien jurisdiccionales, a ninguno de los órganos regionales de protección de derechos humanos.

4. Consideraciones adicionales

Para concluir la presentación de esta excepción, el Estado hará presente las siguientes consideraciones a la Honorable Corte. Las mismas se encuentran relacionadas con el alcance de lo señalado por este tribunal en la sentencia recaída sobre el caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*. Evidentemente, el artículo 26 de la Convención obliga al Estado a promover, dentro de su marco presupuestario, y en una lógica de progresividad, una serie de derechos de carácter social que no aparecen suficientemente especificados en el texto de la Convención. En lo que resulta aplicable a estos derechos, la Honorable Corte manifestó que la correcta apreciación del cumplimiento de las obligaciones estatales derivadas del artículo 26 de la Convención requería una apreciación de la situación global de un país, apreciación que era imposible realizarla, únicamente, a la luz de un solo caso sometido a la jurisdicción de la Corte.

²² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2000). Caso Las Palmeras v. Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67.

Lo anterior es totalmente lógico y razonable. Por ejemplo, el Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que “La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley”.²³ Como es posible apreciar, juzgar si un Estado avanza en la implementación progresiva del derecho a la salud supone ponderar una multiplicidad de elementos de carácter político, legislativo, judicial y financiero. Dicha ponderación resulta imposible en el contexto de un caso aislado. Un caso concreto, efectivamente, da cuenta de una serie de circunstancias limitadas, las que difícilmente permiten al adjudicador efectuar conclusiones generales en torno a la efectividad del derecho en cuestión al interior de un Estado. Desde esta perspectiva, resultaría sumamente complejo que la Honorable Corte juzgue el cumplimiento de las obligaciones que el derecho a la salud impone al Estado de Chile a partir de la consideración específica de los hechos de un caso particular.

En efecto, la adjudicación de un caso acerca de la disponibilidad de financiamiento para la hospitalización domiciliaria —tratándose de personas que sufren el síndrome de Leigh—, difícilmente permitirá a la Honorable Corte efectuar una conclusión válida respecto de la globalidad del régimen de protección de la salud en Chile. Ello particularmente porque la incidencia del síndrome de Leigh en la población chilena es bajísima y, por tanto, situaciones como las de Martina no son recurrentes. Así las cosas, resolver acerca de la situación del régimen de protección del derecho a la salud en Chile —cuestión claramente pretendida, al menos, por la peticionaria—, supondría estudiar una serie de materias y hechos que, claramente, exceden el marco fáctico del presente caso.

En este contexto, si la Honorable Corte, a partir del caso de Martina, resuelve igualmente juzgar la globalidad del régimen de salud existente hoy en Chile, crearía un escenario en el cual el derecho de defensa del Estado se vería gravemente afectado. Evidentemente, el Estado aporta sus argumentaciones y evidencias a la luz de los hechos del caso concreto que es sujeto al conocimiento de este tribunal por la CIDH. Por tanto, su defensa atiende específicamente al marco fáctico

²³ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE NACIONES UNIDAS (2000). *Observación General N° 14: el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. E/C.12/2000/4, párr. 1.

determinado por la CIDH en su informe de fondo. Si la Corte, en su sentencia definitiva, concluye cuestiones que van más allá de ese marco fáctico, y se pronuncia, por ejemplo, sobre materias de alcance general, como la compatibilidad del régimen de protección de la salud en Chile con estándares de derechos humanos, impediría al Estado, en la práctica, plantear sus defensas al respecto. Ello porque las sentencias de la Honorable Corte son inapelables y, por tanto, aquello que no fue argumentado durante el procedimiento ante este tribunal, no puede hacerse valer con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia. Esta razón de debido proceso da cuenta de la necesidad de que la sentencia que pronuncie la Honorable Corte en el presente caso se ajuste estrictamente al marco fáctico de los hechos, evitando extraer del presente caso conclusiones de alcance general en torno al grado de implementación del derecho a la salud en Chile. Ello no sólo por razones de lógica jurídica, sino también, precisamente, por razones de debido proceso.

5. Conclusión

La CIDH condenó al Estado en su informe de fondo por el supuesto incumplimiento de una serie de obligaciones derivadas para el Estado del derecho a la salud. Con ello, la CIDH asumió, equivocadamente, que el artículo 26 de la Convención recoge el derecho a la salud en términos tales que los mismos permitan determinar con claridad el contenido y límites del derecho en cuestión. En efecto, el artículo 26 de la Convención no recoge de forma explícita un derecho a la salud, situación que, precisamente, motivó a los Estados a aprobar el Protocolo de San Salvador, el cual en su artículo 10 reconoce, expresamente, aquel derecho, entre otros. Sin embargo, dicho Protocolo no resulta exigible al Estado en la medida que éste no lo ha ratificado. Tampoco es posible, a la luz de la jurisprudencia de la Honorable Corte, atribuir responsabilidad internacional al Estado a partir de instrumentos de derechos humanos de alcance universal —como el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales—, que no otorgasen competencia expresa a la CIDH o a la propia Corte para proceder de esa forma. A la luz de los antecedentes señalados, el Estado respetuosamente solicita a la Honorable Corte excluir de su análisis las supuestas infracciones, denunciadas por la CIDH, a las obligaciones internacionales del Estado en relación con el derecho a la salud, supuestamente incorporado éste al artículo 26 de la Convención.

II. ANÁLISIS DE FONDO

Una vez planteadas las excepciones preliminares, y en el improbable caso de que la Honorable Corte resuelva rechazar las mismas, el Estado viene en plantear sus argumentaciones de fondo en la presente causa. Para ello, el Estado, primeramente, identificará los hechos debidamente probados en la presente causa con el objetivo de determinar el marco fáctico de la misma. Luego, el Estado presentará argumentaciones que busquen rechazar la cualquier atribución de responsabilidad internacional en contra de éste a partir de presuntas infracciones a sus obligaciones internacionales, contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención, respecto de los derechos contemplados en sus artículos 4.1, 5, 8, 25 y 26, en perjuicio de la niña Martina Vera o de sus padres. En este sentido, el Estado demostrará que, por el contrario, cumplió plenamente con sus obligaciones internacionales en el contexto de los hechos del presente caso, cuestión que justificará el rechazo de la demanda presentada por la CIDH ante esta Honorable Corte.

II. 1. CUESTIÓN PREVIA: DELIMITACIÓN DEL MARCO FÁCTICO. LOS HECHOS NUEVOS PRESENTADOS EN EL ESCRITO DE SOLICITUDES, ARGUMENTOS Y PRUEBAS NO PERTENECEN AL MARCO FÁCTICO DEL PRESENTE CASO

De acuerdo con el artículo 41 letra a) del Reglamento de la Corte IDH, el Estado debe indicar en su escrito de contestación su posición sobre el caso sometido a esta Honorable Corte IDH, y cuando corresponda, al ESAP de los representantes de la presunta víctima, en particular, sobre “si acepta los hechos y las pretensiones o si las contradice”.

En ese sentido, el Estado sostiene que el presente litigio internacional tiene por único objeto el señalado por la CIDH en su escrito de sometimiento. Estos hechos son los siguientes:

“la decisión de la aseguradora de salud (Isapre MasVida) de finalizar unilateral y arbitrariamente el régimen de “hospitalización domiciliaria” que la niña Martina Vera, diagnosticada con el síndrome de Leigh, requería de modo esencial para su supervivencia. Ante esta situación, la familia de la niña Martina interpuso una acción de protección el 26 de octubre de 2010 la que fue conocida en última instancia por la Corte Suprema de Justicia,

órgano que sentenció a favor de la prestadora de salud sin tomar en consideración la especial posición de garante respecto de los derechos de la niñez y de las personas con discapacidad ni los derechos sociales de la niña Martina el 26 de enero de 2011. En diciembre de 2011 la familia inició un segundo proceso, de tipo arbitral, ante la Superintendencia de Salud para cuestionar el levantamiento del tratamiento a Martina. La Superintendencia resolvió a favor de la víctima, el 27 de agosto de 2012, en virtud de un estudio económico, en el que resultaba más eficiente prestar la cobertura por las contingencias económicas posteriores que su suspensión podrían desencadenar.”²⁴

La cuestión es determinar si estas circunstancias implica o no la responsabilidad internacional del Estado de Chile por el incumplimiento de algunas de las obligaciones establecidas en los artículos 4.1, 5.1, 19, 26, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

A continuación, el Estado expondrá por qué los hechos nuevos relatados en el ESAP no pueden formar parte del marco fáctico del presente litigio internacional. Por tanto, los mismos deben quedar fuera del análisis jurídico que realice este Honorable tribunal.

Primero cabe señalar que existe normativa reglamentaria que impide ampliar el marco fáctico de los casos más allá de lo estrictamente **requerido** por la misma. La delimitación de los hechos de cada caso contribuye a asegurar el respeto e igualdad de armas en el litigio, constituyendo garantía de debido proceso. Y, en este caso, los hechos señalados por los representantes en su ESAP no pueden ser calificados como supervinientes, complementarios o conexos.

En segundo lugar, los representantes de la supuesta víctima incluyen en su ESAP hechos que no fueron incluidos por la CIDH en su Informe de Fondo, tanto anteriores a los hechos materia de la denuncia antes esa Comisión como posteriores a la notificación de dicho informe y que, consecuentemente, exceden el marco fáctico del presente caso. Lo mismo sucede con las pretensiones en materia de reparaciones.²⁵

²⁴ CIDH, Escrito de sometimiento, Caso Nº 13.029, del 6 de septiembre de 2019, pág. 1.

²⁵ ESAP, página 3.

Por tanto, el Estado rechaza categóricamente que los hechos nuevos señalados por los representantes en su ESAP formen parte del marco fáctico del presente caso.

A continuación, el Estado de Chile presentará su posición con respecto a los hechos planteados por los representantes de la supuesta víctima en el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (en adelante, "ESAP"), y que no fueron incluidos por la Comisión en su escrito de sometimiento ni tampoco en su Informe de Fondo. Consecuentemente, tales hechos deberán ser excluidos del análisis de presente caso.

II.1.1. Fundamento legal

El artículo 35.1 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que: "El caso será sometido a la Corte mediante la presentación del informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención, que contenga **todos los hechos** supuestamente violatorios, inclusive la identificación de las presuntas víctimas (...)" (lo destacado es del Estado). Asimismo, el artículo 35.3 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que: "La Comisión deberá indicar cuáles de los hechos contenidos en el informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención somete a la consideración de la Corte".

Por su parte el artículo 40.a) del Reglamento de esa Honorable Corte dispone que el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas de la víctima o sus representantes, deberá contener la "descripción de los hechos **dentro del marco fáctico fijado en la presentación del caso por la Comisión**" (lo destacado es del Estado).

El marco factico del Informe del artículo 50 es un requisito convencional; la Comisión tiene la competencia para fijar su alcance al someter el Caso a la Corte y éste es obligatorio para el documento de Solicitudes Argumentos y Pruebas de las víctimas. Por lo tanto, de su rigor y certeza depende el respeto e igualdad de condiciones, en el litigio, entre las víctimas o sus representantes y el Estado demandado.

En consecuencia, y conforme a las normas procesales antes mencionadas, el marco fáctico de los casos tramitados ante el Sistema **debe estar delimitado desde el Informe de Fondo sometido ante a esta Honorable Corte** y debe ser respetado durante el procedimiento internacional. En

consecuencia, los hechos adicionales presentados en el ESAP por los representantes de las víctimas deben ser desestimados, incluso de manera previa al estudio de fondo del caso²⁶.

Al respecto, esa Honorable Corte ha afirmado que el marco fáctico de un caso sometido ante su sede está conformado por aquellos “contenidos en el Informe de Fondo sometidos a consideración de la Corte”²⁷. No obstante, cuando éste incluye hechos que ocurrieron con posterioridad a la admisibilidad del caso por la CIDH, y el Estado ha argumentado la imposibilidad de defenderse, ese Honorable Tribunal ha estimado necesario examinar si tales hechos forman parte realmente del objeto del caso cuya admisibilidad fue examinada por la Comisión, y si éstos se encuentren relacionados con el objeto de la controversia.

En tal sentido, ha sido regla jurisprudencial de ese Honorable Tribunal Interamericano establecer que *“no es admisible que las partes aleguen nuevos hechos distintos a los contenidos en dicho informe, sin perjuicio de exponer aquellos que permitan explicar, aclarar o desestimar los que hayan sido mencionados en el mismo y sometidos a consideración de la Corte (también llamados “hechos complementarios”)”*²⁸. La excepción a este principio son los hechos que se califican como

²⁶ Corte IDH. Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 248, párr. 35. Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C No. 254. Sobre el particular, la Corte IDH precisó que “no corresponde a este Tribunal determinar si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas ni valorar prueba con ese fin específico, porque ello se encuentra fuera del objeto del presente caso, cuyo propósito es definir si las autoridades judiciales han afectado o no obligaciones estipuladas en la Convención. (Subrayado es del Estado, párr. 66).

²⁷ Corte IDH. Caso Arrom Suhurt y Otros Vs. Paraguay. Sentencia de 13 de Mayo de 2019 (Fondo), párr. 34. También Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287. Párr.47; Corte IDH. Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 153, y Corte IDH. Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 34.

²⁸ Corte IDH. Caso Espinoza González vs. Perú. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 35. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 58, y Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala, párr. 28; Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 153; Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 34.

supervinientes, que podrán ser remitidos al Tribunal en cualquier estado del proceso antes de la emisión de la sentencia²⁹.

En el presente caso, la alegación de hechos nuevos en el ESAP conllevaría una eventual indefensión del Estado, que puede observarse no sólo en el trámite ante la Comisión, sino también en el proceso contencioso ante esa Honorable Corte. Esto debido a que los hechos que se pretende sean incluidos en el marco fáctico, no pueden ser conocidos por los órganos del sistema interamericano, pues el Estado se encontró durante el trámite ante la Comisión imposibilitado de presentar excepciones preliminares respecto de ellos, debido a que los nuevos hechos ocurrieron con posterioridad a la notificación del informe de fondo.

II.1.2. Análisis

Como se indicó, de conformidad con el artículo 40 del Reglamento de la Honorable Corte, el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas presentado por la presunta víctima de la causa debe cumplir con describir los hechos del caso dentro del marco fáctico que hubiera señalado la Comisión en el Informe de Fondo No 107/18. el cual comienza **con la adopción de la niña Martina en el año 2003**. En este sentido, el Estado opone como objeción que los hechos consignados en el referido escrito exceden de manera evidente el marco fáctico del presente caso.

Teniendo en cuenta lo señalado por ese Honorable Tribunal Interamericano³⁰, el Estado especificará cuáles son los hechos concretos del escrito de solicitudes y argumentos que excederían el marco fáctico presentado por la Comisión. Los representantes de la presunta víctima incluyeron tanto en las observaciones de fondo como en su ESAP, otros hechos acontecidos en oportunidades anteriores o muy posteriores a los hechos señalados en la denuncia ante la Comisión, al Informe de Admisibilidad y al Informe de Fondo, los que no guardan conexión alguna con estos últimos ni tampoco permiten explicarlos, aclararlos o desestimarlos.

Los hechos indicados en la ESAP tampoco se enmarcan dentro de la excepción de los hechos supervinientes dentro de la petición inicialmente sometida a consideración de la Comisión, como

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Torres Millacura y Otros Vs. Argentina. Sentencia de 26 de agosto de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 52.

³⁰ En este sentido lo ha señalado esa H. Corte en Caso López Soto y Otros Vs. Venezuela. Sentencia de 26 de septiembre de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas). Párr. 41.

tampoco guardan relación con las alegadas violaciones a los derechos garantizados por la Convención aludidos en la denuncia inicial. Por lo tanto, exceden el marco fáctico y, por consiguiente, deben ser excluidos del análisis del presente caso.

II.1.3. Los nuevos hechos agregados por los representantes no pueden ser calificados como supervinientes, complementarios o conexos: A continuación, el Estado analizará por qué los hechos alegados en el ESAP que no se incluyen en el informe de Fondo no pueden ser calificados como hechos supervinientes ni como complementarios de las alegadas violaciones contenidas en la demanda ni en el informe de fondo, por lo que ese Honorable Tribunal no puede incluirlos dentro del marco fáctico.

En primer lugar, cabe hacer presente que, en su ESAP, las representantes de la supuesta víctima comienzan exponiendo una serie de críticas al sistema de financiamiento de las prestaciones de salud en nuestro país, intentando conectarlas -de manera muy débil- con las afectaciones sufridas por Martina Vera Rojas y su familia. Sin embargo, las vulneraciones de derechos humanos deben tener lugar en una situación de carácter concreto, *hic et nunc*, de modo que tanto la CIDH como la Corte IDH se aboquen a las consideraciones jurídicas sobre un marco fáctico determinado. En tal sentido, la sola existencia de un sistema o política pública de salud, evaluada en abstracto, no puede constituir una violación de los derechos establecidos en la CADH, sin que ello pueda decantar en determinados hechos que evidencien una vulneración, lo que no es el caso y, por tanto, excede el marco fáctico del presente caso.

En segundo lugar, las representantes intentan incluir en el marco fáctico la vida personal y familiar previa de Carolina y Ramiro, incluyendo hechos como un embarazo anterior a la adopción de Martina y una supuesta negligencia por parte del Hospital de Arica en relación con la histerectomía a la que debió ser sometida Carolina al término de su embarazo³¹. Las representantes indican que la familia de Martina no acudió al sistema público de salud debido a una experiencia traumática que habría vivido la madre de Martina mucho tiempo antes de que la adoptaran. Dicha experiencia no

³¹ ESAP, página 4.

sólo no se enmarca dentro marco fáctico, que como fue señalado anteriormente, se inicia en 2003 con la adopción de Martina, sino que, además, nunca se probó ningún tipo de negligencia médica.

En tercer lugar, intentan incluir el hecho de que en 2006 la Isapre Más Vida se haya negado a incorporar al plan de salud de Ramiro a Martina como hija por el hecho de ser adoptada y que hayan tenido que recurrir a la Superintendencia de Salud para lograr que se reconociera tal calidad. Estos hechos no fueron establecidos en el Informe de Fondo de la CIDH como parte del marco fáctico, lo mismo que los anteriores.

En cuarto lugar, en su ESAP, las representantes aluden al reconocimiento de Ramiro como integrante de pueblo indígena, como asimismo a los componentes de trabajo y seguridad social, vivienda y entorno de la región de Arica y Parinacota, intentando –veladamente- que este caso se amplíe, además, a tratar sobre una eventual discriminación a una persona perteneciente a un pueblo originario o a sus condiciones de vida, cuestiones que tampoco fueron incluidas dentro del marco fáctico y que no se condicen con la realidad dentro del sistema de salud chileno.

En quinto lugar, las representantes pretenden incluir dentro del marco fáctico hechos ocurridos en el año 2017 y que no fueron incluidos dentro del Informe de Fondo, a saber: 6 denuncias entabladas ante la Superintendencia de Salud contra la ISAPRE Nueva MASVIDA S.A. el año 2017³², por problemas con la empresa proveedora de la hospitalización domiciliaria de Martina. Lo anterior sin manifestar que, además, pretenden incorporar la quiebra de la ISAPRE MasVida en el año 2017 y “la consecuente incertidumbre de la familia Roja Veras”³³ como un hecho adicional a ser considerado por esa Honorable Corte.

Agregan las representantes, además, dos hechos acontecidos en el año 2019³⁴-es decir, posteriores a la notificación del Informe de Fondo-, relativos a dos presuntas afectaciones al bienestar e integridad de la niña Martina Vera Rojas y sus padres. La primera habría ocurrido en febrero de 2019, cuando la niña Martina Vera fue ingresada para ser controlada en la clínica Indisa de Santiago y tras lo cual, la ISAPRE rechazó cubrir ciertos gastos de la hospitalización de Martina, alegando que no estaban codificados. Agregan que la familia debió recurrir a la Superintendencia de Salud, sin que

³² ESAP, páginas 55 a 56.

³³ ESAP, página 54.

³⁴ ESAP, página 5

se adoptaran medidas –según alegan las representantes- y por ello iniciaron un proceso arbitral el 4 de junio de 2019. En el marco de ese proceso, la ISAPRE asumió el pago de al menos un tercio de los gastos en que debieron incurrir los padres y, finalmente, la Superintendencia de Salud determinó el 26 de noviembre de 2019 que todos los gastos debían ser cubiertos.

La segunda situación habría ocurrido en julio de 2019, cuando la Compañía General de Electricidad (CGE) que opera en la Región de Arica, a cargo del sistema de electricidad local, informó a la familia de Martina que desde la fecha de la misiva la familia es la encargada de proveer la energía eléctrica en caso de emergencias. Los padres de Martina denunciaron el hecho ante la Superintendencia de Electricidad y Combustible, el 1 de agosto de 2019, informando el hecho paralelamente a la Superintendencia de Salud. El 22 de enero de 2020, tras el previo retiro del generador, la Superintendencia resolvió a favor de la denunciante afirmando que la responsable de la mantención de la red es la empresa distribuidora, y por tanto, se instruyó a la empresa a normalizar el servicio en caso de emergencia.

El Estado debe señalar a esa Honorable Corte que las representantes de la supuesta víctima pretenden adicionar en esta etapa nuevos hechos que no guardan relación con los admitidos y que fueron controvertidos durante la fase de fondo, por los cuales la Comisión tuvo oportunidad de analizarlos y disponer recomendaciones específicas. En efecto, en todas las situaciones alegadas en el ESAP que no fueron incluidas en el Informe de Fondo de la Comisión, la representante de la víctima expresa su disconformidad con la empresa proveedora de la hospitalización domiciliaria, o bien por que ciertas prestaciones de la hospitalización domiciliaria no se encuentran cubiertas por la Isapre y, por otro lado, se alega un supuesto traslado de costos de combustible para un equipo de emergencias que habría sido entregado a las víctimas por la empresa responsable de suministrar el servicio de electricidad en el evento de existir interrupciones de energía eléctrica. En ese sentido, el Estado sostiene que tales pretensiones –por lo demás, ya solucionadas según informó la misma representante de la supuesta víctima- deben encausarse a través de una nueva petición individual u otro mecanismo previsto en el sistema interamericano y no adicionarse a los hechos señalados en este caso.

Como puede observarse, los hechos que se objetan no pueden ser calificados como complementarios bajo el estándar recién referido, **pues ellos no explican, aclaran, ni desestiman ninguno de los hechos contenidos en el marco fáctico establecido por la Comisión y por el cual el**

Estado enfrenta este proceso. En efecto, no existe ninguna vinculación lógica entre los hechos que se estiman como vulneradores de derechos humanos, y todos los adicionales que han señalado los representantes en su escrito, tanto anteriores como posteriores a los hechos incluidos en el marco fáctico. Ellos no tienen el mérito de explicar o ampliar un elemento particular de contexto o vulneraciones a la presunta víctima³⁵; ni agregan nada respecto del modo, tiempo o lugar en que se hayan cometido las supuestas violaciones identificadas por la Comisión³⁶.

Lo cierto es que aquellos hechos se incluyen con el evidente objeto de llevar a la Corte a una posición de empatía por la presunta víctima y con el objeto de imputar al Estado, aun de manera tangencial, lo que ha sido la experiencia de vida de la peticionaria y su familia.

Enfatizamos que, aunque ordinariamente el Estado no tiene motivos para calificar la veracidad o no de las narrativas personales, consideramos indispensable la exclusión absoluta de todos los hechos narrados que vayan más allá del marco fáctico fijado por el informe de la Comisión, y en particular a aquellos que refieren a ocurrencias anteriores al año 2003. Lo anterior toda vez ya que si ellos son incluidos en el contexto de este litigio, en apoyo de la posición de la demandante que busca la condena por violación de derechos humanos por parte del Estado, se deja al Estado en completa indefensión, por lo que no se puede aceptar su inclusión.

Para el Estado, y en coincidencia con la normativa antes señalada, el parámetro que debe orientar el análisis sobre la admisibilidad de hechos es el mantenimiento de la garantía de equilibrio procesal, el cual evidentemente se ve vulnerado, pues el Estado no tiene ninguna posibilidad de rebatir esos hechos mediante pruebas contrapuestas, sin perjuicio de negarlos por completo y desplazar toda la carga probatoria a la peticionaria, que es lo que hacemos.

Es relevante que la Honorable Corte considere que ninguno de aquellos hechos ha sido sometido a un proceso mínimo de prueba, conforme a los estándares exigibles para que ellos se tengan por ciertos. En realidad, nada de esto fue sometido alguna vez al conocimiento del Estado, por

³⁵ Corte IDH. Caso Villamizar Durán y otros Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 364.

³⁶ Corte IDH. Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354.

intermedio de sus tribunales de justicia, en un proceso contradictorio, y en las etapas anteriores a su llegada a la Honorable Corte.

En definitiva, respecto a la pretendida inclusión de hechos nuevos, corresponde a esa Honorable Corte IDH decidir en cada caso acerca de la procedencia de alegatos de tal naturaleza en resguardo del equilibrio procesal de las partes³⁷. En el presente caso, una eventual inclusión de hechos distintos a los señalados en la petición, en el Informe de Fondo de la CIDH, y en su escrito de sometimiento del caso ante la Corte, atenta-gravemente contra el equilibrio procesal de las partes, por cuanto no pueden ser confrontadas dentro del procedimiento por esta parte. A mayor abundamiento, el ejercicio de la jurisdicción de esta Corte respecto de esos hechos se vería impedida por la excepción de falta de agotamiento de recursos internos recogida en los artículos 46 inciso 1° literales a) y b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y 37 inciso 1° del Reglamento de la Comisión.

II.1.4. Petición

En consecuencia, se solicita a este Honorable tribunal que rechace ejercer su jurisdicción respecto de los hechos descritos por los representantes en el ESAP que no se encuentran referenciados en el Informe de Fondo de la Comisión. Ello en resguardo del equilibrio procesal de las partes y, además, en la medida que los hechos referenciados no contribuyen a desarrollar, explicar o aclarar los hechos fijados por la Comisión en el referido Informe. Por el contrario, la representación de la presunta víctima pretende incluir en este litigio internacional hechos nuevos que no tienen relevancia ni conexión alguna con el caso bajo estudio, además de no haber sido ejecutados por el Estado, sino por privados –en el caso de los reclamos en contra de la ISAPRE- ni aceptados expresamente, con el rechazo a que se tengan por acreditados. Por tanto, se solicita a esta Honorable Corte que declare excluidos tales hechos, inhibiéndose de conocerlos.

³⁷ Corte IDH, Caso Torres Millacura y Otros Vs. Argentina. Sentencia de 26 de agosto de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 52. Así lo ha señalado también en Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia, párr. 58; Caso Vélez Lóor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 43, y Caso Vera y otra Vs. Ecuador, párr. 32.

II.2. EL ESTADO NO HA INFRINGIDO, EN EL CONTEXTO DEL PRESENTE CASO, SUS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DERIVADAS DEL ARTÍCULO 1.1 DE LA CONVENCIÓN EN RELACIÓN CON SUS ARTÍCULOS 4.1; 5.1; 19 Y 26.

Ámbito de responsabilidad del Estado – Derecho aplicable

Tanto la Comisión como los representantes alegan un supuesto incumplimiento del artículo 1.1 en relación a los artículos 4, 5, 19 y 26 de la Convención. El hecho central al que refiere esta supuesta vulneración es el levantamiento de la RHD por parte de la Isapre Masvida (decisión notificada a la presunta víctima el 13 de octubre de 2010).

Dado que no es un hecho controvertido que esta es una medida adoptada por un privado (la Isapre) respecto de otro privado (las presuntas víctimas), la primera cuestión a resolver es la atribución: en qué sentido este hecho y sus consecuencias serían reprochables al Estado.

La regla general en estas materias ha sido formulada así por la Honorable Corte:

“un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción”.³⁸

Específicamente, en relación al derecho a la vida, la Honorable Corte también ha afirmado este principio de aplicación general, al sostener:

“El Tribunal ha sido enfático en que **un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida**. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y **las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada**. Para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos

³⁸ CORTE IDH, *López Soto y otros con Venezuela* (2018), Fondo, reparaciones y costas. Párr.. 130.

determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo.”³⁹

Esta es, en efecto, la regla general en el derecho internacional, expresada en la “Propuesta de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.⁴⁰ La regla general es que el Estado no es responsable por actos de particulares, salvo excepciones.

“Artículo 5: Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4, pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad.”

Donde en la versión en español se habla de “atribuciones del poder público”, en el original en inglés las palabras utilizadas son “*governmental authority*”.⁴¹ En francés es “*prérogatives de puissance public*”.⁴² Ambos términos sugieren una noción más restringida que “atribuciones”. No basta que los privados satisfagan una demanda pública o provean bienes de relevancia social, sino que deben estar ejerciendo la **autoridad** del Estado, y sólo en cuanto ejercen ésta. Esto queda meridianamente claro si se consideran la explicación de dicho artículo de responsabilidad en el Comentario a los artículos por la misma Comisión de Derecho Internacional:

“La razón que justifica en derecho internacional la atribución al Estado del comportamiento de una entidad “paraestatal” es que el derecho interno del Estado ha conferido a esa

³⁹ CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 188. Destacado nuestro.

⁴⁰ Adoptado por la Comisión en su 53ª sesión en 2001, y sometido a la Asamblea General como parte del reporte anual de la sesión. Ver anexo a la resolución 56/83 de la Asamblea General del 12 de diciembre de 2001, corregido por el documento A/56/49(Vol. I)/Corr.4.

⁴¹ “*The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance.*” (Destacado nuestro).

⁴² “*Le comportement d’une personne ou entité qui n’est pas un organe de l’Etat au titre de l’article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet Etat à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l’espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l’Etat d’après le droit international*”. (Destacado es nuestro).

entidad el ejercicio de ciertas atribuciones del poder público. Para que se considere un hecho del Estado a efectos de la responsabilidad internacional, el comportamiento de una entidad de esta clase **debe, pues, corresponder a la actividad pública prevista y no a otra actividad privada o comercial que la entidad despliegue. Así, por ejemplo, el comportamiento de una empresa de ferrocarriles a la que se han conferido ciertas funciones de policía** se considerará un hecho del Estado en derecho internacional si corresponde al ejercicio de esas funciones, pero no si corresponde a otras actividades (por ejemplo, la venta de billetes o la compra de material rodante).⁴³

Fiel al lenguaje del original inglés y francés, todos los ejemplos provistos en el Comentario aluden al ejercicio de la autoridad, y no a la mera provisión de servicios. Así, la Comisión provee los siguientes ejemplos:

“Por ejemplo, en algunos países, es posible contratar a empresas de seguridad privadas para que se encarguen de la vigilancia en las prisiones y, en esa calidad, pueden ejercer **facultades públicas como las de detención y disciplina tras una condena judicial** o en cumplimiento de la reglamentación penitenciaria. Pueden delegarse en compañías aéreas privadas o estatales ciertas facultades en relación con el **control de la inmigración o la cuarentena**. En un asunto sometido al Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán, una fundación autónoma establecida por el Estado tenía en su poder bienes para fines caritativos sobre los que ejercía un estricto control; sus facultades comprendían la **identificación de bienes a efectos de incautación**.⁴⁴

Se trata en todos los ejemplos del ejercicio de una autoridad pública, más aún, del ejercicio del poder coactivo del Estado.

⁴³ Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, Comentario a la propuesta de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001), comentario al artículo 5°, párrafo (5), en Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001, Volumen II, segunda parte, Naciones Unidas 2007, p. 45. Destacado nuestro.

⁴⁴ Ibid p. 44. Destacado nuestro.

Las Isapres evidentemente no ejercen una autoridad pública en el sentido recién descrito. Lo que realizan es prestaciones en materia de salud al operar como un seguro. No existe aquí un ejercicio de autoridad pública por parte de la Isapre. Por lo mismo, la decisión de Isapre Masvida de retirar el RHD no es, en sí misma, imputable al Estado bajo esta noción. Reconociendo esto, la Honorable Corte ha establecido criterios estrictos para asignar responsabilidad al Estado en materias de salud, en particular en relación a acciones que no han sido perpetradas directamente por éste.

Así, la Corte ha razonado, citando los artículos de Responsabilidad Internacional de la Comisión de Derecho Internacional, que:

“considera relevante retomar sus pronunciamientos previos sobre la responsabilidad internacional por hechos que se derivan de la conducta de prestadores privados de salud. En el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, la Corte precisó que:

89. En relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. La Corte considera que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado.

90. La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos. La obligación

de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud.”⁴⁵

De lo anterior se desprende que existen así dos deberes del Estado en esta materia: regular y fiscalizar. Como afirmó la Honorable Corte:

“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.”⁴⁶

La Corte en distintos casos ha evaluado tanto la existencia de la regulación y mecanismos, como su operación en el caso concreto a efectos de precaver el daño a la presunta víctima.⁴⁷

Así, en el caso Poblete Vilches, por ejemplo, la Honorable Corte consideró que junto con la evaluación la existencia de una regulación y mecanismos de tutela, la atribución de responsabilidad al Estado exige **también** que se evalúe la operación y posible impacto dañoso de derechos **en el caso concreto**, sosteniendo:

“a fin de que se impute la responsabilidad del Estado por muertes medicas es necesario que se acredite la negación de un servicio esencial o tratamiento pese a la previsibilidad del riesgo que enfrenta el paciente, o bien una negligencia médica grave, y que se corrobore un nexo causal entre la acción y el daño. **Cuando se trata de una omisión se debe verificar la**

⁴⁵ CORTE IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 175.

⁴⁶ CORTE IDH. *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr. 130. Véase también CORTE IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 124.

⁴⁷ CORTE IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr.

probabilidad de que la conducta omitida hubiese interrumpido el proceso causal que desembocó en el resultado dañoso,⁴⁸

Esto es perfectamente ajustado a la naturaleza misma de un proceso contencioso internacional, que no es un panel evaluador de las políticas públicas de un país ni una instancia de monitoreo en general, sino que está rigurosamente referido a un conflicto específico, una *litis*, la que en este tipo de asuntos remite a la presunta vulneración de derechos humanos a una parte posiblemente agraviada. La discusión de hechos y de derecho está necesariamente referida a la existencia del posible agravio y su calificación jurídica.

Así, la cuestión que se debe establecer para condenar al Estado por violación de los derechos de los artículos 4, 5 y 26 en relación al artículo 1.1. de la Convención, es, copulativamente:

- a. Que la regulación y mecanismos de tutela son insuficientes en abstracto, y
- b. Que la omisión de lo anterior gatilló en el caso concreto un impacto dañoso a los derechos, la que se habría evitado de verificarse la conducta debida omitida.

Al respecto, el Estado sostendrá que:

- i. Respecto de a., la normativa chilena contempla toda la regulación y mecanismos necesarios.
- ii. Respecto de b, que estos mecanismos operaron en el caso concreto, previniendo una vulneración del artículo 1.1 en conexión con los artículos 4, 5, 26 y 19 de la Convención.

El primer punto será abordado en detalle más abajo a propósito de la supuesta vulneración del artículo 2.2.

En esta sección abordaremos el segundo punto, manifestando desde ya que la institucionalidad chilena operó adecuadamente, pues las presuntas víctimas fueron exitosas en reclamar ante los jueces árbitros de la Superintendencia de Salud, viendo recogidas todas sus pretensiones y con la

⁴⁸ Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 174. Destacado nuestro.

intención declarada y explícita del organismo público de resguardar los derechos de la niña Martina Vera.

NO EXISTE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS REFERIDOS TODA VEZ QUE EN LOS HECHOS, EN EL ÁMBITO INTERNO ESTOS FUERON GARANTIZADOS MEDIANTE MECANISMOS DE TUTELA, PROVEYENDO EL ESTADO UNA EVIDENTE Y CONCRETA SALVAGUARDA.

Como dijimos, al centro del análisis se encuentra la decisión de la Isapre de retirar la RHD. La Comisión lo considera así, explicitando que abordaría la cuestión desde la perspectiva de la regulación y fiscalización del Estado (lo que es coherente con que el hecho directo no es atribuible al Estado), incluyendo la respuesta brindada por el Estado.

“la Comisión analizará los actos de la Isapre en relación con la decisión del retiro de RHD a la luz de los deberes de regulación y fiscalización en cabeza del Estado, en los términos descritos. Esto incluye la respuesta brindada mediante los procedimientos internos a través de los cuales la familia reclamó el retiro del RHD.” (Párr. 49 del informe de fondo).

Dado que la “respuesta brindada mediante procedimientos internos” frente la retiro de la RHD fue absolutamente favorable a la posición de la familia Vera, lo natural habría sido que la Comisión desechara este capítulo de acusaciones.

Por el contrario, la Comisión reprochó al Estado lo siguiente:

- i. La “ambigüedad y discrecionalidad” en establecer el carácter crónico de la enfermedad, con los posibles efectos negativos que podría tener para una parte afectada. En conexión estrecha con esto, la Comisión reprochó la “falta de salvaguardas, tales como valorar la situación en que quedaría la persona en caso de retiro de RHD y sus implicancias en el derecho a la salud, vida e integridad personal”. (Párr. 73 del informe de fondo).
- ii. La falta de “salvaguardas” respecto del impacto diferenciado en niños y niñas. (Párr. 74 del informe de fondo).

- iii. El fallo adverso de la Corte Suprema, que “constituyó un incumplimiento al deber de fiscalización de las acciones de la Isapre”. (Párr. 75 del informe de fondo).
- iv. El que, tras la decisión de la Corte Suprema, “no se evidencia que el Estado tomó medidas para proteger la permanencia del mencionado régimen, o compensar el impacto de la reducción de su cobertura médica, afectando la accesibilidad económica al tratamiento que por su enfermedad necesitaba”. (Párr. 76 del informe de fondo).
- v. El que el sistema de reclamos provisto en la normativa estatal presente una “configuración estándar”, y “el Estado no ha logrado demostrar que el sistema de reclamos dispuesto formalmente esté diseñado para responder a situaciones como la del presente caso, de manera acorde con los estándares internacionales sobre los derechos a la salud y seguridad social, incluyendo las determinaciones especiales que correspondan en cada caso frente a posibles situaciones de extrema vulnerabilidad como la de la niña Martina”. (Párr. 77 del informe de fondo).
- vi. La ausencia de salvaguarda en relación a los derechos de Martina como niña con discapacidad, considerando su “derecho a que la cobertura de su seguro necesariamente tome en consideración su interés superior, su necesidad de apoyos y su crecimiento en el entorno familiar, y no sólo la cronicidad o no de su condición”, considerando la Comisión que la Corte Suprema no analizó la especial situación de discapacidad de Martina Vera, y que la “Sentencia de la Superintendencia de Salud, no descansa en el interés superior de la niña con discapacidad y la necesidad de crecer en su entorno familiar, sino que es un cálculo económico”.

De la misma forma, las representantes reprochan

“la falta de regulación no se limita a la ausencia de unas salvaguardas procesales y sustantivas para la toma unilateral de decisiones como la del presente caso por parte de las ISAPRES, sino que se extiende a la ausencia de mecanismos de supervisión y fiscalización oficiosa, periódica, preventiva y efectiva por parte de la Superintendencia de Salud del actuar de las ISAPRES” (ESAP p. 83)

Como se ve, el grueso de los alegatos dirigidos al Estado lo constituye la llamada “**ausencia de salvaguardas**” en el proceso. **La teoría central del caso de la Comisión y de los representantes** es

que la Isapre puede adoptar una decisión unilateral imaginando que no existen mecanismos efectivos por parte del Estado que hagan de control y contrapeso a la Isapre para satisfacer las especiales necesidades, situación y derechos de la niña Martina.

Pero toda esta construcción de la Comisión y las representantes se desarma al contrastarla con un simple hecho: que las presuntas víctimas activaron un mecanismo de tutela de sus derechos que fue sensible a los mismos y a su especial situación, y cuyo resultado fue que se acogieron sus pretensiones, se reconocieron sus derechos, y en concreto se obligó a la Isapre a restituir la RHD y a indemnizar el período no cubierto. Este solo hecho esencial en el caso constituye una salvaguarda probadamente efectiva y por tanto desbarata el grueso de las alegaciones de la Comisión y las representantes.

En efecto, la Honorable Corte considerará especialmente que:

- La familia Vera **recurrió al procedimiento más natural para reivindicar sus derechos en esta sede, aquél provisto explícitamente para estos efectos por la misma ley de la Superintendencia de Salud, el DFL N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud** (artículos 117 en adelante⁴⁹). En efecto este es un juicio de lato conocimiento, que permite revisar el fondo

49

“Artículo 117.- La Superintendencia, a través del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, quien actuará en calidad de árbitro arbitrador, resolverá las controversias que surjan entre las instituciones de salud previsional o el Fondo Nacional de Salud y sus cotizantes o beneficiarios, siempre que queden dentro de la esfera de supervigilancia y control que le compete a la Superintendencia, **y sin perjuicio de** que el afiliado pueda optar por recurrir a la instancia a la que se refiere el artículo 120 o a la justicia ordinaria. El Intendente no tendrá derecho a remuneración por el desempeño de esta función y las partes podrán actuar por sí o por mandatario.

La Superintendencia, a través de normas de general aplicación, regulará el procedimiento que deberá observarse en la tramitación de las controversias, debiendo velar porque se respete la igualdad de condiciones entre los involucrados, la facultad del reclamante de retirarse del procedimiento en cualquier momento y la imparcialidad en relación con los participantes. En el procedimiento se establecerá, a lo menos, que el árbitro oír a los interesados, recibirá y agregará los instrumentos que se le presenten, practicará las diligencias que estime necesarias para el conocimiento de los hechos y dará su fallo en el sentido que la prudencia y la equidad le dicten.”

del asunto, frente al órgano especializado. Esto contrasta con el recurso de protección —la acción intentada sin éxito ante los tribunales de justicia— el cual es una acción cautelar, que opera en circunstancias muy estrictas y en cualquier caso no genera cosa juzga material sino solo formal, permitiendo que se vuelva a discutir el asunto en un juicio de lato conocimiento.

- La familia Vera triunfó **no una, sino tres veces**, en todas las instancias de este procedimiento: frente a la jueza arbitral, en la reposición y finalmente en la apelación ante el Superintendente de Salud. En todas las instancias se confirmó plenamente la decisión favorable que acogió plenamente las pretensiones de la presunta víctima.
- En todas estas decisiones se reconoció categóricamente sus pretensiones, ordenándose en todas las instancias a la Isapre restablecer la cobertura y restituir todo lo dejado de pegar con los respectivos reajustes e intereses.⁵⁰

⁵⁰ Así, por ejemplo, la sentencia de la jueza árbitro Liliana Escobar del 19 de abril de 2012 (causa rol 451658-2011), confirmada luego tanto por la reposición como en la apelación, resuelve lo siguiente:

“RESUELVO:

1. Acoger la demanda interpuesta por la señora Carolina Rojas Farías, en contra de la Isapre Masvida S.A., por cuanto ésta deberá continuar otorgando la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas a la hospitalización domiciliaria de la menor de edad, Martina Vera Rojas, no obstante el carácter crónico de su enfermedad, en la forma en que lo ha estado realizando desde el año 2007.
2. El pago se hará reajustado en el mismo porcentaje que haya variado el Índice de Precios al Consumidor, determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas, entre el mes anterior a aquel en que debió efectuarse y el mes que antecede a aquel en que se ponga a disposición de la sucesión del afiliado, más los intereses corrientes devengados en el mismo periodo.
3. La Aseguradora deberá informar a este Tribunal el cumplimiento de la sentencia dentro del plazo de diez días hábiles contados desde su notificación. Para tales efectos, la Isapre deberá ceñirse a las instrucciones generales contenidas en el numeral 8° de la Circular IF/N° 8, de 2005, de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud.”

La resolución del recurso de reposición ratifica esta resolución. El 12 de junio de 2012, el mismo órgano al fallar la reposición resuelve: “Rechazar el recurso de reposición interpuesto por la Isapre Masvida S.A. en contra de la sentencia definitiva de fecha 19 de Abril de 2012.”

La sentencia del Superintendente del 23 de agosto de 2012, conociendo de la apelación a esta resolución, culmina:

“**Resuelvo**

Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la Isapre Masvida S.A. en contra de lo resuelto por la Intendenta de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, confirmándose en todas sus partes lo resuelto en primera instancia.”

Este contundente y crucial hecho arroja por tierra la teoría de las representantes y la Comisión en relación a las alegadas violaciones en relación al artículo 1.1 de la Convención.

Como vimos, el grueso de los reproches al Estado por parte de la Comisión y representantes se basa en una supuesta **“ausencia de salvaguardas”** en relación a la decisión que puede adoptar la Isapre respecto de levantar la RHD. Y sin embargo, **he aquí una efectiva salvaguarda**, en el recurso idóneo y más natural, el que permitió que se acogiera la pretensión de la peticionaria y se remediara el asunto central en el corazón de estos autos: la suspensión de la RHD por parte de la Isapre, situación que el tribunal arbitral ordenó expresamente remediar reinstaurando la cobertura para RHD y obligando a la Isapre al pago por el período en que la suspendió.

La teoría de la Comisión y las representantes en cuanto a que no existen **“salvaguardas”**, si fuera correcta, implicaría que Martina Vera y su familia deberían haber perdido en su causa ante el Tribunal Arbitral. Y sin embargo, Martina Vera ganó, no una, sino tres veces en el procedimiento arbitral seguido ante la Superintendencia, con el resultado de ver acogida sus pretensiones y explícitamente reconocidos sus derechos a la vida y salud y el estándar de cuidado exigido por la misma presunta víctima.

Así, la idea de **“ausencia de salvaguardas”** es una teoría **que queda falseada por los hechos**, toda vez que existió una salvaguarda efectiva. Esto desacredita las acusaciones reproducidas en i, ii y iv más arriba respecto a la ausencia de salvaguardas.

Más aún, en relación a la acusación del punto v. reproducido arriba, esto es, que el que el sistema de reclamos provisto en la normativa estatal presente una **“configuración estándar”** no habiendo el Estado **“logrado demostrar que el sistema de reclamos dispuesto formalmente esté diseñado para responder a situaciones como la del presente caso”** (Párr. 77 del informe de fondo), la acusación también se cae por su peso. Se deben considerar dos razones:

- Primero, ¿qué demostración más clara de que el sistema de recursos es apto para abordar situaciones de este tipo, que el hecho concreto (no la teoría o especulación) de que haya sido efectivo para remediar este caso? El resultado muestra que el recurso es apto.
- Segundo, debe recordarse que aquí no estamos en una evaluación de diseño institucional, sino en juicio en que se imputa al Estado una omisión contraria a los derechos humanos. En lo que concierne a este recurso específico (motivo del reproche de la Comisión) es evidente que no hay ni puede haber tal omisión, pues el recurso fue efectivo en satisfacer la pretensión de las presuntas víctimas y abordar directamente la supuesta falencia que motiva estos autos, es decir, el levantamiento del RHD de la presunta víctima.

Así, la existencia de estos recursos que contundentemente pusieron remedio a la situación que tanto la Comisión como las representantes califican de contraria a los derechos humanos es un obstáculo insalvable a cualquier reproche de omisión del Estado por establecer insuficientes resguardos, pues los resguardos operaron a satisfacción de la presunta víctima.

Lo anterior explica una de las cuestiones más intrigantes del informe de fondo y del escrito de los representantes: el evidente y meticoloso esfuerzo **por desacreditar una decisión que en realidad remedió la violación que encuentra la Comisión y favoreció rotundamente la posición de la parte que representan las representantes**. En vez de reconocer esto al Estado, ambos coinciden en **intentar desacreditar esta decisión**. Es tanta la preocupación que tienen por desacreditar el fallo, que desgraciadamente llegan incluso **al extremo de hacer una representación desfigurada de la resolución de los jueces árbitros de la Superintendencia** que acogieron la pretensión de la presunta víctima. Esto es natural, pues dichas sentencias son un obstáculo insalvable para establecer la acusación de conducta omisiva que se desea atribuir al Estado en relación al artículo 1.1. en relación a los artículos 4, 5, y 26.

Invitamos a la Honorable Corte a poner gran atención a esta seguidilla de resoluciones favorables a la presunta víctima, de importancia crucial para el caso, y a su caracterización por parte de la Comisión y las representantes.

La decisión de la Jueza Árbitra sería deficiente a ojos de la Comisión. En el párrafo 78 del informe de fondo, la Comisión explica las razones:

“Asimismo, no pasa desapercibido para la CIDH que la reinstalación del RHD, según la sentencia de la Superintendencia de Salud, no descansa en el interés superior de la niña con discapacidad y la necesidad de crecer en su entorno familiar, sino que es un cálculo económico, lo que será analizado con profundidad más adelante.” (Informe de fondo párr.. 78).

El fallo se trataría solo de un “cálculo económico”. Cabe preguntarse si los estándares de derechos humanos orientados a evitar un resultado que sería pretendidamente injusto no quedan satisfechos por el resultado, es decir, por qué el que se haya remediado la situación en el caso concreto no basta. Aquí la Comisión agrega una exigencia adicional en torno a la fundamentación, pero ¿es un estándar de derechos humanos que los órganos debieran resolver motivando su decisión exactamente igual que la Comisión? Este estándar no es justificado, plantearía una exigencia desproporcionada, y pasaría a llevar las diferentes capacidades institucionales y funciones de distintos órganos que naturalmente razonan de forma distinta.

Con todo, **la caracterización de la Comisión aquí del fallo de la Jueza Árbitro es incorrecta.**

Es incorrecta porque el fallo de la Jueza Árbitro no se basó puramente “en un cálculo económico”, sino fundamentalmente en el interés superior de la niña y en el respeto a sus derechos, fijando así un estándar claro de cumplimiento para la Isapre. Así, razonó la Jueza Árbitro en el siguiente sentido:

“14. Que, en el contexto señalado, este Tribunal ha arribado a la conclusión de que el rechazo de la Cobertura Financiera Adicional para Enfermedades Catastróficas, para la hospitalización domiciliaria de la beneficiaria del señor Ramiro Vera Luza, por su enfermedad crónica, no encuentra su justificación en el criterio económico en el que se motiva dicha exclusión de la CAEC, ya que incluso los costos para la Isapre serían mayores sin que existan perjuicios en su contra. En cambio para la menor, **dada la edad y su delicada condición de salud** resulta beneficiosa **siendo contrario al derecho a la vida y a la salud mantenerla en el régimen de hospitalización tradicional.**

Además, esta Jueza considera que la Isapre carece de razón legítima ni ha hecho valer en estos autos fundamentos racionales que ameriten el cambio de modalidad de prestación.”

Acá resulta patente que en el razonamiento **se consideró de manera prominente tanto la edad y condición de salud, como los derechos humanos de la niña Martina Vera.**

Es notable cómo pese a esta afirmación explícita de los derechos en juego, la Comisión insiste en afirmar que el fundamento es puramente económico. Así, al analizar en mayor profundidad la resolución, la Comisión afirma:

“Por otro lado, si bien el fallo de la Superintendencia, restituyó el RHD a la niña Martina, dicha decisión está **basada únicamente** en el **cost-beneficio** de su retiro **para la Isapre.** ... Como en el caso anterior, la Comisión **considera que tampoco existe un razonamiento respecto a la tensión entre la causal de cronicidad de la Circular No. 7 y el interés superior de la niña Martina en relación con su derecho a la salud y seguridad social.** En función de lo anterior, la Comisión encuentra que de crearse un nuevo espacio hospitalario con capacidad de albergar por una temporada mayor a la niña Martina, perdería el tratamiento disputado, dado que su otorgamiento no estuvo basado en la necesidad de asequibilidad, para prevenir afectaciones a su derecho a la salud, seguridad social, integridad y vida, facilitando su vida independiente en función de su crecimiento en su entorno familiar, como niña con discapacidad.” (Párrafo 88 del informe de fondo, destacado nuestro)

Esta es una caracterización falsa y sesgada de las resoluciones de la Jueza Árbitro y del Superintendente (que compartió todos los razonamientos de la primera⁵¹). En efecto:

- La Comisión afirma que la decisión está “basada únicamente en el costo-beneficio”.

⁵¹ No es claro si esta caracterización se refiere se refiere al fallo de la Jueza Árbitra o a la sentencia de apelación de la misma por el Superintendente de salud. Pero es irrelevante, pues el Superintendente manifestó explícitamente que: “este Sentenciador **comparte en todas sus partes** el razonamiento de la Intendenta de fondos en primera instancia.” (Considerando 4º de la sentencia de apelación del Superintendente del 23 de agosto del 2012).

Esto es falso. Como vimos, en su considerando 14 de la resolución de la Jueza Árbitra esta afirma explícitamente un razonamiento de derechos al sostener que: “En cambio para la menor, **dada la edad y su delicada condición de salud** resulta beneficiosa **siendo contrario al derecho a la vida y a la salud mantenerla en el régimen de hospitalización tradicional.**”

- La Comisión afirma que se considera solo el “costo-beneficio **para la Isapre**”.

Falso. Al evaluar los costos en cuestión la Jueza Árbitro considero tanto costos para afiliado (familia Vera) como para la Isapre, sosteniendo explícitamente en el considerando 13º de su resolución lo siguiente:

*“En ese escenario, la insuficiencia técnica del Hospital de Arica, determinará, en la práctica, la necesidad de hospitalizar a la paciente bajo la cobertura catastrófica en un prestador de la Red CAEC ubicado fuera de la XV región, lo que evidentemente **incrementará los costos de tal prestación, tanto para la Isapre y como para el afiliado.**”* (Destacado nuestro)

Vale recordar que el análisis de costos se aborda dado que esta era la razón que motivaba la posición de la Isapre.⁵² Por esta razón, correspondía a la Jueza Árbitro hacerse cargo de la misma, aunque claramente le atribuyó una importancia subordinada a los derechos e intereses de la niña Martina Vera.

- La Comisión sostiene que no “existe un razonamiento respecto a la tensión entre la causal de cronicidad de la Circular No. 7 y el interés superior de la niña Martina en relación con su derecho a la salud y seguridad social”.

⁵² Ver considerando 7º de la resolución de la Jueza Árbitro:

“Que, en relación con lo expuesto, se debe señalar que el motivo o la finalidad que se tuvo en vista para excluir de la hospitalización domiciliaria CAEC, a los tratamientos de enfermedades crónicas, en las nuevas Condiciones de la Cobertura Financiera Adicional para Enfermedades Catastróficas, fue el de evitar el perjuicio económico que representa para la Isapre el tener que verse obligada a soportar la prolongación de los costos de la referida prestación indefinidamente.”

Falso. Como vimos, la sentencia de juicio arbitral explícitamente consideró los derechos humanos de Martina y su condición de niña enferma y sus mejores intereses, al sostener en el considerando 14º que: “En cambio para la menor, **dada la edad y su delicada condición de salud resulta beneficiosa siendo contrario al derecho a la vida y a la salud mantenerla en el régimen de hospitalización tradicional.**”

Más aún, la tensión respecto de la “tensión” entre cronicidad y derechos e interés superior que la Comisión afirma que no se habría abordado, ésta está resuelta claramente en la sentencia de la Jueza Árbitro a favor de la segunda, y **se aborda explícitamente** en la sentencia de reposición del 12 de junio de 2012. En efecto, en esta segunda sentencia, en sus considerandos 4º y 5º se aborda explícitamente la tensión, en favor del interés superior, al razonar la Jueza Árbitro que:

*“4. ... la sentencia dictada en autos, **no discute el carácter crónico o no de la patología.** Más aún en el considerando 8, 14 y en su parte resolutive, reconoce expresamente que es una enfermedad crónica, criterio que este sentenciador comparte, por lo que no será necesario volver sobre el punto.*

5. Que, de este modo, como argumenta la sentencia recurrida, la restricción que establecen las Condiciones de la CAEC en orden a excluir de dicho beneficio a la hospitalización domiciliaria, tratándose de enfermedades crónicas, tuvo por objeto evitar que la Isapre se viera obligada a cubrir los costos de una prestación catastrófica sin delimitación alguna en el tiempo.”

Sin embargo, los informes adjuntados al expediente, permiten concluir que si se priva a la beneficiaria de la CAEC para su hospitalización domiciliaria, otorgándole a ésta solo la cobertura del plan de salud, se hace insostenible para el afiliado la mantención de dicha alternativa de tratamiento en el tiempo, **obligándolo a acudir a la hospitalización tradicional, que resulta más onerosa para ambas partes y más riesgosa para la paciente, atendido su delicado estado de salud.**”

El razonamiento no podría ser más claro. Es patente que las decisiones de los tribunales arbitrales de la Superintendencia consideraron claramente la tensión entre el factor de la cronicidad (la que dieron por establecida) **y los derechos e intereses de la niña, inclinándose explícitamente por los segundos.**

(Incidentalmente, esto refuta también la acusación realizada en el informe de fondo en el párrafo 88 en cuanto que la Comisión “no encuentra un razonamiento claro en relación con la determinación de la enfermedad de Martina como crónica”. La Jueza Árbitro fue explícita en reconocerla como crónica y a la vez en considerar que esto no era una razón para privar a la niña Martina Vera de la RHD).

- Lo anterior también refuta la especulación de la Comisión en cuanto a que una alternación en las capacidades hospitalarias (y, por tanto, en el esquema de costos para la Isapre) implicarían que Martina Vera “perdería el tratamiento disputado, dado que su otorgamiento no estuvo basado en la necesidad de asequibilidad, para prevenir afectaciones a su derecho a la salud, seguridad social, integridad y vida”.

Esto también resulta equivocado, toda vez que es patente que sí se consideró claramente las necesidades de la niña así como sus derechos, de forma explícita en el considerando 14 de la sentencia de la Jueza Árbitro reproducida arriba.

Resulta claro que la caracterización de las resoluciones de la Superintendencia por parte de la Comisión son distorsionadas, equivocadas e incompletas.

Esto es un error central de su caso, dado el rol estratégico que cumplen estas decisiones, pues, como se dijo, son estas decisiones las que remedian el presunto ilícito cometido por un particular (la Isapre) al privar a la niña Martina de la RHD. La cuestión es si el Estado provee los medios suficientes para evitar este resultado, lo que en los hechos sí ocurrió.

De ahí el esfuerzo desesperado de la Comisión por intentar minusvalorar esta decisión.

De la misma manera, los representantes tampoco ofrecen una caracterización adecuada de la sentencia. En efecto, en un resumen extenso, que reproducimos completo, sostienen:

“La resolución de la Jueza Arbitro fue pronunciada el 19 de abril de 2012, en ella rechazó el argumento de la ISAPRE de que existía cosa juzgada afirmando el efecto relativo de las sentencias judiciales y el carácter de procedimiento de emergencia que tiene el recurso de protección, el que, por la urgencia que requiere el restablecimiento de las garantías

constitucionales afectadas, no permite analizar el fondo del asunto en la forma en la que se haría en un procedimiento de lato conocimiento como el arbitraje.

Posteriormente, y tras evaluar los antecedentes presentados concluyó que: “privar a la beneficiaria del afiliado de la CAEC para su hospitalización domiciliaria, y mantenerla sólo con la cobertura del plan de salud, hace insostenible para el afiliado el mantener la continuidad de tal prestación en el tiempo, atendido la delicada salud de la paciente, la tecnología e infraestructura de la atención médica que requiere para seguir con vida, y los costos de la misma, de modo que la falta de dicha cobertura adicional, ciertamente, determinará un reingreso de la paciente a un prestador de salud institucional, para continuar su tratamiento bajo dicho beneficio en régimen de hospitalización tradicional”.

*Afirmando, “en ese escenario, la insuficiencia técnica del Hospital de Arica, determinará, en la práctica, la necesidad de hospitalizar a la paciente bajo la cobertura catastrófica en un prestador de la Red CAEC ubicado fuera de la XV región, **lo que evidentemente incrementará los costos de tal prestación, tanto para la Isapre y como para el afiliado (...)** de esta forma, la hospitalización domiciliaria, frente a la tradicional, no sólo es más favorable para el paciente, quien a través de la misma podrá ver mejorada su calidad de vida y su atención médica, sino que además representa, desde el punto de vista económico, una ventaja para la Isapre, respecto los costos de las prestaciones hospitalarias del beneficiario, las que está obligada a financiar en virtud del contrato de salud”.*

Finalizó sosteniendo que “esta Jueza considera que la Isapre carece de razón legítima ni ha hecho valer en estos autos fundamentos racionales que ameriten el cambio de modalidad de prestación”. Resolvió entonces: “Acoger la demanda interpuesta por la señora Carolina Rojas Farías, en contra de la Isapre Masvida S.A., por cuanto ésta deberá continuar otorgando la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas a la hospitalización domiciliaria de la menor de edad, Martina Vera Rojas, no obstante, el carácter crónico de su enfermedad, en la forma en que lo ha estado realizando desde el año 2007”. (ESAP, páginas 49-50, destacado nuestro).

La caracterización es más completa y fiel que la de la Comisión, pero tiene una omisión relevante. En efecto, el paréntesis del tercer párrafo que transparenta al lector la omisión de un texto, excluye

de la reproducción un considerando completo, precisamente el considerando 14, en el que la Jueza Árbitro alude a los derechos e interés especial de Martina Vera que fundan su resolución, al sostener que

“para la menor, dada la edad y su delicada condición de salud resulta beneficiosa siendo contrario al derecho a la vida y a la salud mantenerla en el régimen de hospitalización tradicional.”

Todo lo anterior permite al Estado destacar:

- Que las resoluciones de la Superintendencia remediaron el hecho dañoso que constituye el centro de la cuestión discutida en relación la supuesta vulneración del derecho a la vida, salud, integridad y seguridad social, esto es, el levantamiento por parte de la Isapre de la RHD.
- Que pese a los esfuerzos de la Comisión por mostrar que ésta no abordó razones de derechos y de interés de la niña, ésta sí lo hizo de forma explícita en la resolución.

Como dijimos, esto hecha por tierra la idea de que no existirían “salvaguardas”, que sería el vicio que imputarían representantes y Comisión al Estado en este caso. Existió en los hechos una salvaguarda efectiva consistente en un mecanismo tutelar que falló en favor de las presuntas víctimas, satisfaciendo sus pretensiones y, centralmente, ordenando la restitución de la RHD y el reembolso de los gastos.

El exitoso recurso de las presuntas víctimas no es fruto de la suerte ni se aparta del diseño estatal y por tanto debe ser considerado como una medida de garantía eficaz del Estado

En su sostenido esfuerzo por minusvalorar las resoluciones de la Superintendencia que en los hechos remediaron la presunta vulneración en el corazón de este caso —el levantamiento de la RHD por parte de la Isapre— la Comisión intenta argumentar que esta constituye un hecho azaroso y alejado del diseño institucional estatal.

Así, la Comisión argumenta que:

“el juez árbitro ... está habilitado para sentenciar con cierto margen de apreciación y en función de la sana crítica. En estos términos, la CIDH considera que **si bien el proceso no está diseñado para declarar una vulneración del derecho a la salud, pues sigue en los límites del análisis contractual y el derecho de la propiedad**, de la actuación procesal de la parte peticionaria, la Comisión constató que sí se prestó información y actuó prueba en relación con el derecho a la salud. En este sentido, la Comisión observa que **el resultado favorable de este recurso para Martina, se debió a la suerte** de haber contado con un Juez Árbitro que en ejercicio de sus facultades discrecionales tomó en cuenta el derecho a la salud, pero no fue el resultado de un sistema diseñado adecuadamente para tales efectos.” (Párr. 86 del informe de fondo. Destacado nuestro.)

La Honorable Corte se percatará inmediatamente que este párrafo es contradictorio con otro ya citado, en que la Comisión afirma que la resolución de los jueces árbitros se basaron “**únicamente** en el costo beneficio de su retiro para la Isapre” (párr. 88, destacado nuestro). Este último párrafo lo refutamos en la sección antecedente.

Ahora la Comisión reconoce que el argumento no fue únicamente de costo-beneficio, pero intenta minusvalorarlo, llegando al extremo de ofrecer el exótico argumento de que el resultado se debería “**a la suerte**”. La Honorable Corte notará inmediatamente las evidentes falencias de este curioso argumento, entre las que se cuentan:

- La decisión de la Jueza Árbitro **es una decisión deliberada de un agente del Estado**, que por lo tanto se imputa a éste. No puede ser atribuida a la “suerte”, como si se tratara de un hecho fortuito.

Este argumento constituye un esfuerzo desesperado por intentar omitir del caso la resolución de la Jueza Árbitro (y de todo el proceso administrativo) que favoreció a las presuntas víctimas, para efectos de preservar la narrativa de la “ausencia de salvaguardas” en un contexto en que existe una salvaguarda patente, constituida por estos recursos exitosos

- **No es correcto que el recurso impetrado con éxito por las presuntas víctimas “no está diseñado para declarar una vulneración al derecho a la salud” al “[seguir] en los límites del análisis contractual y el derecho de la propiedad”. El derecho de propiedad no se**

alude en el fallo. Tampoco existe un análisis contractual. Lo que sí se considera es el derecho a la salud y vida, el interés de la paciente.

Más aún, **la Comisión no provee ninguna razón para sostener que la naturaleza del recurso está centrada en el “análisis contractual y el derecho de la propiedad.”**

La **legislación que lo consagra no dice nada de esto.** Por el contrario, enfatiza lo contrario al prescribir explícitamente que el árbitro **“dará su fallo en el sentido que la prudencia y la equidad le dicten”** (artículo 117 inciso 2º del DFL 1 de 2005 del Ministerio de Salud). Esto refleja la clara intención del legislador de favorecer una decisión orientada a la justicia, y no a aspectos técnicos como sería un análisis costo-beneficio.

Así también lo afirma explícitamente el Superintendente al recordar este precepto en su decisión de la apelación en el caso de las presuntas víctimas, al afirmar que el precepto en cuestión:

“autoriza al juez a fundar su fallo en principios de prudencia y equidad, para dar a cada parte lo que merece, pudiendo apartarse de las normas vigentes e, incluso, fallar contra texto expreso de la ley, si las circunstancias lo aconsejan, con el fin de lograr una solución justa.” (Considerando 2º del fallo de apelación del Superintendente del 23 de agosto de 2012, destacado nuestro).

- Reiteramos que la **Comisión nuevamente aumenta injustificadamente los estándares de justificación del Estado.**

Los estándares interamericanos están predicados sobre la base de un perjuicio, y referidos a una acción omisiva del Estado exigiendo que, frente a una supuesta conducta omisiva, “se debe verificar la probabilidad de que la conducta omitida hubiese interrumpido el proceso causal que desembocó en el resultado dañoso”.⁵³

⁵³ CORTE IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 174.

Por su parte la Comisión eleva los estándares al Estado de forma *ad hoc*, ahora exigiendo no sólo que se haya evitado el daño asegurando los derechos convencionales en juego, **sino además que la acción estatal remediadora considere explícitamente los argumentos que la Comisión estima relevantes, y que todo lo anterior obedezca a un deliberado diseño institucional. Esto es excesivo, pues el diseño institucional no puede asegurar ni predefinir todo.** Lo importante es que existan remedios adecuados y que estos operen en el caso concreto, como ocurrió aquí.

A modo de conclusión de esta sección, reiteramos a la Honorable Corte que el hecho ineludible contra el que se estrellan todas las acusaciones de Comisión y representantes respecto a la falta de salvaguardas para Martina Vera y su familia es que el Estado efectivamente remedió la supuesta vulneración de derechos, mediante un recurso contemplado en la legislación precisamente para esos efectos.

Este hecho positivo del Estado desmiente de por sí el grueso de la teoría del caso de la Comisión y representantes, centradas en que no existirían salvaguardas adecuadas. El hecho es que existieron. Martina Vera vio reestablecida la RHD producto de estas decisiones y se ordenó el pago por el período en que no la tuvieron, abordándose directamente el hecho central supuestamente violatorio de derechos humanos referidos en esta sección.

El Estado sí cumple su deber de fiscalización y no existe un deber del Estado de proveer mecanismos institucionales “proactivos” en cada caso.

Como dijimos, la supuesta ausencia de “salvaguardas” constituye el grueso de las alegaciones de la Comisión en relación a la vulneración del artículo 1.1 en relación con los derechos del artículo 4, 5 y 26. Esta pretendida ausencia de salvaguardas es imposible de probar, pues el hecho es que el Estado proveyó un mecanismo tutelar efectivo en su legislación, este remedio se utilizó por las presuntas víctimas, y se vio remediada la situación percibida como vulneratoria de derechos. Así de simple. Esto implica necesariamente una salvaguarda efectiva por parte del Estado.

Aparte de este reproche injustificado al Estado, la Comisión y representantes argumentan que existirían otros vicios en relación al artículo 1.1 en conexión con los derechos mencionados. Estos vicios pueden ser agrupados en dos:

- a. Que el Estado no actuó proactivamente, sino sólo a petición de parte mediante un proceso adjudicatorio.
- b. Que existen falencias específicas e independientes respecto del fallo de la Corte Suprema.

Respecto de la letra a., esto incluye el argumento de las representantes en cuanto a la ausencia de fiscalización,⁵⁴ y de la Comisión en cuanto a que tras la decisión de la Corte Suprema, “no se evidencia que el Estado tomó medidas para proteger la permanencia del mencionado régimen, o compensar el impacto de la reducción de su cobertura médica, afectando la accesibilidad económica al tratamiento que por su enfermedad necesitaba”. (Párr. 76 del informe de fondo).

Al respecto el Estado sostiene que sí existen medidas de supervisión y fiscalización que operan por la sola iniciativa del Estado, como se explicará a propósito del artículo 2.2.. Esto será explicado más adelante.

Con todo, en este punto se debe hacer presente lo siguiente:

1. Las alegaciones de la Comisión y representantes no se amparan en un estándar interamericano de derechos humanos. No justifican su alegato por referencia a un estándar preciso, y no podrían hacerlo, pues se trata más bien de una cuestión de los detalles del

⁵⁴ Las representantes alegan la

“ausencia de mecanismos de supervisión y fiscalización oficiosa, periódica, preventiva y efectiva por parte de la Superintendencia de Salud del actuar de las ISAPRES. De la información de público conocimiento, resulta que los mecanismos generales de supervisión y fiscalización de las ISAPRES no son permanentes ni es posible establecer la manera en que podrían haber incidido, preventivamente, en una situación como la de Martina.

Por el contrario, los hechos del caso demuestran con claridad que no existía instancia o mecanismo a través del cual la Superintendencia de Salud pudiera tener algún tipo de supervisión y fiscalización inmediata de la decisión de la ISAPRE de retirarle a una niña con discapacidad severa el tratamiento que requería para mantener sus procesos vitales y un estándar mínimo de dignidad.” ESAP pp. 82-83. El Estado desconoce y niega “la información de público conocimiento” a la que aluden.

diseño institucional de regulación y fiscalización respecto del cuál los estándares de derechos humanos son agnósticos, como debe ser.

Estos estándares están llamados a fijar una meta de protección de los derechos humanos, pero no determinan qué diseño es mejor para cada caso y en cada país. En general se utiliza más de un diseño, como ocurre en Chile, por lo que el uso de un diseño no debiera llevar a reproche, tanto porque no es materia de estándares de derechos humanos como porque en cualquier caso los diseños institucionales típicamente no son exclusivos sino más bien complementarios.

En este sentido no existe una exigencia de que el Estado remedie la situación vulneradora de derechos humanos de forma automática o a motu proprio. Lo relevante es que la remedie. El Estado goza de libertad para definir el diseño institucional más adecuado así como de utilizar una pluralidad de mecanismos, como es lo usual, precisamente por si uno de dichos mecanismos falla puede ser compensado por otros. Lo que importa es el resultado del sistema en su conjunto en cuanto respeta y garantiza los derechos en conformidad con el artículo 1.1. de la Convención.

2. Respecto de lo anterior, cabe consignar que los mecanismos de tutela y fiscalización pueden adoptar distintas configuraciones. Dos son especialmente relevantes: mecanismos de adjudicación y mecanismos de sanción.

Los mecanismos de adjudicación son especialmente aptos para resolver controversias (como ocurre en el presente caso), y, desde el punto de vista del paciente, resultan ventajosos para presentar las propias razones, intereses y pretensiones y obtener satisfacción por parte de otro. Por su naturaleza tienden a operar a petición de parte, para no comprometer la independencia del tribunal (evitar que se constituya en juez y parte).

Los procedimientos de fiscalización por su parte, típicamente tienen una estructura sancionatoria, usualmente culminan en un castigo (un perjuicio al sancionado, que cuando se trata de una multa es usualmente a beneficio del Estado), son aptos para corregir desviaciones de la norma por parte de un actor (por ejemplo, la Isapre) pero no para abordar

pretensiones de posibles de afectados (por ejemplo, las presuntas víctimas). Por su naturaleza, pueden operar motu proprio, sin necesidad de que exista una demanda de un legitimado activo.

Cada mecanismo tiene sus fortalezas. Como se explicará, además del mecanismo de adjudicación recién visto, también existen en la normativa de salud chilena mecanismos de sanción.

El punto aquí es que en la especie operó un mecanismo tutelar de características adjudicatarios, y operó con éxito, logrando remediar el defecto alegado. Esto valida el uso de un tal mecanismo, incluso en ausencia de otros. Pero, como se explicará, además en Chile existen mecanismos de fiscalización relevantes al caso.

Respecto del punto b., la Comisión sostiene que existen falencias independientes en el fallo de la Corte Suprema. Así, sostiene que el fallo de la Corte Suprema, que “constituyó un incumplimiento al deber de fiscalización de las acciones de la Isapre”. (Párr. 75 del informe de fondo).

Este argumento es improcedente, por dos razones:

1. Primero, porque la cuestión respecto del artículo 1.1. de la Convención es si se garantizaron los derechos adecuadamente, independiente del mecanismo. Así, si falló un órgano (por ejemplo, la Corte Suprema) esto no constituye una violación al artículo 1.1. respecto de los derechos convencionales en juego si otro órgano actuó para garantizarlos. Es precisamente lo que ocurre en la especie, en que los jueces árbitros de la Superintendencia arribaron al resultado estimado como protector de los derechos, logrando el mismo resultado que un fallo favorable a las presuntas víctimas de la Corte Suprema.

Así, de haber reproches específicos a la acción de la Corte Suprema, este debe ser evaluado a propósito de las garantías relacionadas específicamente con los estándares de actuación de la judicatura de los artículos 8 y 25 de la Convención.

2. La interpretación de la Comisión ignora la lógica de un sistema constitucional de controles y contrapesos. Los sistemas constitucionales democráticos contemplan una separación de poderes y funciones así como mecanismos de controles y contrapesos precisamente para que los órganos estatales entre sí remedien posibles errores y abusos. Considerar que una presunta omisión de la Corte Suprema en proteger un derecho afectado implicaría de inmediato una violación del Estado al artículo 1.1. de la Convención implicaría negar la lógica de un sistema de controles y contrapesos, y en el ámbito internacional privaría a los órganos internos de la posibilidad de remediar vulneraciones a los derechos humanos, acabando con la lógica subsidiaria y complementaria del sistema.

En conclusión, no existe vulneración al artículo 1.1 en relación a los derechos mencionados en este acápite.

II.3. EL ESTADO NO HA INFRINGIDO, EN EL CONTEXTO DEL PRESENTE CASO, SUS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DERIVADAS DEL ARTÍCULO 2° DE LA CONVENCIÓN EN RELACIÓN CON SUS ARTÍCULOS 4.1; 5.1; 19 Y 26.

II.3.1. Introducción

En su informe de fondo, la CIDH imputa al Estado haber infringido sus obligaciones internacionales a la luz de lo dispuesto en el artículo 2° de la Convención respecto de los derechos a la vida (artículo 4.1), a la integridad personal (artículo 5.1), a gozar de especiales medidas de protección en su calidad de niña (artículo 19), y a la salud (artículo 26), en perjuicio de Martina Vera Rojas. El Estado rechaza enérgicamente esta imputación. Ello, porque la normativa interna chilena aplicable resultó suficiente para proteger la vida, integridad y salud de la niña Martina Vera, como bien lo acreditan los mismos hechos del caso. Todo ello por las siguientes razones:

- a. El diseño del sistema de salud chileno —si bien susceptible de críticas, como toda política pública—, cumple con los estándares mínimos derechos humanos reconocidos por distintos órganos internacionales; y
- b. La normativa interna chilena permitió, en los hechos, a los padres de Martina contar con mecanismos procesales que aseguraran que la Isapre prestara la cobertura de salud exigida para la preservación de la vida, integridad y salud de la niña.

A continuación se explicarán los argumentos anteriormente señalados.

1. El diseño del sistema de salud chileno, y las salvaguardas recursivas que éste establece para proteger los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud, cumple con los estándares de protección de derechos humanos

Todo diseño de un sistema de salud está totalmente abierto a la crítica tanto de quienes lo estudian, como de las personas que lo utilizan. En este sentido, ningún diseño de un sistema de salud resulta perfecto y todos tienen fortalezas y debilidades que resultan identificables con mayor o menos facilidad. Eso es una cosa. Otra muy distinta es plantear que el diseño de la globalidad de un sistema de salud estatal representa, a partir de sus déficit, una infracción de los derechos a la

vida, la integridad y la salud. Ello aún más cuando lo anterior se predica a partir de un caso aislado que es sujeto al conocimiento de la Honorable Corte. A juicio del Estado, respecto a la cobertura y protección jurídica del derecho a la salud que ofrece el Estado de Chile a sus habitantes, la presentación de la parte peticionaria adolece de dos errores fundamentales en el análisis del presente caso:

- a. **En primer lugar, la peticionaria yerra en su comprensión de la estructura y funcionamiento del sistema de salud chileno, lo que se ve reflejado en la exposición parcial que realiza del mismo en su escrito.** Actualmente, Chile posee un sistema de salud que ofrece acceso universal a garantías explícitas en salud, así como un sistema de protección financiera de diagnóstico y tratamiento de alto costo, entre muchas otras características que se detallarán más adelante. Por otra parte, el sistema se encuentra sometido a la rectoría de la Autoridad Sanitaria, la cual emite directrices que alcanzan a todos los subsistemas, sea público, privado, ocupacional o de otra naturaleza. Finalmente, es importante destacar que la cobertura de atención alcanza al cien por ciento de la población, lo que se encuentra acorde al Objetivo de Desarrollo Sostenible N° 3 de Naciones Unidas⁵⁵;

- b. **La peticionaria funda su argumentación, en relación con la temática del derecho a la salud y la protección a la vida e integridad, únicamente a partir de una situación concreta: la decisión de la Corte Suprema que rechazó el recurso de protección presentado por los padres de Martina.** A partir de aquello, la peticionaria deduce que la normativa interna chilena no protege los derechos humanos de los usuarios del sistema de salud chileno. Dicha conclusión es falaz, porque de un caso particular no puede derivarse una conclusión de la dimensión y entidad propuesta por la peticionaria. Por otro lado, el ordenamiento jurídico chileno sí asegura un marco normativo que permite proteger a los usuarios del sistema de salud cuando los prestadores, sean privados o públicos, no respetan sus derechos. Precisamente, una herramienta privilegiada en ese sentido es el recurso al tribunal arbitral de la Superintendencia de

⁵⁵ NACIONES UNIDAS. Objetivos de Desarrollo Sostenible – Objetivo N° 3: Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades. Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/health/>. Fecha de consulta: 10 de julio de 2020.

Salud, utilizado por los padres de Martina para restablecer el financiamiento de la hospitalización domiciliaria de Martina.

A continuación, se procederá a ilustrar a la Honorable Corte la estructura y funcionamiento del sistema de salud chileno, con el objetivo de evidenciar cómo la peticionaria aborda de manera poco acertada el contexto sanitario chileno, lo que finalmente deriva en su interpretación de que aquello que ella identifica como carencias del sistema constituyen el elemento determinante para la existencia de vulneración de las normas de la CADH en el presente caso.

1.1. Marco Normativo del sistema de salud chileno

La protección a la salud en el ordenamiento jurídico chileno, desde una perspectiva de la jerarquía normativa, encuentra su fundamento en la Constitución Política de la República de Chile, la cual dispone al respecto:

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

9º.- El derecho a la protección de la salud.

El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado;”

Adicionalmente a lo consagrado como garantía constitucional, el artículo 5° de la Carta Fundamental reconoce en los derechos humanos, reconocidos en los tratados internacionales, suscritos y ratificados por Chile, un límite al ejercicio de la soberanía del Estado. Este punto resulta relevante, por cuanto el Estado de Chile, si bien no ha ratificado el Protocolo de San Salvador, según se explicó anteriormente, sí ha ratificado el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual

reconoce, en su artículo 12 el derecho de toda persona a “al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

Como ya es posible desprender de la normativa constitucional, la aproximación de la normativa chilena al deber estatal relativo a la salud de las personas incorpora la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud de las personas bajo su jurisdicción. En virtud de lo anterior, el Estado ha asumido, a través de la Autoridad Sanitaria, la coordinación, control y deber preferente de la garantía de las acciones de salud. Ello aun cuando las prestaciones fuesen otorgadas por instituciones privadas.

Aquellas directrices constitucionales en torno al derecho a la salud son recogidas por la legislación nacional. En efecto, y siguiendo el criterio establecido en el artículo 26 de la Convención, la ley chilena ha configurado normativamente el diseño del sistema de protección de la salud. Los cuerpos normativos más relevantes, en este sentido, son el Código Sanitario y el Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 2005, del Ministerio de Salud, cuerpo normativo que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N°2763, de 1979, y de las Leyes N°18.933 y N°18.469 (en adelante, DFL 1).

El artículo 2° del DFL 1 establece el diseño básico del sistema de salud en Chile:

Artículo 2°. Para los efectos de la presente ley, **integran el sector salud todas las personas, naturales o jurídicas, de derecho público o privado**, que realicen o contribuyan a la ejecución de las acciones mencionadas en el artículo 1°.

Las personas naturales o jurídicas, **públicas y privadas que laboren en salud** coordinadamente, dentro de los marcos fijados por el Ministerio de Salud para el cumplimiento de las normas y planes que éste apruebe, **constituyen el Sistema Nacional de Servicios de Salud, en adelante el Sistema.**” (el destacado es nuestro).

Como es posible apreciar el pilar básico del sistema nacional de servicios de salud es la unidad del mismo. Precisamente, el mismo está integrado tanto por prestadores públicos como privados. Todos ellos forman parte de un mismo sistema coordinado y no son agentes correspondientes a subsistemas completamente desligados los unos de los otros.

En este sentido, la peticionaria presenta la estructuración del sistema nacional de servicios de salud chileno de una forma mañosa e impresa. De la sola lectura del escrito de la peticionaria

podría concluirse, erradamente, de que el marco normativo regulador del subsector privado es diferente a aquél que rige al subsector público, especialmente, cuando inicia su caracterización del sistema de salud chileno con la frase “[e]l sistema de salud incluye un doble nivel organizacional sobrepuesto”⁵⁶. Esta descripción es del todo inexacta. Como se deriva de la sola lectura del artículo transcrito, el sector salud en Chile está constituido por entidades tanto de naturaleza pública como privada, sin distinción. Incluso, las personas jurídicas privadas forman parte del Sistema Nacional de Servicios de Salud cuando actúan dentro de los marcos fijados por el Ministerio de Salud lo cual, como se explicará más adelante, es siempre así, ya que la autoridad sanitaria en Chile ejerce la función de rectoría en el sistema de salud chileno, tal como lo requieren los estándares internacionales en la materia.

Efectivamente, el Sistema Nacional de Servicios de Salud responde plenamente a los estándares internacionales de estructuración definidos por la Organización Mundial de la Salud (en adelante, la “OMS”). De acuerdo con esta institución, los elementos esenciales y conexos que todo sistema de salud debe abordar para satisfacer los estándares mínimos de operatividad son: la gobernanza, la información, la financiación, la prestación de servicios, los recursos humanos y los medicamentos y tecnología⁵⁷. Estos elementos deben ser desarrollados de manera simultánea y armónica, puesto que el sistema de salud es un edificio construido con diferentes bloques, el cual corre el riesgo de sufrir por la fragmentación y descoordinación de los servicios.

Lo anterior demanda que todo sistema de salud se encuentre efectivamente coordinado, particularmente respecto de los elementos señalados. De allí que resulte necesario la existencia de una única autoridad que permita orientar el funcionamiento de una forma tal que, a partir de los recursos disponibles, satisfaga la mayor proporción posible de necesidad en materia de salud al interior de la sociedad. De acuerdo con los criterios de la OMS, esa autoridad requiere ejercer un liderazgo global al interior del país. Por ello, la misma no sólo debe disponer de atribuciones de coordinación solamente respecto de las entidades públicas de salud, sino también de aquellas de carácter privado⁵⁸.

⁵⁶ ESAP p. 5.

⁵⁷ AGUILERA, X. (2019): “¿Qué es un sistema de salud?”, en GONZÁLEZ, Claudia, CASTILLO, Carla y MATUTE, Isabel (edits.). *Estructura y funcionamiento del sistema de salud chileno*. Serie Salud Poblacional N° 2. Santiago, Clínica Alemana – Universidad del Desarrollo. p. 16.

⁵⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2010). *Key components of a well functioning health system*.

El sistema de salud chileno cumple perfectamente aquel estándar establecido por la OMS. En efecto, el artículo 4° del DFL 1 señala que “[a]l Ministerio de Salud le corresponderá formular, fijar y controlar las políticas de salud. En consecuencia, tendrá, entre otras, las siguientes funciones: 1.- Ejercer la rectoría del sector salud (...)”. Dicha rectoría coordinadora se extiende no sólo a prestadores públicos, sino también privados. En la medida que existe una misma unidad coordinadora, no es posible hablar de la existencia de dos subsistemas de salud en Chile, tal como artificialmente propone la peticionaria.

Sin embargo, el marco legal que regula el sistema de salud chileno no sólo determina las funciones del Ministerio de Salud (en adelante, MINSAL) —la autoridad sanitaria en Chile—, sino que, además, establece y regula la orgánica y atribuciones de un conjunto de órganos que constituyen el sector salud.

Entre los organismos públicos que integran ese sector, aparte del MINSAL, se encuentran las subsecretarías de Salud Pública y de Redes Asistenciales, los Servicios Regionales de Salud y su dotación, los establecimientos de salud autogestionados, el Fondo Nacional de Salud (en adelante, FONASA), el Instituto de Salud Pública de Chile (ISP), la Central Nacional de Abastecimiento de los Servicios de Salud (CENABAST), la Superintendencia de Salud y sus Intendencias de Fondos y Seguros Previsionales de Salud y de Prestadores de Salud. Corresponde al MINSAL coordinar la acción conjunta de todos estos órganos, de forma tal que los mismos permitan optimizar, de acuerdo con los recursos disponibles, el otorgamiento de prestaciones de salud en el país.

En Chile, existen 29 Servicios Regionales de Salud que proveen los servicios de promoción, protección y atención a la salud a través de una red de hospitales y clínicas de segundo y tercer nivel financiados por FONASA. Este último órgano reúne, administra y distribuye los recursos estatales disponibles. El otorgamiento de prestaciones a la población, en el primer nivel, depende de un sistema descentralizado, administrado por los departamentos de salud de cada municipalidad, pero siempre bajo la regulación y supervisión técnica del MINSAL⁵⁹.

El ISP es la institución encargada de supervisar el funcionamiento de los laboratorios en el país, sean estos públicos o privados. Además, es el órgano a cargo de autorizar, controlar la calidad e importar medicamentos. A su vez, la CENABAST actúa como un intermediario en la compra y

⁵⁹ BECERRIL-MONTEKIO, V., REYES, J., y ANNICK, M. (2011): “Sistema de salud de Chile”, *Salud Pública Mex*, 53 supl 2:S132-S143. p. 139.

distribución de medicamentos, insumos y equipo médico, funcionando como regulador del mercado al conseguir precios más bajos dado el volumen de compras que maneja⁶⁰.

La estructura desarrollada por las normas antes mencionadas desarrolla un sistema unificado, en cuanto responde a una misma autoridad, pero diferenciado en cuanto al prestador. De este modo, el financiamiento, aseguramiento y provisión de los servicios del sistema es de naturaleza mixta, es decir, posee fuentes de carácter público y de carácter privado. La existencia de este sistema mixto, sujeto a una misma autoridad sanitaria, está contemplada, también, en el DFL N°1. En su Libro II, se describe el Régimen de Prestaciones de Salud, en el cual se establece el régimen público que, por regla general, rige a toda la población en materia de atención sanitaria. Como tal, el sistema contempla prestadores públicos y privados que se encuentran en convenio con el respectivo servicio de salud, y un fondo único público, de carácter colectivo y solidario, correspondiente a FONASA, al cual corresponde la cobertura de todo o parte del monto de dichas prestaciones.

El financiamiento de FONASA proviene de las cotizaciones obligatorias de los afiliados, correspondiente al 7% de su renta mensual, lo cual constituye el 33% de sus ingresos totales, mientras los aportes fiscales representan el 66% restante. Mediante su gestión financia a los establecimientos del Sistema Nacional de los Servicios de Salud, ya sea por vía directa o por medio del pago de prestaciones. Este fondo distingue a sus beneficiarios en cuatro grupos según sus ingresos. Los grupos A y B, personas carentes de ingresos e indigentes, tienen gratuidad en las atenciones. Los grupos C y D deben efectuar copagos que van entre un 10% y un 20% del valor de las prestaciones en los establecimientos públicos, copagos que muchas veces por razones sociales nunca se cobran⁶¹.

El Libro II define a los afiliados y beneficiarios del régimen, las prestaciones médicas en sus modalidades de Atención Institucional y de Libre Elección, así como las coberturas pecuniarias a las cuales tienen derecho.

⁶⁰ BECERRIL-MONTEKIO, V., REYES, J., y ANNICK, M. (2011): "Sistema de salud de Chile", *Salud Pública Mex*, 53 supl 2:S132-S143. p. 140.

⁶¹ LIBERTAD Y DESARROLLO (2019): *Cómo entender el sistema de salud chileno: más allá de lo público y lo privado*. Serie Informe Social. Disponible en: <https://lyd.org/wp-content/uploads/2019/06/siso-177-como-entender-el-sistema-de-salud-chileno-mas-alla-de-lo-publico-y-lo-privado-mayo2019.pdf>. Fecha de consulta: 10 de julio de 2020.

La atención en salud se encuentra distribuida en tres niveles de atención. El Estado proporciona la atención primaria de salud (APS) a través de una red de establecimientos municipales y estatales. Esta es administrada, principalmente, por los municipios, y financiada por el gobierno central a través de un aporte *per cápita* basal, más los aportes que realizan las propias municipalidades. Por su parte, la atención secundaria y terciaria se distribuye en establecimientos, consultorios y hospitales públicos administrados por los respectivos Servicios de Salud, dependientes de la Subsecretaría de Red Pública del Ministerio de Salud.

Asimismo, el Libro III del DFL 1 regula las actividades de las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES), las cuales corresponden a instituciones privadas, especialmente reguladas por el legislador para ejercer este giro exclusivo, que colaboran con el Estado en el cumplimiento de las obligaciones del mismo en materia de salud. Su financiamiento proviene, en dos tercios, de la cotización obligatoria para salud correspondiente al 7% de las rentas de sus afiliados, y en un tercio de los aportes voluntarios de los afiliados que, eventualmente, pagan para completar el precio del plan de salud que escojan a su libre elección. Las actividades de las Isapres están sujetas a la supervisión de la Superintendencia de Salud.

Mediante la suscripción de un contrato de seguro de salud con el afiliado, se establece un plan de salud, que contiene las condiciones para el pago de todo o parte de las prestaciones de salud que reciban tanto los afiliados como los beneficiarios, expresamente designados como tales en cada contrato. El financiamiento de aquellos pagos se obtiene directamente del aporte de la cotización individual del afiliado, diferenciándose en ello del carácter colectivo de FONASA.

Los planes de salud de las Isapres contienen habitualmente prestadores preferentes con altas coberturas, cuyos beneficios deben ser ofrecidos de por vida, ya que sólo el beneficiario puede poner término al contrato, constituyendo así una excepción a lo que ocurre tradicionalmente con los contratos de seguro. Asimismo, la ley exige que las Isapres financien, como mínimo, aquellas prestaciones que otorga el sistema estatal. En este sentido, cada Isapre está obligada a entregar un mínimo de prestaciones a sus afiliados y beneficiarios. Ese mínimo está constituido por los beneficios que otorga FONASA a sus afiliados de acuerdo con las denominadas *Garantías Explícitas en Salud*. Estas representan un conjunto de prestaciones que responden a 85 problemas de salud que se definen, periódicamente, según la ley. Además, corresponde a las Isapres asumir el pago del reposo médico y de los subsidios de incapacidad laboral. Estos subsidios o pagos, si bien contemplan

topes en lo relativo a la remuneración imponible, no tienen límite en cuanto a la duración del reposo.

Tal como se señaló anteriormente, las coberturas de los planes de salud de las Isapres tienen como requisito obligatorio el financiamiento de aquellas prestaciones contenidas en el arancel de la modalidad de Libre Elección de FONASA. En este aspecto, en conjunto con la autoridad de la época, que estableció la regulación respectiva, **las Isapres desarrollaron *motu proprio* un mecanismo para ampliar la cobertura ante eventos o enfermedades catastróficas, denominado Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas (CAEC).**

La CAEC permite financiar, cumplidos ciertos requisitos, hasta el 100% de los gastos derivados de atenciones de alto costo requeridas en los casos de enfermedades catastróficas. Estas atenciones pueden ser tanto de carácter hospitalario, como de carácter ambulatorio, que sean realizadas en el país y se encuentren cubiertas por el plan de salud. El beneficio debe ser activado luego de un posible diagnóstico de enfermedad catastrófica. En tal caso, el afiliado o beneficiario debe concurrir a su Isapre y solicitar la activación de la CAEC. Esta cobertura opera una vez que el monto de los copagos supera el monto del deducible establecido. Por otra parte, la normativa contempla determinadas prestaciones y medicamentos que no son cubiertos por la CAEC, tales como las cirugías y hospitalización fuera de la red o en el extranjero, las patologías derivadas de complicaciones y secuelas de los tratamientos cosméticos o con fines de embellecimiento, entre otras.

En este aspecto, cabe señalar que, en el marco de constante perfeccionamiento del sistema, con el objeto de cumplir con la progresividad derivada de la naturaleza propia de los derechos económicos y sociales, la Superintendencia de Salud ha emitido circulares que han modificado la regulación de la CAEC respecto de la Hospitalización Domiciliaria, con posterioridad al caso de Martina Vera.

En efecto, a través de la Circular IF/282 de 26 de enero de 2017, la Superintendencia de Salud modificó la Circular IF/77 que databa de 2008. El objetivo de la modificación, según lo manifestado por la propia Superintendencia, fue “elimina[r] la exclusión de los tratamientos de enfermedades crónicas, contenida como requisito para que proceda esta cobertura en caso de hospitalización domiciliaria, por tratarse de una práctica discriminatoria basada en la condición de

salud de las personas y en el pronóstico de recuperación de una patología”⁶². De acuerdo con el mismo texto de la Circular, una vez entrada en vigencia, “la exclusión de la CAEC de la hospitalización domiciliaria para tratamientos de enfermedades crónicas no podrá ser aplicada a los contratos ya vigentes, y tampoco a aquéllos que inicien su vigencia en forma posterior”.⁶³

Posteriormente, la Superintendencia de Salud dictó la Circular IF/290, de 8 de agosto de 2017. La misma vino en modificar los requisitos contemplados para acceder a la CAEC en caso de que un afiliado requiriera hospitalización domiciliaria. Dicha modificación eliminó una serie de exigencias que la Superintendencia señaló que carecían de fundamentos. Todo esto operó en beneficio de la protección del derecho a la salud de los usuarios del sistema nacional de salud.⁶⁴

Finalmente, la Superintendencia de Salud, recientemente, dictó la Circular IF/N° 330 el 27 de agosto de 2019. La misma impartió nuevas instrucciones a las Isapres en relación con el deber de aquellas instituciones de notificar formalmente al afiliado sobre la modificación del prestador designado y/o término de la hospitalización domiciliaria. Esta Circular fue recurrida administrativamente por algunas Isapres. Tras el correspondiente procedimiento, la Circular vino finalmente en exigir “en el evento que la ISAPRE determine modificar al prestador o poner término a la cobertura de la prestación hospitalización domiciliaria, respecto de un beneficiario que ya no cumple con las condiciones para tener derecho a ella, deberá comunicar esta decisión al afiliado, a través de una carta certificada o correo electrónico, señalando los requisitos que dejaron de cumplirse para mantenerla vigente”.

Como es posible advertir, **la normativa a partir de la cual la Isapre pudo negar financiamiento a la hospitalización domiciliaria de Martina hoy no existe**. La misma experimentó serias reformas en los últimos cuatro años. Efectivamente, la Superintendencia de Salud eliminó aquel requisito que exigía que la patología que justificaba la hospitalización domiciliaria no tuviese carácter crónico para ser financiada por la Isapre. Hoy, por tanto, el carácter crónico de una enfermedad no es óbice para el financiamiento de una hospitalización domiciliaria por parte de una Isapre. Con ello el Estado de Chile garantiza que el caso que afectó a Martina no vuelva a repetirse en el futuro.

⁶² Superintendencia de Salud. Circular IF/282 (2017), página 2. Véase:

http://www.supersalud.gob.cl/normativa/668/articles-15341_recurso_1.pdf

⁶³ Página 3.

⁶⁴ http://www.supersalud.gob.cl/normativa/668/articles-16198_recurso_1.pdf

1.2. El constante perfeccionamiento del sistema. Extensión progresiva de las prestaciones de salud

Abordar el derecho a la salud y su protección en el sistema chileno, desde el enfoque de derechos humanos, implica necesariamente referirse a la progresividad esperada en el cumplimiento de las obligaciones específicas en materia social, es decir, a la realización gradual de los derechos de naturaleza económica, social y cultural, a través del tiempo, estableciendo un orden de prioridad entre las garantías. Esto porque, en atención a la escasez de recursos, no es posible demandar, razonablemente al Estado, el aseguramiento inmediato y simultáneo de todas las prestaciones requeridas por una contingencia de salud. Esta gradualidad significa reconocer que, dada la naturaleza limitada de los recursos materiales existentes al interior de la sociedad, la realización de estos derechos de carácter social debe producirse en un período de tiempo⁶⁵. Esta circunstancia está perfectamente reconocida en el artículo 26 de la Convención, la cual consagra el principio de progresividad como orientación básica en el otorgamiento y ampliación del ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales.

En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha señalado que “la realización progresiva significa que los Estados Partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del [derecho a la salud]”.⁶⁶

En ese contexto de progresividad, resulta forzoso explicar a la Honorable Corte los esfuerzos que el Estado chileno ha venido realizando para ampliar, de acuerdo con sus posibilidades, las prestaciones de salud de sus habitantes. Dichos esfuerzos dan cuenta de una voluntad colectiva que reconoce la centralidad de la protección de la salud de las personas. En particular, resulta necesario dar cuenta de la última gran reforma al sistema de salud, emprendida entre los años 2004 y 2005⁶⁷,

⁶⁵ DRAGO, M. (2006): *La reforma al sistema de salud chileno desde la perspectiva de los derechos humanos*. Comisión Económica para América Latina. Naciones Unidas. Santiago. p. 12.

⁶⁶ Observación General N° 14, par. 31.

⁶⁷ Contenidas en las siguientes regulaciones: Ley No 19.937: Autoridad Sanitaria. “Modifica el Decreto Ley N°2.763, de 1979, con la finalidad de establecer una nueva concepción de la autoridad sanitaria, distintas modalidades de gestión y fortalecer la participación ciudadana”, Ley N°19.966: Plan de Acceso Universal con Garantías Explícitas. Establece un régimen de garantías en salud (Plan AUGE)”, Ley N°20.015 Instituciones de Salud Previsional. “Modifica la Ley N° 18.933, sobre instituciones de salud previsional”, Ley N°19.888: Financiamiento. “Establece financiamiento necesario para asegurar los objetivos sociales prioritarios del Gobierno”, y Ley N°20.584 sobre

cuyo objetivo fue dar respuesta a los grandes desafíos sanitarios del siglo XXI. Dichos desafíos decían relación con el fortalecimiento de los avances existentes hasta esa época, y la necesidad de adoptar una estrategia país que permitiera enfrentar exitosamente tanto la atención de aquellas enfermedades emergentes en Chile, como las consecuencias del progresivo envejecimiento de la población. Del mismo modo, la reforma buscó responder a los costos crecientes de las atenciones en salud, así como a las desigualdades en el acceso y en la cobertura de las prestaciones. En efecto, hasta la época de la reforma, podía ser posible que las prestaciones médicas financiadas por las Isapres no resultaran equivalentes a aquellas atendidas por el FONASA. La reforma vino a remediar este problema y a establecer un mínimo de prestaciones cuyo financiamiento resultaba obligatorio tanto para el FONASA como por las Isapres. En ese sentido, y como se explicará a continuación, la reforma estableció un régimen garantizado de prestaciones de salud. Las prestaciones señaladas en ese régimen eran de financiamiento obligatorio para todos los actores del sistema y su incumplimiento podía ser denunciado tanto a los órganos fiscalizadores del sistema, como la Superintendencia de Salud, como ante la justicia ordinaria.

En orden a garantizar el acceso equitativo de la población a servicios de salud integrales de calidad, pueden destacarse un conjunto de políticas públicas que a continuación se indican.

1.2.1. Plan de Acceso Universal a Garantías Explícitas en Salud

Uno de los hitos fundamentales en el fortalecimiento progresivo de la protección del derecho a la salud en Chile, lo constituyó el *Plan de Acceso Universal a Garantías Explícitas en Salud* (Plan AUGE). El mismo entró en vigencia el año 2005, transformando la naturaleza misma del sistema de salud nacional. En efecto, el carácter garantizado del AUGE permitió configurar, precisamente, un régimen de derechos a acceder a ciertas prestaciones médicas que resultaba obligatorio y exigible por parte de sus titulares ante los órganos administradores del sistema. Como se explicará el AUGE representa el pilar del sistema de salud en Chile. Este sólo hecho permite afirmar que el régimen de protección de la salud en Chile no es uno puramente orientado a partir de criterios económicos o de disponibilidad. Por el contrario, **se trata de un régimen fundado en el reconocimiento de derechos exigibles por las personas tanto ante órganos de la Administración como ante los mismos tribunales de justicia.** Precisamente, es a través de este régimen de garantía

derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

de derechos que el Estado de Chile busca promover “[el] disfrute del más alto nivel posible de salud que (...) permita [a las personas] vivir dignamente”.⁶⁸

Este *Régimen de Garantías Explícitas en Salud* (GES) representa un mecanismo establecido por ley para priorizar garantías en la prevención, tratamiento y rehabilitación de enfermedades específicas que, de acuerdo con criterios técnicos y científicos, representan aquellas con mayor incidencia e impacto en la población nacional. Estas garantías se predicen en relación con el acceso, calidad, protección financiera y oportunidad con que deben ser otorgadas las prestaciones asociadas a un conjunto priorizado de programas, enfermedades o condiciones de salud que la autoridad somete periódicamente a revisión, aumentando gradualmente la cantidad y complejidad de problemas de salud sometido a este régimen de atención garantizado. En la actualidad, **existen 85 problemas en salud que son considerados dentro de este plan, cubriendo las patologías de mayor prevalencia en el país**⁶⁹. FONASA e Isapres se encuentran jurídicamente obligadas a sufragar el costo del aseguramiento de las prestaciones, tanto de diagnóstico como de tratamiento, que se encuentran establecidas en el plan, pues constituye un beneficio legal de los afiliados, cualquiera sea el sistema de cobertura que hayan escogido⁷⁰.

El AUGE es una conquista ciudadana que desde su aplicación ha beneficiado a más de 10 millones de personas. Los 85 problemas de salud que cubre representan más del 60% de la carga de enfermedad de los chilenos, registrando a la fecha, más de 40 millones de casos acumulados al mes de diciembre de 2019⁷¹. Esta sola información da cuenta del impacto de la aplicación del AUGE en el país.

Los requisitos necesarios para tener acceso a estos beneficios son simples, de manera que se asegura, en los hechos, un real acceso universal a este plan. Entre ellos se encuentra: (1) Pertenecer a FONASA o a una Isapre; (2) La existencia de una enfermedad o condición de salud

⁶⁸ Observación General N° 14, par. 1.

⁶⁹ Un detalle de todas aquellas patologías, actualmente, cubiertas con Garantías Explícitas en Salud se encuentra disponible en <http://www.supersalud.gob.cl/difusion/665/w3-propertyvalue-1962.html>. Fecha de consulta: 10 de julio de 2020.

⁷⁰ Ver Anexo X Garantías Explícitas en Salud. Disponible en: http://www.supersalud.gob.cl/difusion/665/articles-19001_recurso_1.pdf. Fecha de consulta: 10 de julio de 2020.

⁷¹ La información estadística respecto a la cobertura GES, a lo largo del tiempo, desde sus inicios hasta la actualidad, se encuentra disponible en <http://www.supersalud.gob.cl/difusion/665/w3-propertyvalue-1962.html#acordeonDocumentos>. Fecha de consulta: 10 de julio de 2020.

incluida en el conjunto priorizado de programas, enfermedades o condiciones de salud que señale el decreto correspondiente; y (3) el cumplimiento, por parte del titular del derecho, de las condiciones especiales de edad, estado de salud u otras, según especifica el AUGE-GES para cada patología.

Una vez que el problema de salud es diagnosticado, pesa sobre el médico tratante la obligación legal de informar al paciente acerca de la posibilidad de optar al beneficio de cobertura garantizada de las prestaciones, las cuales consideran un pago fijo y único por parte del afiliado para la totalidad de las prestaciones.

Nuevas regulaciones vinieron a complementar el régimen AUGE en 2016. Ese año entró en vigencia el Decreto N° 3 del Ministerio de Salud, el que vino en especificar y perfeccionar cuestiones relativas a las garantías de acceso, oportunidad y cobertura financiera asociados al funcionamiento del AUGE-GES. Por ejemplo, el Decreto en cuestión vino en imponer a todos los prestadores individuales (profesionales) la obligación de estar certificados ante la Superintendencia de Salud. La Superintendencia, por su parte, otorgaba esta certificación únicamente a aquellos prestadores que satisfacían ciertos estándares de calidad mínimos en el otorgamiento de las prestaciones. Esta nueva regulación, en la práctica, permitió incrementar los niveles de calidad de las prestaciones destinadas a tratar patologías AUGE-GES. En efecto, una vez puesta en vigencia la normativa señalada, todos los establecimientos hospitalarios de alta complejidad se sometieron al proceso de certificación ante la Superintendencia de Salud. La falta de certificación por parte de prestadores públicos o privados impide que los mismos puedan realizar atenciones en salud requeridas para el tratamiento de enfermedades AUGE-GES.

Otra cuestión importante en la que se han registrado avances importantes en torno a la implementación del AUGE-GES dice relación con la oportunidad en las atenciones. Efectivamente, cada prestación requerida por una patología AUGE-GES está asociada al otorgamiento de la misma dentro de un determinado plazo. Esto exige, por tanto, a prestadores públicos y privados a otorgar una atención oportuna de acuerdo con los estándares definidos por el MINSAL, la autoridad sanitaria nacional. Esta garantía de oportunidad, a diciembre de 2016, alcanzó un óptimo nivel de cumplimiento en el 99,6% de los casos. Junto a lo anterior, la autoridad sanitaria reforzó, a partir de 2016, el seguimiento periódico de los servicios de salud, de modo de garantizar que los prestadores públicas cumplieran con las garantías explícitas en toda la población financiada a partir de FONASA.

1.2.2. Sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo

En el año 2015, fue promulgada en el país la Ley N° 20.850, que creó el sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo. Esta ley rindió homenaje póstumo al periodista Luis Ricarte Soto Gallegos⁷², quien promovió la iniciativa ciudadana que exigía el apoyo estatal para sufragar los considerables gastos que demandan los tratamientos de alto costo, previniendo la afectación repentina del presupuesto familiar.

La cobertura de esta ley está orientada a diagnósticos, medicamentos, dispositivos de uso médico y tratamientos de alto costo, para los que exista evidencia científica concluyente respecto de su beneficio. Asimismo, este régimen tiene carácter universal, ya que pueden acogerse a la protección financiera que entrega la ley todas aquellas personas, sin distinción del sistema previsional de salud al que pertenezcan. Ello siempre y cuando las mismas se encuentren afectadas por alguna de las 18 patologías que, actualmente, se encuentran incluidas en el sistema. Asimismo, incorpora mecanismos de participación ciudadana y control social, por medio de dos comisiones que incluyen participación de representantes de agrupaciones de pacientes. Una de las comisiones se encarga de recomendar a la autoridad sanitaria la inclusión de nuevas patologías dentro del sistema, mientras que la otra ejerce funciones de vigilancia y monitoreo de su funcionamiento. Las actas de ambas comisiones pueden encontrarse en el sitio web del Ministerio de Salud⁷³.

El sistema en cuestión considera garantías de acceso, fijando plazos de oportunidad para diagnósticos y entrega de medicamentos, dispositivos y alimentos para las personas que, afectadas por alguna de las 18 patologías que integran el sistema, se acojan a la protección del mismo. Las personas que son beneficiarias de la ley tienen una cobertura financiera del 100% de los diagnósticos y tratamientos definidos en el decreto correspondiente emitido por la autoridad sanitaria.

1.2.3. Garantía de acceso a prestaciones promocionales, preventivas y curativas, a través de la red de atención primaria de salud

⁷² Ver Anexo N° N°XXII. Manual para profesionales de la salud. Sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo.

⁷³ AGUILERA, X., GONZÁLEZ, C. y COVARRUBIAS, T. (2019): "Instituciones y servicios de salud pública", en GONZÁLEZ, Claudia, CASTILLO, Carla y MATUTE, Isabel (edits.). *Estructura y funcionamiento del sistema de salud chileno*. Serie Salud Poblacional N° 2. Santiago, Clínica Alemana – Universidad del Desarrollo. pp. 173-174.

La Atención Primaria de Salud (APS) en Chile tiene una amplia cobertura territorial, abarcando “los lugares más remotos del país y permitiendo a todos sus beneficiarios acceder gratuitamente a prestaciones de tipo preventivo y curativo (incluyendo urgencias), disminuyendo barreras geográficas y económicas”⁷⁴. En relación con este punto, el Código Sanitario establece un conjunto de prestaciones promocionales, preventivas y curativas que deben ser obligatoriamente otorgadas por los prestadores de atención primaria, sean éstos públicos o privados. Entre ellas se consideran los controles prenatales, el control periódico de la salud de niñas y niños (control “Niño Sano”), el Programa Nacional de Inmunización, consejerías de salud, el diagnóstico y tratamiento de enfermedades transmisibles y las infecciones de transmisión sexual, entre otras.

El nivel de atención primaria es la parte del sistema que se encuentra en contacto inmediato y permanente con la ciudadanía, proporcionando las atenciones y consejerías de salud preventiva, vacunaciones, alimentación complementaria para niños, embarazadas y adultos mayores, y siendo el responsable de la primera atención en salud para todos los problemas en salud, comprendiendo entre ellos aquellas afecciones crónicas más frecuentes en la población, o aquellas atenciones periódicas o de diagnóstico de los problemas de salud incluidos en el régimen GES, diabetes mellitus tipo 2, depresión de manejo ambulatorio, examen de medicina preventiva, entre otros.

1.2.4. Programa Chile Crece Contigo

La Ley N° 20.379 vino en crear un régimen de protección especial de la salud de la infancia, el que es parte integral del denominado Sistema Intersectorial de Protección Social. Esta política pública integral, que no se reduce únicamente al ámbito de la protección de la salud, comenzó como el denominado “Programa Chile Crece Contigo”, cuya misión correspondía a acompañar, proteger y apoyar integralmente a los niños, niñas y sus familias, mediante acciones y servicios de carácter universal, ofreciendo también apoyos especiales en aquellos casos de vulnerabilidad mayor. Debido a los buenos resultados de esta política pública, la legislación incorporó a este programa en el sistema de protección social que puso en marcha la ley. Desde la perspectiva del desarrollo infantil como un fenómeno multidimensional, se busca la articulación intersectorial entre diversos servicios públicos para atender los aspectos biológicos, físicos, psíquicos y sociales involucrados en

⁷⁴ AGUILERA, X., GONZÁLEZ, C. y COVARRUBIAS, T. (2019): “Instituciones y servicios de salud pública”, en GONZÁLEZ, Claudia, CASTILLO, Carla y MATUTE, Isabel (edits.). *Estructura y funcionamiento del sistema de salud chileno*. Serie Salud Poblacional N° 2. Santiago, Clínica Alemana – Universidad del Desarrollo. p. 172.

la protección de la infancia y sus familias. La finalidad primaria de este programa consiste en reducir la brecha social que se produce en las etapas temprana de desarrollo de niñas y niños, desde la gestación hasta los 6 años de edad. Mediante su ejecución, el programa acompaña a los niños y niñas que se atienden en el sector público de salud, desde el primer control prenatal hasta su ingreso al sistema escolar.

Más adelante, continúa prestando apoyo al desarrollo de niñas y niños, a través de un sistema de acompañamiento para su adecuado desarrollo hasta los 9 años de edad, en áreas relevantes tales como salud, educación, contexto familiar, condiciones de vivienda, barrio y comunidad, entre otros⁷⁵.

1.2.5. Programa Especial de Salud y Pueblos Indígenas

El año 2000, se implementa el Programa Especial de Salud y Pueblos Indígenas (PESPI), a través del sistema de atención primaria en salud, para cumplir con lo establecido en el artículo 7° de la Ley N° 20.584, que ordena a los prestadores institucionales públicos asegurar el derecho de las personas pertenecientes a los pueblos originarios a recibir atención de salud con pertinencia cultural. A lo largo del ejercicio de la implementación de este programa, se han creado centros interculturales, con facilitadores lingüísticos, capacitando personal en distintas regiones del país.

1.3. Medidas para asegurar la calidad de los prestadores de salud

Dentro del esfuerzo progresivo llevado adelante por el Estado chileno para mejorar su sistema nacional de salud, es necesario considerar una serie de modificaciones normativas que han permitido mejorar los estándares de calidad de los distintos prestadores de salud, tanto públicos como privados. Tal como se indicó anteriormente, el año 2000 comenzó un proceso a gestarse un proceso de reforma a la salud chilena, con el establecimiento de la Comisión de Estudios de la Reforma. El Presidente de la República de la época se comprometió a presentar un conjunto de cinco proyectos legislativos al Congreso Nacional. Éstos fueron enviados a discusión parlamentaria en el mes de mayo de 2002.

Dentro de los elementos del proceso global de reforma a la salud que se llevó adelante en esos años debe mencionarse la asignación de nuevas responsabilidades al MINSAL. Dentro de ese

⁷⁵ Para mayor información relativa al subsistema de protección integral de la infancia, Chile Crece Contigo, puede visitarse el sitio web: www.crececontigo.cl.

conjunto de nuevas responsabilidades, se le otorgó a éste, en su calidad de autoridad sanitaria, facultades para definir estándares de calidad para los prestadores de salud. En ese contexto, se estableció un sistema de acreditación de los prestadores institucionales de salud. Dicho régimen de acreditación exige que todo prestador de servicios de salud de la red AUGE-GES, sea público o privado, debe obtener certificaciones que acrediten que cumple con cierto estándar mínimo de calidad. El reglamento que contenía la norma técnica que definió esos estándares fue publicado en 2009. Esto dio inicio a una estrategia de implementación gradual de la política del proceso de acreditación, en la cual el MINSAL, en su calidad de órgano coordinador del sector salud en Chile, realizó las primeras formaciones de evaluadores. Así, fueron surgiendo poco a poco las primeras entidades acreditadoras, las cuales, para realizar su tarea, debían estar acreditadas por MINSAL.

El proceso de acreditación es un proceso periódico de evaluación (cada tres años), al cual se someten los prestadores institucionales autorizados para verificar el cumplimiento de un conjunto de estándares de calidad fijados y normados por el MINSAL. Éste considera diversos ámbitos: (1) Oportunidad y continuidad en la atención; (2) Gestión clínica; (3) Competencia del recurso humano; (4) Seguridad del equipamiento, entre otros. Se trata de aspectos de calidad medibles y que son evaluados por una entidad acreditadora autorizada y fiscalizada por la Superintendencia de Salud.

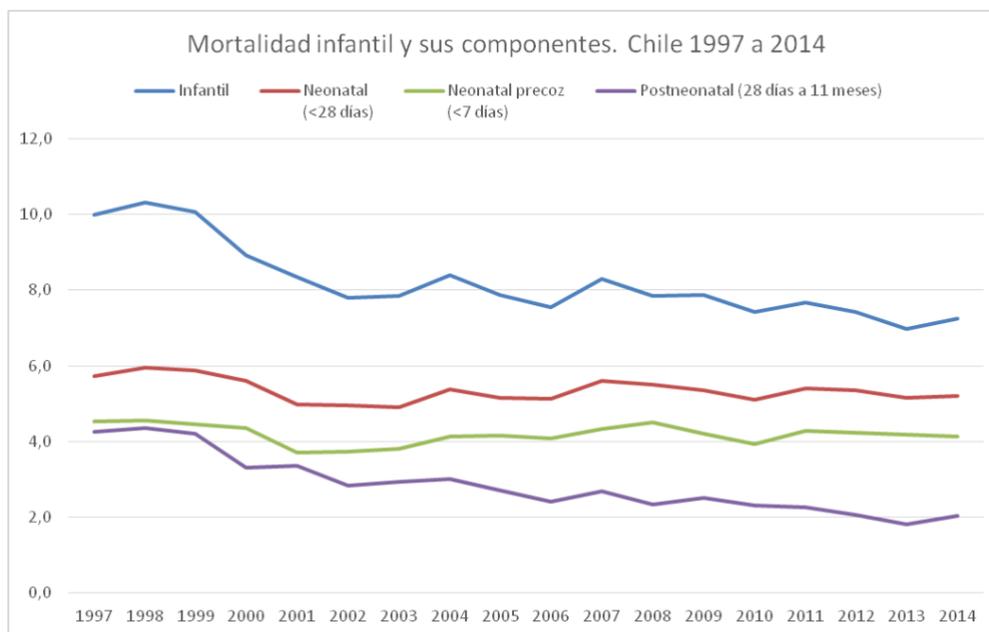
El proceso de acreditación y la regulación sanitaria ha permitido establecer estrategias relevantes en las políticas de salud de nuestro país, cuya implementación ha significado un cambio cultural en la calidad de los procesos asistenciales, con el fin último de garantizar el acceso, oportunidad, protección financiera y seguridad en la atención de salud.

1.4. Mortalidad infantil

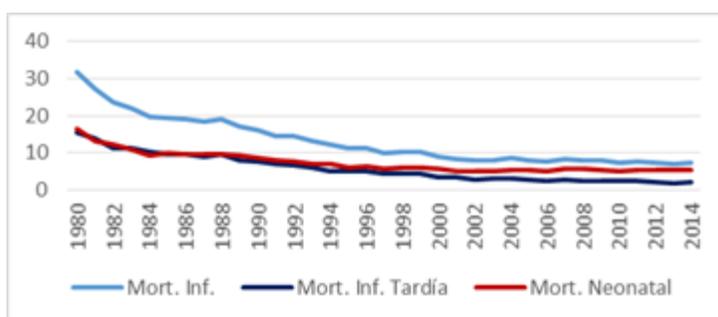
Los avances del sistema de salud en Chile, tanto en cobertura, como en calidad, han permitido disminuir dramáticamente la mortalidad infantil en el país, aumentando significativamente la esperanza de vida de las personas⁷⁶. En relación con ello, los índices de Chile⁷⁷ son demostrativos del esfuerzo nacional en la materia:

⁷⁶ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. 16° Período de Sesiones (1982). Observación General N° 6: Derecho a la vida (artículo 6), párr. 5.

⁷⁷ La fuente para la información estadística relativa a este apartado corresponde al sitio web del Ministerio de Salud del Estado de Chile. Disponible en: <http://www.bibliotecaminsal.cl/portal-de-estadisticas/>. Fecha de consulta: 10 de julio de 2020.



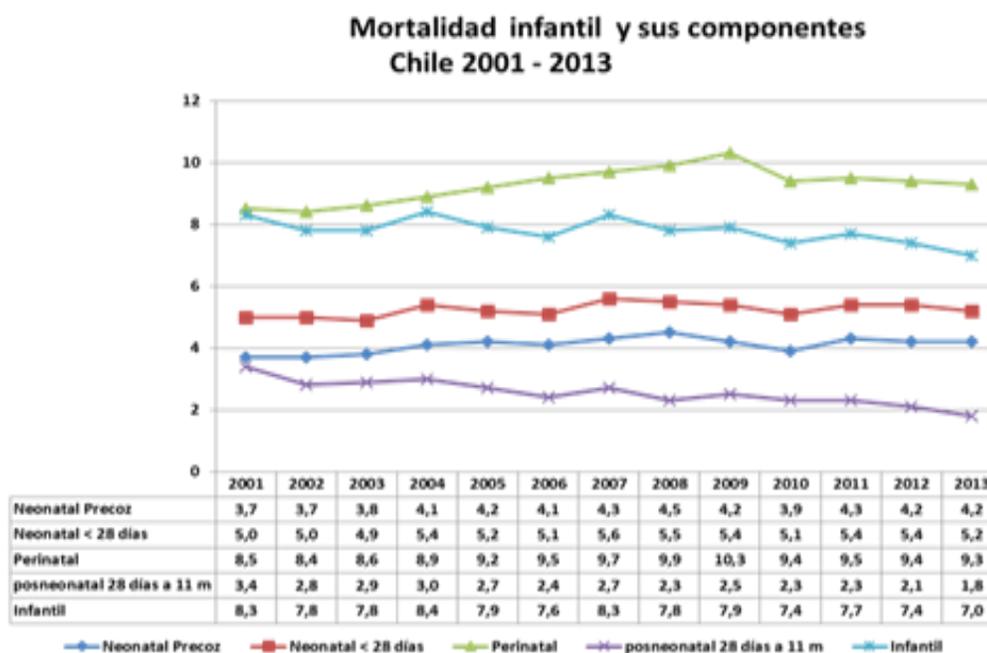
En el contexto de la implementación de programas y estrategias de atención infantil, Chile ha logrado grandes avances en la prevención y contención de los índices de mortalidad infantil. Las tasas muestran una disminución de las mismas de 30 por 1.000 recién nacidos vivos en 1980, a 7 por 1.000 recién nacidos vivos a 2016. Esta cifra iguala a la de países desarrollados, constituyendo la 2° tasa más baja en Latinoamérica, solo superada por Cuba⁷⁸.



Del total de mortalidad infantil, un 75% de éste corresponde al período neonatal (menos de 28 días) y un 80% de esa cifra corresponde a defunciones en los primeros 7 días de vida. Como

⁷⁸ Información disponible en: <https://apps.who.int/gho/data/node.main.ChildMortLevels?lang=en>

causales principales de las defunciones en los menores de un año, se encuentran las malformaciones congénitas y afecciones del período perinatal, fundamentalmente asociadas a la prematuridad.



Pese a que Chile tiene una tasa baja de prematuridad (aproximadamente un 1% de recién nacidos de menos de 32 semanas), es esperable que con un mayor acceso a tratamientos de infertilidad y embarazos tardíos, se observe un aumento de prematuridad asociada a embarazos múltiples y grupos de mujeres de alto riesgo.

Como avances en la disminución de la mortalidad neonatal se pueden destacar los siguientes: (1) Ampliación de red neonatal intensiva, con delimitación de polos de desarrollo en áreas clave; (2) Ventilación de alta frecuencia, manejo de óxido nítrico y cirugía neonatal de alta complejidad sumado al aumento de recursos para el cierre de brechas de equipamiento y recursos humanos en atención neonatal. También es relevante la incorporación progresiva como garantía en GES de los principales problemas de salud vinculados a prematuridad (prevención del parto prematuro, hipoacusia neurosensorial del prematuro, síndrome de distrés respiratorio y retinopatía del prematuro).

En relación con la mortalidad infantil tardía (niño mayor de un año), las principales causas son accidentes (que en el caso de los niños y adolescentes de 10 a 19 años constituyen cerca del

50%) y cáncer infantil. Al respecto, se destaca la reactivación de normativa respecto de auditorías de mortalidad infantil y análisis de casos prevenibles (que correspondería en general a otras causas), lo que incluye la revisión del 100% de casos de mortalidad de niños menores de un año a nivel nacional.

A estas estrategias se suma la garantía GES de tratamiento para patologías severas, como cánceres infantiles: (1) Linfoma; (2) Tumores sólidos y leucemia; (3) VIH-SIDA (que incorpora tratamiento de la transmisión vertical) y; (4) Fibrosis quística.

En las áreas de regulación normativa, existe una serie de documentos que se han elaborado en conjunto con mesas de expertos en los últimos años:

- a) Guía de atención perinatal (2015).
- b) Guías nacionales de atención neonatal (2016).
- c) Norma técnica para la supervisión de niños y niñas de 0 a 9 años en la atención de salud primaria, Programa Nacional de Salud de la Infancia (2016).
- d) Protocolos de atención y derivación en ortopedia, oftalmología y HTA infantil (2016).

En conclusión, el sistema de salud chileno evidencia importantes logros en la protección del derecho a la salud de niños no nacidos y nacidos. Esto es parte de un esfuerzo mancomunado de todos los actores del sistema, quienes han puesto en la centralidad del sistema el bienestar de niños, niñas y adolescentes.

1.5. Avances legislativos

En los últimos años, el Estado de Chile ha producido importantes avances legislativos en cuanto a la regulación de la salud en Chile, particular respecto a la atención en salud, consentimiento informado respecto a prestaciones de salud, responsabilidad sanitaria y fiscalización de los prestadores de acciones de salud, los que responden a un esfuerzo constante dirigido a satisfacer las necesidades de salud de las personas que habitan en el territorio nacional.

Mediante la Ley N° 19.937⁷⁹, publicada el 24 de febrero de 2004, se estableció una nueva concepción de la autoridad sanitaria, distintas modalidades gestión y se fortaleció la participación ciudadana. Además, se creó la Superintendencia de Salud, organismo al que le corresponde supervigilar y controlar a las instituciones de salud previsional, en los términos que señale la ley N° 18.933⁸⁰, y las demás disposiciones legales que sean aplicables. Asimismo, a la Superintendencia referida le corresponde velar por el cumplimiento de las obligaciones que les imponen la ley de régimen de garantías de salud, los contratos de salud, las leyes y los reglamentos que las rigen. Igualmente, concierne a la Superintendencia la fiscalización de todos los prestadores de salud públicos y privados, sean éstos personas naturales o jurídicas, respecto de su acreditación y certificación, así como la mantención del cumplimiento de los estándares establecidos en la acreditación. En este sentido, la Superintendencia se estructura orgánica y funcionalmente mediante dos Intendencias: la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud y la Intendencia de Prestadores de Salud. En particular, para la fiscalización de todos los prestadores de salud, públicos y privados, la Superintendencia ejerce sus funciones a través de la Intendencia de Prestadores de Salud.

Asimismo, y desde la entrada en vigencia de la Ley N° 19.966⁸¹, se establece un régimen de responsabilidad en materia sanitaria, de acuerdo con el cual los órganos de la administración del Estado son responsables de los daños que causen a los particulares por falta de servicio. Para hacer efectiva esta responsabilidad, el particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta. Asimismo, se establece que el ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los prestadores institucionales públicos que forman las redes asistenciales, o en contra de sus funcionarios, para obtener reparación de los daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, requiere que el interesado, previamente, haya sometido su reclamo a un procedimiento de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado. Este órgano podrá designar como mediador a uno de sus

⁷⁹ Ley N° 19.937 que modifica el D.L. N° 2.753 de 1979, con la finalidad de establecer una nueva concepción de la autoridad sanitaria, distintas modalidades de gestión y fortalecer la participación ciudadana. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=221629>

⁸⁰ Ley N° 18.933 que crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por Isapre y deroga el Decreto con Fuerza de Ley N° 3 de 1981, publicada el 9 de marzo de 1990. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30304>

⁸¹ Ley N° 19.966 que establece un régimen de garantías en salud, publicada el 3 de septiembre de 2004. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229834>

funcionarios, a uno de otra institución (en comisión de servicio), o a un profesional que reúna los requisitos establecidos en la ley. La mediación es un procedimiento no adversarial y tiene por objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial del conflicto. Sin embargo, esta mediación no impide al afectado el ejercicio de acciones ante los tribunales ordinarios si ésta se declara fallida.

Finalmente, la publicación de la Ley N° 20.584⁸² permitió regular los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, aplicable a todos los prestadores de acciones de salud, públicos y privados. Esta ley prescribe que toda persona tiene derecho a que las acciones de promoción, protección y recuperación de su salud y de su rehabilitación sean dadas oportunamente y sin discriminación arbitraria, en las formas y condiciones que determinan la Constitución Política de la República y las leyes. En relación con el cumplimiento de la ley, se indica que corresponderá a los prestadores públicos y privados dar cumplimiento a los derechos que ésta consagra a todos los pacientes. En el caso de los prestadores institucionales públicos, estos deberán, además, adoptar las medidas que sean necesarias para hacer efectiva la responsabilidad administrativa de los funcionarios, mediante los procedimientos administrativos o procesos de calificación correspondientes.

Del modo en que se ha señalado antes, el proceso de reformas y perfeccionamiento al sistema de salud del Estado de Chile, no sólo es gradual sino que, también continuo, lo cual es fundamental a la hora de evaluar el cumplimiento de la responsabilidad del Estado en relación con la obligación de protección, promoción y garantía del derecho a la salud. Destacar estas medidas es de toda relevancia para ser consideradas en el pronunciamiento que realice esta Honorable en el presente caso, en cuanto demuestra la efectiva voluntad estatal de garantizar progresivamente de tal derecho, por medio de medidas legislativas que aseguran una atención de salud de forma oportuna y sin discriminación a todas las personas que residen en el territorio nacional, de conformidad a los tratados internacionales que han sido ratificados por el Estado y se encuentran vigentes.

⁸² Ley N° 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, publicada el 24 de abril de 2012. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1039348>

Finalmente, en esta materia es de sustancial importancia, destacar que, actualmente, en el Congreso Nacional se discute el proyecto de ley de Reforma Integral a la Salud⁸³, que tiene como uno de sus objetivos principales el fortalecimiento de FONASA, así como cambios en el sistema de salud privado para eliminar discriminaciones y preexistencias, mejorar la protección y fomentar la competencia y el cambio entre un seguro de salud privado y otro. Con ello se busca mejorar la oportunidad de acceso, la calidad de la atención, la magnitud de la cobertura y la calidad de la protección financiera.

1.6. Presupuestos en Salud

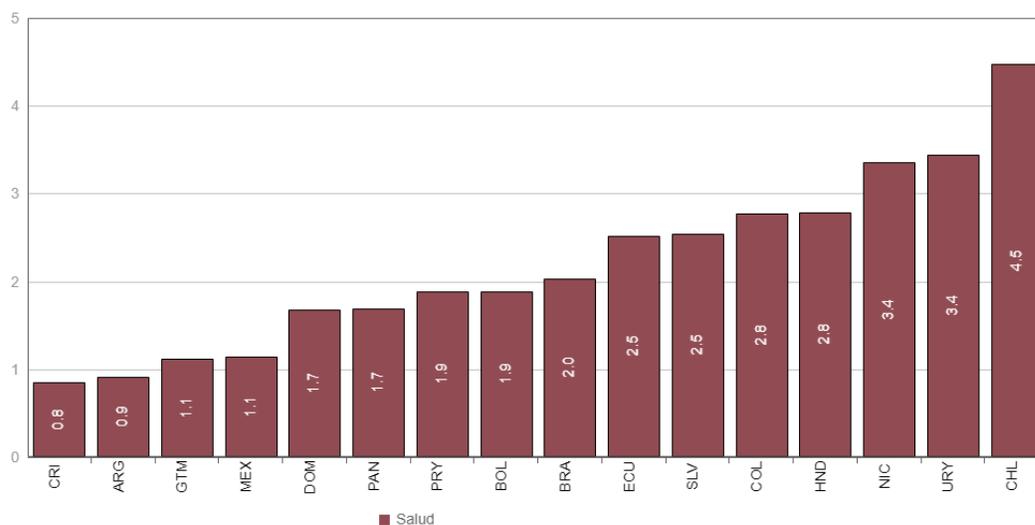
Los avances anteriormente descrito han significado un notable esfuerzo presupuestario por parte del Estado de Chile. En particular, garantizar a las personas la cobertura de un conjunto de 85 patologías, que resultan ser aquellas de mayor incidencia en la población, exige incrementar progresivamente los presupuestos anuales en materia de salud. Si bien Chile, en el contexto de los países que conforman la OCDE, se encuentra en la posición N° 23 en cuanto al gasto per cápita en salud (8.1%)⁸⁴, **es el país con mayor gasto público en el sector salud en Latinoamérica**. En efecto, de acuerdo con datos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal) del año 2018, los países donde más se invierte en salud con respecto al PIB son Chile con 4,5% y Colombia con 2,8%. Luego de estas naciones se encuentran Ecuador que gasta 2,5%, Perú con 2,4%, Brasil con 2% y México con 1,1%.⁸⁵

América Latina (17 países): gasto en salud del gobierno central, 2018 (En porcentajes del PIB)

⁸³ Boletín N° 12588-11, proyecto de ley que fortalece las facultades del Fondo Nacional de Salud. Mensaje Presidencial presentado durante en el mes de abril de 2019, el cual finalizó su primer trámite constitucional en enero de 2020.

⁸⁴

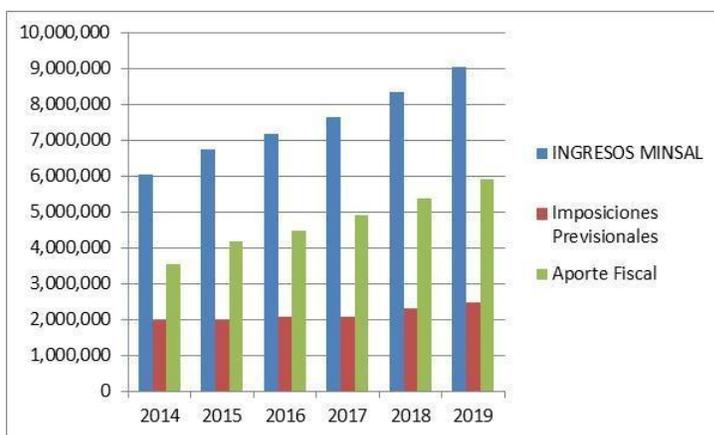
⁸⁵



Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de información oficial de los países. Los países que se incluyen son: Argentina, Bolivia (Estado Plurinacional de), Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay.

Si bien existen aun muchas deficiencias en el sistema de salud chileno, las cifras dan cuenta de la preocupación estatal por mejorar la calidad del mismo. En efecto, la parte del presupuesto público destinada a salud se ha ido progresivamente incrementando a lo largo de los años. Ello según gráfico que, a continuación, explica la progresión en el aumento del presupuesto en el sector salud, el que se encuentra asignado a la partida “MINSAL”:

Serie histórica de ingresos MINSAL (en \$ millones de 2019)



Independiente de la consideración acerca de la entidad del esfuerzo realizado por el país en la materia, es indiscutible que existe la clara voluntad del Estado de incrementar, dentro de los límites de la responsabilidad fiscal, los presupuestos del sector salud. Las cifras son claras al respecto.

1.8. Cumplimiento de las obligaciones estatales en relación con el artículo 2° de la Convención en relación con la protección de la vida, integridad y salud.

En relación con las exigencias que el artículo 26 de la Convención plantea a los Estados en materia de regulaciones sanitarias, la Honorable Corte ha señalado en *Vinicio Poblete Vilches y otros vs. Chile* (2018) que:

La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud, no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también a un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral. El Tribunal ha precisado que **la obligación general se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población** (el destacado es nuestro).⁸⁶

A partir de la referida conceptualización del derecho, la Honorable Corte ha indicado que surgen un conjunto de obligaciones para el Estado. Éstas son:

- a. La obligación de regular con carácter permanente la prestación de servicios (tanto públicos como privados) y la ejecución de programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de calidad⁸⁷;
- b. La obligación de garantizar prestaciones de salud que cumplan con estándares suficientes de calidad, accesibilidad, disponibilidad y aceptabilidad⁸⁸;
- c. La obligación de garantizar un trato igualitario a todas las personas que accedan a los servicios de salud⁸⁹; y

⁸⁶ P. 118.

⁸⁷ Par. 119.

⁸⁸ Par. 121.

⁸⁹ Par. 122.

- d. La obligación de contar con mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, tanto públicas como privadas⁹⁰.

A la luz de los antecedentes anteriormente mencionados, creemos que el diseño institucional del sistema de salud chileno cumple con el marco de estándares mínimos establecidos por la Honorable Corte en relación con el artículo 26 de la Convención.

1.8.1. Obligación de regular con carácter permanente la prestación de servicios (tanto públicos como privados) y la ejecución de programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de calidad

Como pudo apreciarse anteriormente, el Estado chileno cuenta con legislación específica que estructura, en términos precisos el diseño institucional del sistema de salud. Los cuerpos normativos más relevantes, en este sentido, son el Código Sanitario y el Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 2005, del Ministerio de Salud, cuerpo normativo que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N°2763, de 1979, y de las Leyes N°18.933 y N°18.469 (en adelante, DFL 1).

El artículo 2° del DFL 1 establece el diseño básico del sistema de salud en Chile:

Artículo 2°. Para los efectos de la presente ley, **integran el sector salud todas las personas, naturales o jurídicas, de derecho público o privado**, que realicen o contribuyan a la ejecución de las acciones mencionadas en el artículo 1°.

Las personas naturales o jurídicas, **públicas y privadas que laboren en salud** coordinadamente, dentro de los marcos fijados por el Ministerio de Salud para el cumplimiento de las normas y planes que éste apruebe, **constituyen el Sistema Nacional de Servicios de Salud, en adelante el Sistema.**” (el destacado es nuestro).

La regulación en cuestión establece una autoridad nacional en materia de salud: el MINSAL. A su vez, establece un conjunto de órganos que permiten implementar al sistema de salud en sus diferentes facetas. En efecto, la ley regula específicamente las dos Subsecretarías dependientes del MINSAL (Salud Pública y Redes Asistenciales). La Subsecretaría de Salud Pública tiene como misión la promoción de la salud, vigilancia, prevención y control de enfermedades; el control y la implementación de políticas sanitarias, alimenticias o de vacunación, entre otras. La Subsecretaría de Redes Asistenciales, tiene a su cargo las materias normativas relativas a la articulación y

⁹⁰ Par. 124.

desarrollo de la Red Asistencial del sistema, orientada a la atención integral de las personas y a la regulación de la prestación de acciones de salud.

Otros órganos del sistema son el Fondo Nacional de Salud (en adelante, FONASA), el Instituto de Salud Pública de Chile (ISP), la Central Nacional de Abastecimiento de los Servicios de Salud (CENABAST), la Superintendencia de Salud y sus Intendencias de Fondos y Seguros Previsionales de Salud y de Prestadores de Salud. Por tanto, la legislación chilena cumple con el estándar exigido por la Honorable Corte en el sentido que las bases fundamentales del sistema de salud se encuentren regulado a través de instrumentos de carácter permanentes y general.

1.8.2. Obligación de garantizar prestaciones de salud que cumplan con estándares suficientes de calidad, accesibilidad, disponibilidad y aceptabilidad

El Estado de Chile, a través de su sistema nacional de salud, ha progresivamente ido estableciendo un régimen de atenciones que busca garantizar calidad, accesibilidad, disponibilidad y aceptabilidad.

En cuanto la calidad de las prestaciones, el Estado, a partir de 2009, ha venido implementando un régimen de acreditación para prestadores de salud tanto privados como públicos que busquen ofrecer tratamiento a las patologías AUGE-GES. La acreditación es un proceso periódico de evaluación, al cual se someten los prestadores institucionales autorizados por la Autoridad Sanitaria —hospitales, clínicas, centros ambulatorios y laboratorios—, para verificar el cumplimiento de un conjunto de estándares de calidad fijados y normados por el Ministerio de Salud. Dicho proceso de evaluación es ejecutado por Entidades Acreditadoras que son sometidas a un proceso de autorización por la Superintendencia de Salud, para posteriormente ser inscritas en el Registro Público de Entidades Acreditadoras, disponible en esta página web de la Superintendencia. La acreditación de prestadores institucionales es voluntaria, sin embargo, cuando entre en vigencia la Garantía Explícita de Calidad de las prestaciones garantizadas por el AUGE-GES, el prestador que quiera otorgar estas prestaciones deberá estar obligatoriamente acreditado para entregar esa prestación garantizada. El proceso de acreditación se encuentra íntegramente regulado a partir de un conjunto de normas que se encuentran disponibles para su conocimiento en la página web de la Superintendencia de Salud.

En cuanto accesibilidad, el sistema de salud chileno, en especial a partir de 2005, se configura de una forma tal que el mismo ha permitido incorporar, de forma progresiva, a los

distintos sectores de la población, particularmente a aquellas personas pertenecientes a grupos más vulnerables. En este sentido, el AUGE-GES ha ido permitiendo, de forma progresiva, que todas las personas puedan ir accediendo a recibir prestaciones para tratar las patologías incluidas por el programa cuyo financiamiento se encuentra asegurado. Esto ha permitido que las personas accedan al referido tratamiento con independencia de su situación económica y de su tipo de previsión (pública o privada). En el contexto de progresividad que caracteriza al AUGE-GES la idea es que, con el transcurrir del tiempo y la disponibilidad de recursos, el número de enfermedades que forman parte del programa se amplíe a otras patologías, en principio, no incorporadas.

Como se ha señalado con anterioridad, Chile es uno de los países con una tasa de mortalidad materno infantil más baja de Latinoamérica, asimismo, los indicadores de cobertura, utilización y barreras de acceso a la salud, ofrecidos por la Organización Panamericana de la Salud (OPS) exponen al sistema de salud de Chile como uno correspondiente a un país en vías de desarrollo, con continuos avances, a pesar de los desafíos que aún queda por superar. Es así como, “entre el 2014 y el 2015, los niveles de cobertura poblacional por esquemas de financiamiento de la salud fueron altos en todos los países estudiados: de alrededor de 98% en Chile y Uruguay, 95% en Colombia, 90% en Estados Unidos, 80% en México y 73% en Perú”⁹¹.

Si bien para el período del 2011 al 2015 se reportan niveles muy variados en la utilización de los servicios de atención de salud preventiva en Chile, correspondiente a un 24,3%⁹², las políticas en desarrollo en el país, durante el último período y en la actualidad, tienen por objeto atender a aquellas dificultades, estimulando la participación de la Atención Primaria de Salud en la educación de la población, incorporando hábitos saludables y rutinas de exámenes preventivos que se encuentran garantizados para los beneficiarios tanto del sector público como el sector privado de salud. De esta manera, el sitio web de la OPS, destaca que “en Estados Unidos, Colombia, México y

⁹¹ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2015): *La búsqueda de la Salud Universal: Resumen de los indicadores sobre el desempeño de los sistemas de salud*. Disponible en https://www.paho.org/salud-en-las-americas-2017/?post_type=post_t es&p=318&lang=es. Fecha de consulta: 11 de julio de 2020.

⁹² ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2015): *La búsqueda de la Salud Universal: Resumen de los indicadores sobre el desempeño de los sistemas de salud*. Disponible en https://www.paho.org/salud-en-las-americas-2017/?post_type=post_t es&p=318&lang=es. Fecha de consulta: 11 de julio de 2020.

Perú, la utilización de los servicios preventivos fue más alta en los hogares más ricos, mientras que, en Chile, esta relación fue opuesta en el período 2013-2015⁹³.

En cuanto a las barreras de acceso a los servicios de salud, tan sólo un 6,8% notificó la existencia de las mismas durante los años 2014 a 2015, en contraste con un 66% en Perú, seguido de 36,9% en los Estados Unidos, 28,8% en Colombia, 20% en México⁹⁴. Estas estadísticas requieren de un trabajo continuado en el tiempo, por lo que no es posible imaginar que un contexto de tan precario como el expuesto por la peticionaria, el cual se argumenta como causa mediata de la responsabilidad internacional del Estado, respecto a sus obligaciones internacionales en materia de salud, sea capaz de ofrecer estos resultados a la comunidad internacional.

En lo relacionado a la disponibilidad, existen dos estándares que satisfacer. Primero, que el sistema de salud cuenta con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas integrales de salud. Segundo, debe existir una adecuada coordinación entre los establecimientos del sistema de forma tal de cubrir de forma integrada las necesidades básicas de la población. Si bien existe un déficit de infraestructura que aun afecta al sector salud en Chile, progresivamente se han ido adoptando medidas que permitan corregir, de acuerdo con la disponibilidad de recursos, esta situación. Por ejemplo, se aprobó un Plan Nacional de Inversiones en Salud 2018-2026. El mismo permitirá que, al año 2026, el sistema nacional de salud disponga de 57 nuevos hospitales terminados, que en su conjunto aportarán aproximadamente 12.400 camas a la red pública de salud, de las cuales 4.000 no existían en la Red de Salud Nacional, a marzo del 2018. En relación a la cuestión regulatoria, nuevamente corresponde señalar que el sistema de salud en Chile es uno, aun cuando las prestaciones sean otorgadas por entidades públicas y privadas. Esa unidad viene dada porque el mismo se encuentra sujeto a la rectoría de un mismo órgano: el MINSAL. En cuanto autoridad sanitaria, el MINSAL es el órgano encargado de coordinar la acción de todos los actores del sistema, sean estos dependientes del Estado, o de privados.

⁹³ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2015): *La búsqueda de la Salud Universal: Resumen de los indicadores sobre el desempeño de los sistemas de salud*. Disponible en https://www.paho.org/salud-en-las-americas-2017/?post_type=post_t_es&p=318&lang=es. Fecha de consulta: 11 de julio de 2020.

⁹⁴ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2015): *La búsqueda de la Salud Universal: Resumen de los indicadores sobre el desempeño de los sistemas de salud*. Disponible en https://www.paho.org/salud-en-las-americas-2017/?post_type=post_t_es&p=318&lang=es. Fecha de consulta: 11 de julio de 2020.

Finalmente, y en cuanto la aceptabilidad, el sistema nacional de salud obliga a los prestadores a otorgar la atención a los pacientes de una forma comprensible. En efecto el artículo 5° letra a) de la Ley N° 20.584 señala que todo prestador tiene la obligación de “velar porque se utilice un lenguaje adecuado e inteligible durante la atención; cuidar que las personas que adolezcan de alguna discapacidad, no tengan dominio del idioma castellano o sólo lo tengan en forma parcial, puedan recibir la información necesaria y comprensible, por intermedio de un funcionario del establecimiento, si existiere, o con apoyo de un tercero que sea designado por la persona atendida”.

Un segundo factor de aceptabilidad considerado por la Honorable Corte se encuentra relacionado con la salvaguarda de los aspectos éticos de la praxis médica por parte de los prestadores. La misma Ley N° 20.584 estableció, entre sus distintas regulaciones, la existencia de Comités de Ética Asistencia. De acuerdo con el artículo 17 de la Ley:

En el caso de que el profesional tratante tenga dudas acerca de la competencia de la persona, o estime que la decisión manifestada por ésta o sus representantes legales la expone a graves daños a su salud o a riesgo de morir, que serían evitables prudencialmente siguiendo los tratamientos indicados, deberá solicitar la opinión del comité de ética del establecimiento o, en caso de no poseer uno, al que según el reglamento dispuesto en el artículo 20 le corresponda.

Asimismo, si la insistencia en la indicación de los tratamientos o la limitación del esfuerzo terapéutico son rechazadas por la persona o por sus representantes legales, se podrá solicitar la opinión de dicho comité.

En ambos casos, el pronunciamiento del comité tendrá sólo el carácter de recomendación y sus integrantes no tendrán responsabilidad civil o penal respecto de lo que ocurra en definitiva. En el caso de que la consulta diga relación con la atención a menores de edad, el comité deberá tener en cuenta especialmente el interés superior de estos últimos.

A su vez el Decreto Supremo N° 62 del Ministerio de Salud, publicado el 8 de julio de 2013, reglamenta la creación de dichos Comités de Ética Asistenciales al interior de los establecimientos de salud tanto públicos como privados.

Otro factor que la Honorable Corte ha considerado para apreciar la aceptabilidad del sistema de salud dice relación con la pertinencia cultural con la cual sus usuarios son atendidos. En este sentido, valga mencionar que el MINSAL publicó en 2018 un conjunto de orientaciones técnicas

destinadas a avanzar en sistemas de información inclusivos y respetuosos de las diversidades, garantizando que las personas se sientan consideradas en sus identidades particulares.⁹⁵ Los objetivos de las referidas orientaciones son: (1) Proporcionar a los funcionarios y trabajadores de la salud que se desempeñan en los establecimientos y organismos de salud del territorio nacional, indicaciones generales y herramientas operacionales específicas para la realización adecuada de la pregunta y un registro pertinente de la variable que recoge la pertenencia a pueblos indígenas de acuerdo al contenido de la actualización de la Norma Técnica N° 820 sobre Estándares de Información de Salud, aprobada en Decreto Exento N° 643 de diciembre de 2016; (2) Entregar información pormenorizada sobre pueblos indígenas, respecto a quienes son, en que regiones se localizan, que situación socioeconómica los caracteriza, entre otros datos, que ayudaran a los funcionarios de salud a comprender la necesidad urgente de contar con información diferenciada.

En este marco, las Orientaciones Técnicas buscan también fortalecer los sistemas estadísticos de salud para la producción de información confiable, pertinente, comparable e integrada, con especial énfasis en aquellos datos referidos a la pertenencia a pueblos indígenas que permitan el diseño de políticas públicas coherentes con las condiciones sociosanitarias y socioculturales de esta población, todo ello considerando los datos del último CENSO 2017, que dan cuenta de aumento significativo de personas que se reconocen pertenecientes a pueblos indígenas, triplicando (de 4,6% a 12,8%) las cifras en relación al CENSO del 2002.

Un último factor que la Honorable Corte considera en relación con la aceptabilidad del sistema de salud es el reconocimiento del derecho de consentimiento informado de los pacientes. En este sentido, cabe señalar que el 24 de abril de 2012 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.584 que regula los derechos y deberes de los pacientes. Esta ley regula el consentimiento informado del paciente, proporcionándole autonomía para decidir a qué procedimientos médicos pueda someterse. La ley regula también el derecho a obtener la información necesaria para poder prestar el consentimiento. El artículo 14 de la ley señala en este respecto que “Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 16”.

95

https://repositoriodeis.minsal.cl/Publicaciones/2018/Noticias/2018.08.28_OT%20PERTINENCIA%20CULTURAL_web.pdf

La ley agrega que el consentimiento debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada. Para que sea efectivo, la ley exige que el profesional proporcione al paciente información oportuna, adecuada, suficiente y comprensible. Esta información debe abarcar su estado de salud, el posible diagnóstico de su enfermedad, alternativas de tratamiento disponibles y los riesgos que puedan representar, el pronóstico esperado y el proceso del postoperatorio previsible. Si no fuere posible entregar esta información al paciente, debe ser facilitada a su representante legal o a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre³.

En cuanto a las formalidades, el consentimiento se presta de manera verbal. Sin embargo, debe constar por escrito en la ficha clínica en los siguientes casos: intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, en casos de procedimientos que impliquen un riesgo relevante y conocido para la salud del individuo⁴. Junto con ello, la ley presume que el paciente ha recibido la información pertinente cuando su firma conste en el documento que explique el procedimiento a que va a someterse.

Ahora bien, la ley contempla tres hipótesis en las cuales se puede ejecutar procedimientos sin contar con la voluntad del paciente o su apoderado: (a) Cuando la falta de intervención implique un riesgo para la salud pública; (b) Cuando la intervención médica inmediata sea necesaria para prevenir riesgo vital o secuela funcional grave y el paciente no pueda manifestar su voluntad por su condición de salud; y (c) Cuando el paciente esté incapacitado para consentir. Finalmente, El artículo 14 establece tres limitaciones a la voluntad del paciente: “En ningún caso el rechazo a tratamientos podrá tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio”.

Como es posible apreciar los criterios básicos que configuran la aceptabilidad del sistema, de acuerdo con los criterios establecidos por la Honorable Corte, se encuentran perfectamente regulados en la normativa nacional.

1.8.3. Obligación de garantizar un trato igualitario a todas las personas que accedan a los servicios de salud

Ley N° 20.584 establece un conjunto de obligaciones cuyo cumplimiento resulta forzoso para todos los prestadores de salud, sean estos públicos o privados. Una de esas obligaciones es, precisamente, a todas las personas, “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”, según señala el artículo 2° de la ley. Asimismo, el inciso segundo del mismo artículo 2° agrega que “La atención que se proporcione a las personas con discapacidad física o mental y a aquellas que se encuentren privadas de libertad, deberá regirse por las normas que dicte el Ministerio de Salud, para asegurar que aquella sea oportuna y de **igual calidad**”.

Otro aspecto que promueve la igualdad al interior del sistema tiene que ver con el término de cualquier tipo de discriminación que hubiese podido existir entre hombres y mujeres en relación con el financiamiento de las prestaciones de salud a las que puedan acceder. En efecto, el Ministro de Salud anunció el 11 de diciembre de 2019 la creación de una tabla única de factores para determinar los costos de los valores de los planes de las Isapres. Esta medida apunta a que las **mujeres paguen por su plan de salud lo mismo que los hombres**, dando término a desigualdades y a la discriminación por género en el sistema.

Cuestiones como las señaladas dan cuenta, pues, de que el sistema de salud chileno promueve, a través de sus regulaciones, la igualdad en el trato a todos sus beneficiarios.

1.8.4. Obligación de contar con mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, tanto públicas como privadas.

El último factor considerado por la Honorable Corte para analizar si el sistema de salud de un Estado cumple con los estándares mínimos de derechos humanos en cuanto sus regulaciones se encuentra asociado a la disponibilidad de mecanismos de supervisión estatal respecto de los prestadores tanto públicos como privados de salud.

Dice la peticionaria: “por **el contexto de falta de regulación adecuada y suficiente que estableciera límites procesales y sustantivos** a esta toma de decisiones fundamentales para la salud de las personas que optaron por el sistema privado de salud. De esta manera, resulta claro que existía un problema de regulación que favoreció la decisión arbitraria y regresiva de la ISAPRE Más Vida”, y continúa más adelante: “de la información de público conocimiento, resulta que **los mecanismos generales de supervisión y fiscalización** de las ISAPRES no son permanentes ni es

posible establecer la manera en que podrían haber incidido, preventivamente, en una situación como la Martina”⁹⁶.

A la luz de la legislación nacional, lo manifestado por la peticionaria es incorrecto. En efecto, el ordenamiento chileno configura una serie de mecanismos que, de forma *ex ante* y *ex post*, permiten garantizar que prestadores tanto públicos como privados respeten los derechos que el sistema de salud reconoce a sus beneficiarios en distintos cuerpos legales.

En primera lugar, la responsabilidad de establecer estándares de prestación y supervisar su cumplimiento en el MINSAL, en su papel de organismo rector del sistema de salud. En efecto, el MINSAL establece protocolos para la atención en salud, velando por la efectiva coordinación de las redes asistenciales, a través del establecimiento de estándares mínimos que deben cumplirse por los prestadores de salud, dirigiendo y fijando los requisitos para el sistema de acreditación de los prestadores institucionales, supervisando el sistema de certificación de especialidades y subespecialidades para prestadores individuales, entre otros. Como ya se ha mencionado, son todas medidas que tendientes a establecer estándares mínimos de calidad del servicio que se va a entregar, establecidos como requisitos o barreras de entrada sin las cuales no se pueden desarrollar las funciones dentro del sector salud en general, sea público o privado.

Otro organismo que ya se ha mencionado más arriba, el cual ejerce funciones de vigilancia y fiscalización es el **Instituto de Salud Pública**, el cual corresponde a un laboratorio nacional de referencia, que en su calidad de autoridad sanitaria, tiene por función supervisar a los laboratorios públicos y todo lo relacionado con la autorización, control de calidad e importación de medicamentos, cosméticos y dispositivo de uso médico, salud ambiental, salud ocupacional, y producción y control de calidad de vacunas, entre otros. Como servicio público, ejerce una gestión autónoma, y posee personalidad jurídica y patrimonio propio, siendo dependiente del Ministerio de Salud para efectos de aprobación de políticas, normas, planes generales de actividades y supervisión de su ejecución⁹⁷.

⁹⁶ FERNÁNDEZ, K. y otros (2020): *Caso Vera Rojas y familia vs. Chile*. Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de la parte peticionaria. pp. 82 y 83.

⁹⁷ CASTILLO, C., GONZÁLEZ, C. y MATUTE, I. (2019): “El sistema de salud chileno: estructura general y financiamiento”, en GONZÁLEZ, Claudia, CASTILLO, Carla y MATUTE, Isabel (edits.). *Estructura y funcionamiento del sistema de salud chileno*. Serie Salud Poblacional N° 2. Santiago, Clínica Alemana – Universidad del Desarrollo. p. 41.

Asimismo, en los tres niveles temporales de acción de los mecanismos de aseguramiento de la calidad y la accesibilidad, se encuentran las **Secretarías Regionales Ministeriales** que representan al Ministerio de Salud en cada una de las 16 regiones del país, velan por el cumplimiento de las normas, planes y programas nacionales, así como por su adecuación a la realidad regional. Tienen a su cargo la fiscalización de las disposiciones contenidas en el Código Sanitario y demás leyes y reglamentos, teniendo atribuciones de vigilancia, inspección y aplicación de sanciones sanitarias⁹⁸.

Sin embargo, el órgano por excelencia llamado a supervisar la acción de prestadores públicos y privados es la Superintendencia de Salud. La Superintendencia de Salud es un organismo público autónomo, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, continuador legal de la Superintendencia de ISAPRES, que inició sus operaciones el 1° de enero de 2005, conforme lo estableció la Ley N°19.937. Dicho cuerpo legal, como se mencionó, sienta las bases de una nueva institucionalidad en el sistema de salud chileno. La Superintendencia de Salud representa un papel crítico al interior del sistema. En efecto, en el contexto de un sistema que asegura a las personas una serie de derechos en torno a prestaciones garantizadas de salud, por una parte, y que reconoce expresamente un conjunto de derechos a los pacientes, por otra, se requiere una institución que fiscalice el cumplimiento de las obligaciones legales derivadas de esos derechos. En este sentido, corresponde a la Superintendencia fiscalizar las actuaciones tanto de FONASA como de las Isapres, así como de todos los prestadores de salud.

En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley N° 19.037:

Corresponderá a la Superintendencia **supervigilar y controlar a las instituciones de salud previsional**, en los términos que señale esta ley, la ley N° 18.933 y las demás disposiciones legales que sean aplicables, y velar por el cumplimiento de las obligaciones que les imponga la ley como Régimen de Garantías en Salud, los contratos de salud, las leyes y los reglamentos que las rigen.

Asimismo, la Superintendencia de Salud **supervigilará y controlará al Fondo Nacional de Salud** en todas aquellas materias que digan estricta relación con los derechos que tienen los

⁹⁸ CASTILLO, C., GONZÁLEZ, C. y MATUTE, I. (2019): “El sistema de salud chileno: estructura general y financiamiento”, en GONZÁLEZ, Claudia, CASTILLO, Carla y MATUTE, Isabel (edits.). *Estructura y funcionamiento del sistema de salud chileno*. Serie Salud Poblacional N° 2. Santiago, Clínica Alemana – Universidad del Desarrollo. p. 41.

beneficiarios de la ley N° 18.469 en las modalidades de atención institucional, de libre elección, y lo que la ley establezca como Régimen de Garantías en Salud.

Igualmente, concernirá a la **Superintendencia la fiscalización de todos los prestadores de salud públicos y privados**, sean éstos personas naturales o jurídicas, respecto de su acreditación y certificación, así como la mantención del cumplimiento de los estándares establecidos en la acreditación”.

La misión de la Superintendencia se ha definido como aquella que persigue proteger, promover, y velar por el cumplimiento igualitario de los derechos de las personas en salud, con relación a FONASA, ISAPRES y prestadores.

En principio, corresponde a la Superintendencia de Salud fiscalizar que FONASA, las Isapres, y los prestadores específicos de salud —consultorios, hospitales, clínicas—, respeten los derechos que la Ley N° 19.966 y la Ley N° 20.548 establecen en favor de las personas. Dichos derechos dicen relación con el financiamiento y otorgamiento de las prestaciones específicas de salud a las personas a las cuales se diagnostica una patología AUGÉ-GES. En efecto, El Régimen General de Garantías que creó la Ley N° 19.966 estableció una serie de garantías explícitas en salud relativas a acceso, calidad, protección financiera y oportunidad con que deben ser otorgadas las prestaciones asociadas a un conjunto priorizado de programas, enfermedades o condiciones de salud que define la autoridad sanitaria. En cuanto derecho, tanto FONASA como las Isapres tienen la obligación legal de asegurar dichas garantías a sus respectivos beneficiarios. En este sentido, el artículo 2° de la Ley N° 19.966 es claro: “Las Garantías Explícitas en Salud serán constitutivas de derechos para los beneficiarios y su cumplimiento podrá ser exigido por éstos ante el Fondo Nacional de Salud o las Instituciones de Salud Previsional, la Superintendencia de Salud y las demás instancias que correspondan”. Pues bien, corresponde a la Superintendencia de Salud fiscalizar que, efectivamente, tanto FONASA como las Isapres, y los distintos prestadores de salud, respeten las garantías explícitas de salud contempladas en la Ley N° 19.966.

Para ejercer sus facultades en cuanto la supervisión del respeto, por parte de los prestadores, del conjunto de garantías explícitas en salud, la Superintendencia tiene atribuciones para:

- (i) Interpretar administrativamente las leyes, reglamentos y demás normas que rigen el otorgamiento del Régimen;
- (ii) impartir instrucciones de general aplicación y dictar órdenes para su aplicación y cumplimiento;
- (iii) Fiscalizar los aspectos jurídicos y

financieros, para el debido cumplimiento de las obligaciones que establece el Régimen; (iv) Velar por el cumplimiento de las leyes y reglamentos que los rigen y de las instrucciones que la Superintendencia emita, sin perjuicio de las facultades que pudieren corresponder a otros organismos fiscalizadores; (v) Dictar las instrucciones de carácter general que permitan la mayor claridad en las estipulaciones de los contratos de salud y los convenios que se suscriban entre los prestadores y las instituciones de salud previsual y el Fondo Nacional de Salud, con el objeto de facilitar su correcta interpretación y fiscalizar su cumplimiento, correspondiéndole especialmente velar por que éstos se ajusten a las obligaciones que establece el Régimen; (vi) Difundir periódicamente información que permita a los cotizantes y beneficiarios de las instituciones de salud previsual y del Fondo Nacional de Salud una mejor comprensión de los beneficios y obligaciones que impone el referido Régimen de Garantías e informar periódicamente sobre las normas e instrucciones dictadas e interpretaciones formuladas por la Superintendencia respecto del Régimen de Garantías en Salud; (vii) Requerir de los prestadores, sean públicos o privados, las fichas clínicas u otros antecedentes médicos que sean necesarios para resolver los reclamos de carácter médico presentados ante la Superintendencia por los afiliados o beneficiarios de las instituciones fiscalizadas⁹⁹; (viii) Requerir de los prestadores, tanto públicos como privados, la información que acredite el cumplimiento del Régimen sobre acceso, oportunidad y calidad de las prestaciones y beneficios de salud que se otorguen a los beneficiarios; (ix) Recibir, derivar o absolver, en su caso, las consultas y, en general, las presentaciones que formulen los cotizantes y beneficiarios de las instituciones de salud previsual y del Fondo Nacional de Salud; (x) Imponer las sanciones que correspondan de conformidad a la ley, entre otras.

Entre esas atribuciones existe una que resultó de crítica importancia para que los padres de Martina pudiesen resolver la situación de su hija. De acuerdo con el artículo 6° N° 12 de la ley, la Superintendencia tiene atribuciones para “Dictar resoluciones de carácter obligatorio que permitan suspender transitoriamente los efectos de actos que afecten los beneficios a que tienen derecho los cotizantes y beneficiarios, en relación con el Régimen de Garantías en Salud y los contratos de salud”.

⁹⁹ La Superintendencia deberá adoptar las medidas que sean necesarias para mantener la confidencialidad de la ficha clínica;

A su vez, corresponde también a la Superintendencia de Salud fiscalizar el cumplimiento, por parte de los prestadores de salud, de los derechos que la Ley N° 20.584 establece en favor de los pacientes. Tal como se señaló anteriormente, esta ley contiene un catálogo de derechos específicos que la ley reconoce a todo paciente, sea que éste sea atendida con prestadores públicos o privados. Cualquiera sea el lugar de su atención, todo paciente cuenta con un conjunto de garantías cuyo cumplimiento es susceptible de ser fiscalizado por la Superintendencia de Salud. Tal como establece el artículo 37 de la Ley N° 20.584, cuando un paciente estime que sus derechos en cuanto tal no han sido respetados por algún prestador de salud, éste podrá reclamar el cumplimiento de los derechos que esta ley le confiere ante el prestador institucional, el que deberá contar con personal especialmente habilitado para este efecto y con un sistema de registro y respuesta escrita de los reclamos planteados. El prestador deberá adoptar las medidas que procedan para la acertada solución de las irregularidades detectadas. Sin embargo, si el afectado concluyera que la decisión del prestador institucional es insatisfactoria, entonces tendrá el derecho de concurrir ante la Superintendencia de Salud.

En cuanto a los prestadores de salud públicos y privados, sean éstos personas naturales o jurídicas, la Superintendencia debe fiscalizarlos respecto de su acreditación y certificación, así como la mantención del cumplimiento de los estándares de calidad establecidos en la acreditación. La Intendencia de Prestadores de la Superintendencia es el órgano que ejerce las funciones de fiscalización a todos los prestadores de salud, públicos o privados, personas naturales o jurídicas, en cuanto a la acreditación, certificación, así como la mantención de los estándares establecidos en la acreditación.

Otra atribución relevante de la Superintendencia corresponde a la **facultad para resolver las controversias que surjan entre estas entidades y sus cotizantes o beneficiarios**. En efecto, de acuerdo con el artículo 8° de la ley:

La Superintendencia, a través del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, quien actuará en calidad de árbitro arbitrador, **resolverá las controversias que surjan entre las instituciones de salud previsional o el Fondo Nacional de Salud y sus cotizantes o beneficiarios, siempre que queden dentro de la esfera de supervigilancia y control que le compete a la Superintendencia**, y sin perjuicio de que el afiliado pueda optar por recurrir a la instancia a la que se refiere el artículo 11 o a la justicia ordinaria.

Como es posible apreciar, la ley constituye al Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud como tribunal arbitral, con facultades propias de un árbitro arbitrador, para efectos de resolver controversias entre beneficiarios del sistema y FONASA o las Isapres.

El carácter jurisdiccional del tribunal arbitral de la Superintendencia ha sido reconocido de forma uniforme y sostenida en el tiempo. Por tanto, cuando el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud conoce de una demanda interpuesta por un beneficiario de FONASA o Isapre lo hace como un órgano judicial, y no como un órgano administrativo. En este sentido, el tribunal arbitral de la Superintendencia representa un tribunal especial de la República, en cuanto no se encuentra sujeto a la superintendencia correctiva, disciplinaria y administrativa de la Corte Suprema.

El carácter jurisdiccional del tribunal arbitral ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia al conocer de diversos recursos de protección que han sido interpuesto en contra de los fallos de segunda instancia del Superintendente.¹⁰⁰ De igual forma, el Tribunal Constitucional, en su práctica, ha reconocido también el carácter jurisdiccional de las atribuciones que ejerce el juez árbitro de la Superintendencia. Conforme al artículo 93 N° 6 de la Constitución, el Tribunal tiene atribuciones para “Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un **tribunal ordinario o especial**, resulte contraria a la Constitución”. En este sentido cabe señalar que el Tribunal Constitucional ha declarado permanentemente la admisibilidad de recursos de inaplicabilidad presentados en el contexto de juicios llevados adelante ante el tribunal arbitral de la Superintendencia. Ello porque el Tribunal Constitucional considera que se encuentra frente a una gestión que se sigue, precisamente, ante un tribunal especial de la República.¹⁰¹

Una segunda cuestión relevante para el análisis es el carácter con el cual el tribunal arbitral conoce las demandas presentadas por los usuarios de FONASA o de alguna Isapre. De acuerdo con el artículo 8° de la ley, el Intendente de de Fondos y Seguros Previsionales de Salud actuará, durante el procedimiento, con las atribuciones propias de un árbitro arbitrador. En conformidad a lo dispuesto en el artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales, el árbitro arbitrador “fallará obedeciendo a lo que su prudencia y equidad le dictaren”. Esto es sumamente

¹⁰⁰ Véase, I. Corte de Apelaciones de Santiago (2016). *ISAPRE CRUZ BLANCA S.A con SUPERINTENDENCIA DE SALUD*. Recurso de protección. Sentencia de 23 de febrero de 2016. Rol N° 2.014-2015.

¹⁰¹ Véase, por ejemplo: Tribunal Constitucional. Rol N° Rol 1765-10-INA, 27 de enero de 2011.

relevante. El carácter arbitrador del juez árbitro le permite efectuar consideraciones que escapan a la pura legalidad vigente. En efecto, el arbitrador puede ponderar factores ajenos a la legalidad para resolver, incluso, en contra de lo que ésta dispone. Desde una perspectiva de derechos humanos este punto es clave. Las exigencias de la equidad, consideradas en contraposición a la mera legalidad, permiten al arbitrador abrir su razonamiento a las exigencias de los derechos y, en particular, a aquellas exigencias derivadas del derecho a la salud.

Las decisiones del juez árbitro de la Superintendencia están determinadas por la prudencia, la sensatez y la disposición de dar a cada cual lo que merece, emanando su convicción de los antecedentes allegados al proceso, valoradas en forma prudente y equitativa, lo que significa que, incluso, puede fallar en contra de una norma legal o desestimar cualquier regla de apreciación que, en otros casos, pudiera haber considerado válida.

Ahora bien, uno de los elementos que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales considera como parte integral del derecho a la salud es la accesibilidad que debe garantizar todo sistema. En este contexto, el Comité ha resaltado las exigencias que la equidad demanda a todo sistema de salud. La equidad, en el contexto del derecho a la salud, exige que las prestaciones, sea que se ofrezcan a través de una institución pública o privada, se encuentren al alcance de todos, más allá de las exigencias que la legalidad pueda plantear en relación con los pagos de las referidas prestaciones.¹⁰² Por tanto, a diferencia de lo que plantea la CIDH o la peticionaria en este caso, los principios de equidad, bajo los cuales se encuentra obligado a fallar el juez del tribunal arbitral de la Superintendencia, se encuentran abiertos a la recepción de las exigencias propias del derecho a la salud.

El propio Superintendente de Salud, definiendo el ámbito de las competencias del tribunal arbitral, manifestó expresamente que “La tramitación de los reclamos en esta Institución se sujeta a los principios del debido proceso y sus decisiones se fundamentan en la prudencia y equidad, en el caso del Tribunal Especial, o en el principio de legalidad, en lo que respecta a los procedimientos administrativos. En los dictámenes de ambos casos, **se consideran dentro de los argumentos el derecho a la seguridad social y a la protección de la salud**”.¹⁰³ Asimismo, la propia jurisprudencia del tribunal arbitral da cuenta de ello:

¹⁰² COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE NACIONES UNIDAS (2000). *Observación General N° 14: el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. E/C.12/2000/4, párr. 12.

¹⁰³ Página 5.

Cabe tener presente que conforme a lo dispuesto en el artículo 117 del DFL N°1 de Salud, de 2005, el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud se encuentra facultado para resolver las controversias entre las Isapres o el FONASA y sus cotizantes o beneficiarios, en calidad de árbitro arbitrador, lo que significa que fundará su fallo en principios de prudencia y equidad, para dar a cada parte lo que merece (...)

(...) resulta inherente al ejercicio de dichas facultades, la de interpretar las normas que regulan la materia debatida, considerando que éstas son propias del ámbito de la seguridad social (...) por lo que las reglas de hermenéutica jurídica lo obligan a dar preferencia a las normas especiales en la aplicación de la ley **y a interpretarlas del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y particularmente, al carácter tutelar del derecho a la salud y a la seguridad social, al que pertenecen las disposiciones sustantivas y procesales que rigen la presente controversia.**¹⁰⁴ (el destacado es nuestro).

Desde la perspectiva manifestada por el tribunal arbitral, sus atribuciones como arbitrador en la resolución de conflictos entre usuarios e Isapres, exigen necesariamente estudiar las circunstancias del caso a la luz de las exigencias del “carácter tutelar” del derecho a la salud. Aun más: de acuerdo con el tribunal esas exigencias forman parte del derecho sustantivo que el juez debe aplicar para resolver el caso concreto. Por tanto, asumir, como lo hace la peticionaria y la CIDH, de que el tribunal arbitral entiende la equidad únicamente desde el punto de vista de la conmutatividad de las prestaciones contractuales es completamente equivocado. Según la propia jurisprudencia del tribunal, la equidad exige ponderar, necesariamente, las obligaciones del derecho a la salud al momento de resolver un caso concreto. Ello con independencia de que el caso trate acerca del incumplimiento de las obligaciones de una Isapre, o bien de FONASA.¹⁰⁵

Pero tampoco la afirmación de la peticionaria tiene asidero a la luz de la caracterización que el tribunal ha realizado del contrato que rige las relaciones entre afiliado e Isapre. En efecto, para el tribunal el análisis del contrato no puede ser uno orientado únicamente a partir de las exigencias de la conmutatividad. Ello porque el contrato en cuestión no es de naturaleza privada, sino pública. Esto en la medida que el mismo existe dentro de un complejo normativo que busca dar

¹⁰⁴ ROL ARBITRAL N° 21164- 2012, del 27.10.2014, párr. 6.

¹⁰⁵ ROL ARBITRAL N° 100469 -2013, del 12.12.2014, párr. 11.

protección a derechos humanos fundamentales, tales como el derecho a la salud y a la seguridad social. Así las cosas, el tribunal arbitral ha señalado:

Que, como antecedente previo, se debe hacer presente que la materia objeto de este caso se encuentra inmersa en el ámbito de la seguridad social (...) resulta imprescindible indicar que el contrato que celebra un afiliado con una determinada Isapre no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a las personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga el seguro, tiene asegurada, por ley, una cotización, o sea, un ingreso garantizado. Así, las normas que regulan esta relación jurídica son de orden público.¹⁰⁶

La propia práctica del tribunal arbitral de la Superintendencia da cuenta de esa apertura, a través de los principios de equidad, a las exigencias propias del derecho a la salud. La función jurisdiccional especial que ejercen los órganos mencionados de la Superintendencia de Salud ha permitido incorporar en el razonamiento de sus fallos los **aspectos esenciales tanto en materia de derechos constitucionales como del derecho internacional de los derechos humanos, así como los elementos de protección y progresividad de los derechos.**

Así ha ocurrido, por ejemplo, tratándose del financiamiento de prestaciones que no se encuentran aranceladas en el sistema. Este tipo de prestaciones es aquel que no tienen cobertura ni en el subsector público, ni el subsector privado, pero que entienden como indispensables para la preservación de la salud de los beneficiarios. En estos casos, la legalidad no obligaba a las Isapres a financiar una prestación de esa naturaleza. Sin embargo, la jurisprudencia de la Superintendencia de Salud permitió, a partir de una reflexión de derechos humanos, construir una solución equitativa para casos como los señalados. Esta solución pasó por permitir que los beneficiarios pudiesen reembolsar aquello que hubiesen pagado para financiar la prestación a su Isapre en un proceso denominado como “homologación de prestaciones”. En estos casos, la Superintendencia dispuso que la institución de salud previsional respectiva otorgase una codificación similar, o equivalente, a aquella prestación que no se encontrara registrada en FONASA¹⁰⁷.

¹⁰⁶ ROL ARBITRAL N° 2002224-2014, del 5.02.2015, párr. 12.

¹⁰⁷ A este respecto, cabe aclarar el error que contiene el escrito de la peticionaria en orden a afirmar que las ISAPRES están facultadas para negarse a pagar prestaciones si estas no se encuentran codificadas en FONASA. Lo cierto, en estos casos, resulta un poco a la inversa, las ISAPRES **sólo están**

A través de este mecanismo, fundado en cuestiones de derechos humanos, la Superintendencia ha permitido remover elementos que pudiesen implicar una afectación no tolerada de los derechos de los afiliados y beneficiarios, a través de mecanismos idóneos para responder a una eventual discriminación arbitraria, o derechamente un perjuicio injustificado en materia sanitaria. En ese sentido, por ejemplo, la jurisprudencia de la Superintendencia de Salud ha determinado, respecto de una restricción de cobertura a una beneficiaria con síndrome de Down, que:

La tendencia normativa internacional en materias de infancia -cuyos instrumentos regulatorios han sido ratificados por Chile- han expresado un cambio de paradigma, que dice relación con la consideración actual de los niños como sujetos de derecho en oposición a la anterior idea predominante, en la cual se definía al niño a partir de su incapacidad jurídica. Así las cosas, es totalmente relevante para el Estado y sociedad reconocer en cada niño, niña y adolescente un conjunto universal de derechos y, por necesaria consecuencia, se definen las obligaciones que de ellos derivan para la sociedad, la familia y el Estado. (...) en ámbito de nuestro ordenamiento jurídico nacional, Chile ha promulgado una serie de normas que van en estrecha vinculación- con la normativa internacional- cuyos principios inspiradores son la no discriminación, interés superior del niño, supervivencia, desarrollo y protección, reflejándose tanto en el ámbito social, educativo y el que nos interesa, salud¹⁰⁸.

En efecto, prosigue el Tribunal:

Es fundamental para esta Sentenciadora tener presente los principios orientadores que provienen de las normas internacionales ratificadas por Chile y que se encuentran vigentes, que han resguardado los derechos de la infancia, como es el caso de la Declaración de los Derechos del Niño, ratificada por nuestro país en el año 1990. (...) dicho cuerpo normativo e Internacional, se sostiene en el principio fundamental de la no discriminación- expresando- 'Que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ella, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier condición, considerando que el

autorizadas para bonificar aquellas prestaciones que cuentan con un código otorgado por FONASA, pues este es el único organismo autorizado para establecer un reconocimiento en el sistema financiero de cobertura de las prestaciones de salud a un determinado tratamiento o intervención.

¹⁰⁸ Rol N°2008339-2016, Superintendencia de Salud.

niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento'- (...) En ese sentido, el Principio N° IV de dicho conjunto normativo, expresa que: 'El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con ese fin deberá proporcionarse tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados'- (...) A su vez, el Principio N° V, de la referida regulación internacional, manifiesta que: 'El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere el caso particular'¹⁰⁹.

Otro tipo de casos interesantes en los cuales el tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud, a través de los principios de equidad, ha fundado sus decisiones en argumentos de derechos humanos, son aquellos en los cuales los afectados por alzas unilaterales de los planes de salud, por parte de las Isapres, han demandado a las mismas ante el tribunal arbitral, solicitando que se deje sin efecto la decisión de la Isapre. En estos casos, el tribunal arbitral de la Superintendencia permanentemente ha acogido los reclamos, rechazando las alegaciones y recursos de las Isapres. En este sentido, el tribunal arbitral ha seguido los criterios definidos por el Tribunal Constitucional en la materia.¹¹⁰ Por ejemplo, conociendo de uno de estos casos, el tribunal arbitral argumentó, para rechazar un recurso de apelación deducido por la Isapre que:

Que, adicionalmente a todo lo expuesto, este Tribunal Arbitral, en virtud de los derechos de rango constitucional por los cuales debe velar, como son la protección de la salud y la seguridad social de las personas, y considerando sus facultades para fallar de acuerdo a lo que la prudencia y la equidad le dicten, no puede sino concluir que lo que corresponde es enmendar la situación perjudicial que afecta a estos beneficiarios, por cuanto se les continúa cobrando un valor mayor al que les correspondería si las normas que permitieran la aplicación de las tablas de factores se encontraran vigentes.

En relación a lo señalado precedentemente, se debe tener presente que el artículo 19 N° 9 de la Constitución Política de la República asegura a todas las personas "(...) El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de

¹⁰⁹ Rol N°2008339-2016, Superintendencia de Salud.

¹¹⁰

promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control único de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”¹¹¹.

Pero el tribunal arbitral no se limitó a fundar su decisión en las protecciones que el derecho chileno establece, a nivel constitucional, respecto del derecho a la salud. En efecto, el tribunal acudió a la legalidad internacional en materia de derechos humanos al señalar:

Por otro lado, de acuerdo a lo señalado por la Organización Mundial de la Salud, este derecho [a la salud] -como todo derecho humano- impone al Estado las obligaciones de respetar, proteger y cumplir, e incluye cuatro elementos: disponibilidad, aceptabilidad, calidad y accesibilidad; éste último, a su vez, comprende cuatro dimensiones: no discriminación, accesibilidad física, económica y a la información (Organización Mundial de la Salud. Derecho a la Salud, Nota descriptiva número 323, Noviembre 2013). Así, no se concibe el ejercicio del derecho a la protección de la salud sin cumplir los estándares mínimos referidos en este párrafo, y en particular, el acceso y la cobertura financiera de las prestaciones de salud.

A mayor abundamiento y tal como lo reconoció el Tribunal Constitucional, el permanente y exponencial encarecimiento de los costos de los planes de salud puede constituir una severa limitación al ejercicio del derecho constitucional establecido en el art. 19 N°9 de la carta fundamental, relativo al derecho de las personas para escoger libremente el sistema de salud al cual desee pertenecer.¹¹²

En otro materia, pero igualmente amparado en el ideal de la equidad, el tribunal arbitral de la Superintendencia ha reconocido que las Isapres se encuentran obligadas a financiar ciertos tipos de tratamientos novedosos que resulten técnicamente adecuados para tratar una patología garantizada por el AUGÉ-GES. Para ello, el tribunal razonó, precisamente, a partir de las exigencias de la legalidad internacional de derechos humanos tratándose de los denominados “derechos humanos de tercera generación”. En este sentido, el tribunal comenzó señalando:

¹¹¹ Rol N° 301699-2013, del 27.08.2014, párr. 13.

¹¹² Rol N° 301699-2013, del 27.08.2014, párr. 13.

(...) De acuerdo a lo señalado por la Organización Mundial de la Salud, este derecho -como todo derecho humano- impone al Estado las obligaciones de respetar, proteger y cumplir, e incluye cuatro elementos: disponibilidad, aceptabilidad, calidad y accesibilidad; éste último, a su vez, comprende cuatro dimensiones: no discriminación, accesibilidad física, económica y a la información (Organización Mundial de la Salud. Derecho a la Salud, Nota descriptiva número 323, Noviembre 2013). Así, no se concibe el ejercicio del derecho a la protección de la salud sin cumplir los estándares mínimos referidos en este párrafo, y en particular, el acceso y la cobertura financiera de las prestaciones de salud.¹¹³

Luego, continuó:

Cabe indicar que el contrato de salud otorgó cobertura al suministro de drogas antineoplásicas, siempre que su aplicación se verificase por vía endovenosa, condición que en principio excluiría la cobertura del Fulvestrant, por cuanto –como se expresara- su aplicación se realiza por vía intramuscular. Sin embargo, una interpretación en este sentido implicaría desconocer el derecho esencial y fundamental que las personas tienen de acceder y beneficiarse de los avances tecnológicos que – particularmente en materia de medicina- se desarrollan con el devenir de los años, y que redundan, indiscutiblemente, en una mejor calidad de vida.¹¹⁴

La existencia de ese derecho al acceso a los avances tecnológicos en materia de salud fue fundada de la siguiente forma por el tribunal:

Que, al respecto, es necesario indicar que el ordenamiento jurídico no puede abstraerse del dinamismo de las necesidades emergentes que la vida social demanda, muchas de ellas fruto de las innovaciones aportadas por el progreso en el conocimiento científico, por ello, las respuestas que en este sentido el derecho pueda ofrecer llegarán por medio de la dictación de disposiciones legales o por medio de la interpretación que realicen los tribunales de justicia conociendo de un litigio particular. Por ello, la labor que desarrollará un juez en esta materia, permitirá ajustar la realidad social con la normativa que pretende regularla.

Es en esta óptica, que la doctrina moderna conceptualiza el nacimiento de los denominados “Derechos de Tercera Generación”, conocidos también como “Derechos de los Pueblos, de la

¹¹³ ROL ARBITRAL N° 21164- 2012, del 27.10.2014, párr. 6.

¹¹⁴ ROL ARBITRAL N° 21164- 2012, del 27.10.2014, párr. 8.

Solidaridad o Fraternidad”, en virtud de su carácter colectivo, es decir, se trata de derechos de las personas pero también de los grupos étnicos, laborales, sociales o de cualquier otra naturaleza a la cual pertenezcan. Los unifica su incidencia en la vida de todos, a escala universal, por lo que precisan para su realización una serie de esfuerzos y cooperaciones en un nivel planetario y universal. Estos Derechos de Tercera Generación fueron promovidos a partir de la década de los setenta para incentivar el progreso social y elevar el nivel de vida de todos los pueblos, y aun cuando se encuentran en un proceso de maduración, existe consenso en considerar dentro de éstos el derecho a la autodeterminación, el derecho a la independencia económica y política, el derecho a la identidad nacional y cultural, el derecho a la paz, el derecho a la coexistencia pacífica, el derecho al entendimiento y la confianza, el derecho a la cooperación internacional y regional, el derecho a la justicia internacional, el derecho a la solución de los problemas alimenticios, demográficos, educativos y ecológicos, el derecho a un medio ambiente sano, el patrimonio común de la humanidad, y particularmente, el derecho al uso de los avances de las ciencias y la tecnología.¹¹⁵

Finalmente, el tribunal arbitral manifestó que el derecho en cuestión era uno que no era ajeno al derecho nacional. Esto, en la medida que se encontraba en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ratificado por Chile:

Este último, se encontraba ya reconocido el año 1966 en el llamado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ratificado por Chile mediante Decreto N° 326, de 28 de abril de 1989), cuyo artículo 15 establecía que los países suscribientes “reconocen el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”. Además, los ciudadanos tienen derecho a “beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas”. Es más, los Estados firmantes se comprometían a tomar las medidas “necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia” y se comprometían a “respetar la indispensable libertad para la investigación científica”

De igual manera, y amparándose una vez más en la idea de que el derecho a la salud forma parte del corpus aplicable a los casos conocidos por su jurisdicción, el tribunal arbitral resolvió que las Isapres se encontraban obligadas a reembolsar los gastos en que incurrieran afiliados

¹¹⁵ ROL ARBITRAL N° 21164- 2012, del 27.10.2014, párr. 9.

insulinodependientes para adquirir los instrumentos necesarios para medir periódicamente el nivel de glucosa en su sangre. Así, el tribunal concluyó:

Atendido el carácter tutelar del derecho a la salud y a la seguridad social al que pertenecen las disposiciones sustantivas y procesales que rigen la presente controversia, este sentenciador comparte lo establecido en primera instancia en cuanto a que uno de los medios para hacer efectivos los beneficios que establece la Ley de Urgencia, sea que la Isapre reembolse directamente al demandante el monto de los copagos que, por concepto de las prestaciones solucionadas por éste se generaron, correspondientes al período de urgencia determinado en la sentencia de fecha 15 de noviembre de 2013, otorgándole, paralelamente un crédito por dicha suma de dinero, de ser ello procedente.¹¹⁶

Tal como se señaló anteriormente, el tribunal arbitral, para resolver los casos sujetos a su conocimiento a partir de los principios de equidad, aplica las exigencias propias del derecho a la salud sea que el caso en cuestión afecte a una Isapre, o bien a un órgano público como el FONASA. Así, el tribunal acogió la demanda de un paciente afiliado a FONASA que, a raíz de una repentina afectación de salud, debió atenderse en un centro médico que no se encontraba dentro del listado de prestadores del seguro público. En este caso, el tribunal resolvió:

Que, en cuanto a la pretendida ausencia de norma legal que obligue a dicho Fondo a gestionar la Red Asistencial Pública, se debe señalar que ello no es efectivo toda vez que en el fallo de primera instancia se desarrolló una extensa argumentación en relación al rol de esa institución pública en el Sistema Público de Salud como Seguro Público.

Por lo anteriormente expuesto, **de acoger el argumento del FONASA, se vulneraría el derecho a la protección de la salud de su beneficiario, ya que se limitaría ciertamente el acceso a las acciones de salud que el Estado debe expresamente garantizar, a través de los organismos que integran el Sistema Público de Salud**, tal como se ha establecido, entre otros, en los artículos 131, 132 y 138 del citado DFL 1/2005, como asimismo, su cobertura financiera.

De esta manera, **resulta evidente que el derecho a la protección de la salud de los beneficiarios debe recibir una cautela efectiva en esta sede arbitral**, lo que abarca en este

¹¹⁶ ROL ARBITRAL N° 600395-2013, del 25.11.2014, párr. 6.

caso en particular, el acceso a las prestaciones de salud y la cobertura financiera de estas, a través de la Modalidad de Atención Institucional.¹¹⁷ (el destacado es nuestro).

En conclusión: en el ejercicio de sus atribuciones, el juez árbitro de la Superintendencia de Salud dispone de facultades para resolver casos concretos a partir de las exigencias que el derecho de protección a la salud presente en las circunstancias del mismo. Ello, como el propio tribunal lo ha entendido, se debe a que, a través de la aplicación de los principios de equidad, las exigencias del derecho a la protección de la salud forman parte del *corpus* jurídico aplicable.

En cuanto al procedimiento a través del cual el tribunal arbitral de la Superintendencia conoce de los casos, el mismo está contemplado en los artículos 117, 118 y 119 del DFL N°1 del Ministerio de Salud. Actúa como juez de primera instancia el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud. Como tribunal de apelación actúa el mismo Superintendente de Salud.

En la primera instancia, el juez árbitro, una vez que haya tomado conocimiento del reclamo, por sí o por un funcionario que designe, podrá citar al afectado y a un representante del Fondo Nacional de Salud o de las instituciones de salud previsional a una audiencia de conciliación, en la cual, ayudará a las partes a buscar una solución a su conflicto obrando como amigable componedor. Las opiniones que emita no lo inhabilitarán para seguir conociendo de la causa. (artículo 117 del DFL N°1).

En contra de lo resuelto por el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud en su calidad de árbitro arbitrador, podrá deducirse recurso de reposición ante la misma autoridad, el que deberá interponerse dentro del plazo fatal de 10 días hábiles, contados desde la fecha de la notificación de la sentencia arbitral. El referido Intendente deberá dar traslado del recurso a la otra parte, por el término de cinco días hábiles. Evacuado el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud deberá pronunciarse sobre el recurso, en el plazo de 30 días hábiles (artículo 118 del DFL 1 2005, de Salud).

La segunda instancia opera una vez resuelto, por el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, el recurso de reposición. En efecto, el afectado podrá apelar ante el Superintendente, dentro de los 10 días hábiles siguientes a su notificación, para que se pronuncie en calidad de árbitro arbitrador. El Superintendente deberá dar traslado del recurso a la otra parte,

¹¹⁷ ROL ARBITRAL N° 100469 -2013, del 12.12.2014, párr. 13.

por el término de cinco días hábiles. Evacuado el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo, el Superintendente deberá pronunciarse sobre el recurso, en el plazo de 30 días hábiles. Con todo, el Superintendente podrá declarar inadmisibile la apelación, si ésta se limita a reiterar los argumentos esgrimidos en la reposición de que trata el artículo anterior.

La función jurisdiccional de la Superintendencia de Salud ha sido ampliamente utilizada por los afiliados y beneficiarios que consideran sus derechos a la protección de la salud infringidos ya sea por el FONASA, o bien por las Isapres. De acuerdo con la información proveída por la misma Superintendencia de Salud, en el periodo 2015 a 2019, se registra un total de 43.298 casos de controversias resueltas. De ese total, 34.869 controversias han sido resueltas por el tribunal arbitral en favor del demandante, ya sea acogiendo el reclamo en forma total o parcial. En términos porcentuales, esto equivale al 80% de los casos¹¹⁸. Este sólo dato da cuenta de que el recurso previsto por el ordenamiento chileno para, en términos específicos, resolver controversias que surjan entre las Isapres y sus afiliados resulta eficiente y adecuado para la protección del derecho a la vida, integridad y salud de estos últimos. Ello demuestra cuán incorrecto resulta el análisis que tanto la peticionaria como la CIDH realizan de la legislación chilena en relación con este caso.

Finalmente, tanto el Tribunal Constitucional, como los tribunales ordinarios, se han posicionado dentro del derecho nacional, como órganos jurisdiccionales que, de forma permanente, contribuyen a la protección del derecho a la salud *vis a vis* las Isapres, o el FONASA, a partir de sus decisiones dictadas en el contexto de la tramitación tanto de recursos de inaplicabilidad, como de recursos de protección.

En efecto, el criterio legalista con el cual la Corte Suprema resolvió el caso de Martina en 2011, dio paso a nuevo tipo de jurisprudencia, en el cual la centralidad del esfuerzo de los tribunales fue adoptar medidas que permitieran proteger adecuadamente el derecho a la vida de los recurrentes, más allá de las exigencias de la sola legalidad. Así las cosas, tan sólo entre 2017 y 2019, la Corte Suprema ha resuelto casos que involucraban Isapres, resolviendo en contra de aquellas frente a situaciones en las cuales existía una denegación de cobertura de prestaciones médicas y tratamientos farmacológicos, cuyo costo no podía ser financiado por las personas afectadas. Así, en

¹¹⁸ En efecto, del total de casos resueltos en dicho periodo (43.298), 28.584 lo fueron a favor del reclamante y 6.285 fueron acogidos parcialmente. Los restantes casos (8.429) fueron resueltos a favor de la aseguradora, por allanamiento, archivo, avenimiento, desistimiento, u otra causa registrada.

primer lugar, la Corte ha señalado que el derecho a la vida y a la salud de las personas no puede ponerse en riesgo tanto por actos como por omisiones de las prestadoras de salud¹¹⁹.

En segundo lugar, la Corte ha concluido, en casos en los que se comprometía el derecho a la vida y a la salud de una persona, que una Isapre no puede fundamentar adecuadamente su posición únicamente a partir de consideraciones de carácter económico, dada la entidad privilegiada de los derechos señalados en el contexto del ordenamiento jurídico nacional¹²⁰.

En tercer lugar, la Corte Suprema ha resuelto, de forma constante, en favor de los recurrentes cuando estos presentan acciones de protección contra sus respectivas Isapres en razón de alzas unilaterales en los costos de sus contratos de salud. En este sentido, la Corte Suprema ha orientado sus decisiones en la misma dirección que el Tribunal Constitucional.

Finalmente, la Corte Suprema también ha conocido de nuevos casos sobre hospitalizaciones domiciliarias. En uno de esos casos, la Corte ordenó a una Isapre otorgar la hospitalización domiciliaria de un afiliado efectuando las mismas prestaciones que habría el paciente recibido en un centro de salud. Efectivamente, la Corte concluyó que las Isapres deberán considerar que la asistencia y atenciones que se brinden al paciente correspondan a las que habría recibido de encontrarse en un centro asistencial para su manejo clínico y terapéutico, en atención a que su estado de salud así lo hace exigible y que esas condiciones estén prescritas y debidamente controladas por un médico tratante.¹²¹ En particular, en casos referidos al otorgamiento de la cobertura de hospitalización domiciliaria, en donde ha debido determinar si se trata de una enfermedad crónica, o en casos en donde se debía otorgar medicamentos de alto costo, en su jurisprudencia la Corte Suprema ha determinado que, por un lado, no ha existido una variación en el estado de salud del paciente que acredite un cambio en la cobertura y, por otro, ha descartado requisitos de ingreso a centros de salud hospitalarios para que proceda la cobertura CAEC¹²².

¹¹⁹ Corte Suprema. Causa Rol N° 25.009-2008 de 2 de enero de 2019; Corte Suprema. Causa Rol N° 17.043-2018 de 6 de noviembre de 2018.

¹²⁰ Corte Suprema. Causa Rol N° 25.009-2008 de 2 de enero de 2019; Corte Suprema. Causa Rol N° 17.043-2018 de 6 de noviembre de 2018; Corte Suprema. Causa Rol N° 43.250-2017 de 29 de diciembre de 2017.

¹²¹ Corte Suprema. Causa Rol N° 10.289-2017 de 28 de junio de 2017.

¹²² Corte Suprema. Causa Rol N° 55.105-2016 de 19 de octubre de 2016; Corte Suprema. Causa Rol N° 22.287-2014 de 2 de octubre de 2014; Corte Suprema. Causa Rol N° 6.713-2009 de 5 de octubre de 2009; Corte Suprema. Causa Rol N° 1.462-2008 de 27 de mayo de 2008; Corte Suprema. Causa Rol N° 5.628-2007 de 13 de noviembre de 2007.

1.8.5. Conclusiones

A partir de lo señalado anteriormente, es fuerza concluir que el sistema de salud chileno, estructurado legalmente a partir de una serie de instituciones de carácter tanto estatal como privado, satisface los estándares que la Honorable Corte ha definido para todo sistema que busca promover el derecho a la salud de sus beneficiarios. En efecto, el sistema de salud chileno: (a) se encuentra configurado a través de normas de alcance general y permanente; (b) responde, de acuerdo con el imperativo de la progresividad, a las exigencias de calidad, accesibilidad, disponibilidad y aceptabilidad requeridos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas; (c) promueve el trato igualitario entre sus usuarios, proscribiendo a nivel normativo todo tipo de discriminación; y, (e) dispone de un conjunto de sistemas de supervisión y control de carácter tanto administrativo como jurisdiccional, los que resultan del todo eficientes y adecuados para proteger el derecho a la vida, integridad y salud de sus beneficiarios.

En este mismo sentido, el Estado de Chile ha considerado de forma muy seria las obligaciones que, a partir del artículo 2° de la Convención, tiene en relación con el artículo 26 de la Convención. En efecto, el Estado ha configurado —a nivel legal, administrativo, técnico y financiero—, un sistema altamente complejo que busca a partir de sus propias regulaciones, y de forma progresiva, satisfacer las exigencias propias del derecho a la salud de las personas. Este esfuerzo ha sido reconocido en términos expresos por la Honorable Corte en la reciente sentencia recaída sobre el caso *Vinicio Poblete Vilches y otros vs. Chile* (2018), en el cual concluyó que “En relación con los estándares en materia de salud, primeramente, la Corte observa que en la época de los hechos **existía regulación suficiente sobre el derecho a la salud que garantizaba este derecho a toda persona sin distinción (...), por lo que dicha obligación de regular se encontraba acorde con la Convención (...)**”.¹²³ A partir de lo anterior, la Honorable Corte no exigió al Estado modificación legislativa alguna en relación con su sistema de protección de salud.

Si la Honorable Corte consideró que el Estado de Chile cumplía las obligaciones que para éste derivaban del artículo 2° de la Convención en relación con su artículo 26 al tiempo en que ocurrieron los hechos del caso *Poblete Vilches* (2001), dicha conclusión no podrá sino ser ratificada por la Honorable Corte en el contexto de este caso. En efecto, los hechos del presente caso acaecieron los años 2011 y 2012, al menos seis años desde que tuviese lugar la gran reforma del

¹²³ Par. 135.

sistema de salud chileno, el que pasó a construirse a partir de un conjunto de garantías exigibles a todos los prestadores de salud, fuesen públicos o privados. Dicha evolución, naturalmente, exigió una nueva regulación, mucho más técnica y sofisticada, que se hiciera cargo, precisamente, de las complejidades del nuevo régimen. En un contexto como éste, no cabe sino concluir que el Estado de Chile, de acuerdo con la normativa convencional, ha configurado un régimen de salud que responde a las exigencias propias del artículo 26 de la Convención. De hecho, la misma CIDH, en su informe de fondo, concluyó que “no identifica un contexto de falta de regulación en materia de salud con la generalidad expresada por la parte peticionaria”.¹²⁴

¹²⁴ Par. 25.

II.4 EL ESTADO NO HA INFRINGIDO, EN EL CONTEXTO DEL PRESENTE CASO, SUS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DERIVADAS DE LOS ARTÍCULOS 1.1 Y 2° DE LA CONVENCIÓN EN RELACIÓN CON SUS ARTÍCULOS 8.1; 19; Y 25.

1. Introducción

En su informe de fondo, la CIDH imputa al Estado de Chile haber incumplido sus deberes derivados de los artículos 1.1. y 2° de la Convención en relación con las normas de la Convención que salvaguardan el acceso a la justicia, particularmente de niños, niñas y adolescentes (artículos 8.1; 19; y 25). En efecto, de acuerdo con la CIDH, el procedimiento legalmente establecido que permitió a la Superintendencia de Salud dejar sin efecto la decisión de la Isapre, que negó el financiamiento para la hospitalización domiciliaria de Martina, “no está diseñado para declarar una vulneración del derecho a la salud, pues sigue en los límites del análisis contractual y el derecho de propiedad”.¹²⁵ De esta forma, a juicio de la CIDH, la decisión pronunciada por la Superintendencia en el caso de Martina “no fue el resultado de un sistema diseñado adecuadamente para tales efectos”.¹²⁶ En ese sentido, la CIDH concluye que la resolución de la Superintendencia no tuvo fundamento alguno en el derecho a la salud de Martina.¹²⁷

Todos los argumentos anteriormente señalados resultan falaces y, por tanto, no son capaces de comprometer la responsabilidad internacional del Estado. En efecto: (a) el procedimiento legalmente establecido que regula el ejercicio de las potestades jurisdiccionales del tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud resulta naturalmente adecuado para denunciar infracciones del derecho a la salud por parte tanto de FONASA como de las Isapres; y (b) la decisión, en concreto, que resolvió el caso de Martina demuestra, en los hechos, que el recurso establecido por la ley resultaba efectivo y adecuado para que los padres de la niña dejaran sin efecto la decisión de la Isapre. Finalmente, y tal como se señaló anteriormente, la decisión del tribunal de la Superintendencia de Salud contempló cuestiones de derecho a la salud en la medida que, tal como

¹²⁵ Párrafo 86.

¹²⁶ Párrafo 86.

¹²⁷ Párrafo 88.

el mismo tribunal lo ha señalado, dicho derecho forma parte del corpus normativo aplicable a la resolución de este tipo de casos.

2. El Estado de Chile ha cumplido sus obligaciones derivadas del artículo 2° de la Convención en relación con los artículos 8.1; 19 y 25 del mismo tratado. Disponibilidad de un recurso eficiente y adecuado para remediar infracciones del derecho a la salud.

Tal como se señaló en la sección anterior de este escrito, el procedimiento establecido por la ley para permitir el ejercicio de las competencias del tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud cumple con los estándares exigidos por el sistema interamericano de derechos humanos en materia de acceso a la justicia y protección especial de niños, niñas y adolescentes.

2.1. En cuanto el debido proceso: artículos 8.1 y 19 de la Convención

De acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención, esta Honorable Corte ha planteado que “El artículo 8.1 de la Convención consagra los lineamientos del llamado ‘debido proceso legal’, que consiste en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos (...).”¹²⁸

Para analizar cómo el Estado ha cumplido o no con el debido proceso legal, es relevante considerar que, en palabras de la propia Corte, “las garantías establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana suponen que las víctimas deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los procesos respectivos, **de manera que puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que éstos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones**”¹²⁹ (énfasis añadido). Junto con lo anterior la Corte ha manifestado que el derecho a ser oído se entiende “en el sentido general de comprender el derecho de toda persona a tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones”¹³⁰.

¹²⁸ Corte IDH, Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 137.

¹²⁹ Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. [Serie C No. 297](#), párr. 228.

¹³⁰ Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. [Serie C No. 268](#),

La Honorable Corte considera que este derecho es extensivo a todo proceso, las garantías establecidas en el artículo 8 “deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño”¹³¹ y que “debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino”¹³².

Pues bien, el procedimiento establecido por la ley para que el tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud conozca de los reclamos presentados por usuarios del sistema nacional de salud en contra de las Isapres, el FONASA y los prestadores específicos de salud, cumple plenamente con el estándar referido por la Honorable Corte en relación con el debido proceso. En efecto, el proceso ante el tribunal arbitral está configurado de tal modo que las víctimas **puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que éstos sean analizados de forma completa y seria** por el juez árbitro antes de resolver el asunto sujeto a su conocimiento. En efecto, el procedimiento se inicia con una demanda en la cual el particular da cuenta del agravio ocasionado por el demandado. Luego, el demandante dispone de una audiencia de conciliación para exponer, no ya por escrito, sino presencialmente la situación denunciada. Asimismo, si fracasa ese procedimiento, dispone de un término probatorio para aportar las evidencias que dan cuenta de su denuncia. Finalmente, existe la garantía de la doble instancia. Esto es, el procedimiento permite a la víctima, y en su caso al demandado, apelar de la decisión adoptada por el tribunal arbitral en la primera instancia.

Asimismo, el procedimiento permite, durante su tramitación, que el juzgador pueda proteger de forma especial los derechos de niños, niñas y adolescentes. En la medida que el juez árbitro está llamado a resolver la cuestión a partir de la equidad y la prudencia, aquel dispone de un

párr. 181; Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. [Serie C No. 297](#), párr. 228.

¹³¹ Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. [Serie A No. 17](#), párr. 95; Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. [Serie C No. 112](#), párr. 209.

¹³² Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. [Serie C No. 239](#), párr. 196; Corte IDH. Caso Furlán y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. [Serie C No. 246](#), párr. 228.

amplio margen de discrecionalidad que le permita, en el contexto de las circunstancias del caso, apreciar las especiales necesidades que puede requerir un niño, niña o adolescente cuando éste resulta ser la víctima del caso. Es esa flexibilidad procedimental la que le permite, en los hechos, al juez actuar protegiendo los derechos de este grupo de especial protección. De hecho, este procedimiento ha permitido al juez árbitro, en distintos casos, proteger el especial interés de niños, niñas y adolescentes, obligando con ello a las Isapres a financiar prestaciones de salud en su favor.¹³³ De hecho, la resolución del caso de Martina por parte del juez árbitro de la Superintendencia de Salud demuestra fehacientemente el compromiso de esta jurisdicción con el derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes. Es ese compromiso el que permitió al tribunal, finalmente, restablecer el financiamiento de la hospitalización domiciliaria de Martina.

En conclusión: el procedimiento jurisdiccional que faculta al juez árbitro de la Superintendencia de Salud para hacer efectivo el derecho a la salud de las personas afiliadas tanto a las Isapres como al FONASA cumple a cabalidad con las exigencias del artículo 8.1 de la Convención.

2.2. En cuanto a la disponibilidad de un recurso eficiente y adecuado: artículo 25 de la Convención

Por su parte, el artículo 25 de la Convención ordena proporcionar un recurso sencillo y rápido para la protección de los derechos de las personas. En cuanto a esta disposición, la Honorable Corte ha señalado que, “para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener **efectividad**, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido, en los términos del artículo 25 de la Convención. Esta Corte ha establecido reiteradamente que la existencia de este tipo de garantías constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”¹³⁴.

Dada la naturaleza del derecho en juego bajo el artículo 25 de la CADH, adquiere relevancia lo planteado por la Corte IDH en el caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, al señalar que “La Corte recuerda que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al

¹³³ Por ejemplo, véase: ROL ARBITRAL N° 301699-2013, del 27.08.2014

¹³⁴ Corte IDH, Caso Tribunal Constitucional vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 90.

individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre). En la jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna. Al establecer la responsabilidad internacional del Estado con motivo de la violación a los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, el aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no es si en el ámbito interno se emitieron sentencias o se llegó a acuerdos conciliatorios por responsabilidad administrativa o civil de un órgano estatal, en relación con los violaciones cometidas en perjuicio de los familiares de algunas víctimas de los hechos de Mapiripán, **sino si los procesos internos permitieron que se garantizara un verdadero acceso a la justicia conforme a los estándares previstos en la Convención Americana**¹³⁵.

En relación con lo anteriormente mencionado, cabe señalar que, tal como se explicó anteriormente, el ordenamiento chileno prevé distintas herramientas procesales para remediar situaciones de eventual afectación del derecho a la salud por parte de las Isapres o el FONASA. Sin embargo, el procedimiento más especializado de todos es aquel alojado en el tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud. Este tribunal representa, realmente, un órgano de carácter jurisdiccional. En efecto, como lo ha reconocido tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional, es un tribunal especial de la República dotado de amplias facultades para remediar, de forma rápida y eficiente, situación de infracción al derecho a la salud de las personas por parte de los prestadores públicos o privados.

El recurso ante el tribunal arbitral de la Superintendencia resulta sencillo y rápido en su tramitación. De hecho, el reclamo puede ser interpuesto por la víctima incluso personalmente, sin contar, necesariamente, con el patrocinio de un abogado. Desde esa perspectiva, el recurso en cuestión tiende a ser bastante desformalizado. Pero más importante que aquello es el hecho que el mismo es naturalmente apto e idóneo para lograr la pretensión que se busca satisfacer por parte de la víctima. En efecto, el juez árbitro resuelve en base a la equidad y la prudencia para salvaguardar el derecho a la salud de las personas, pudiendo fallar incluso *contra legem*. De igual forma, como se explicó también anteriormente, el juez árbitro, a través de los principios de equidad, puede invocar

¹³⁵ Corte IDH, Caso “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, 15 de septiembre de 2005, párr. 211.

la protección del derecho a la salud como fundamento para resolver el asunto sujeto a su conocimiento.

De hecho, el tribunal arbitral reiteradamente ha sostenido que el derecho a la salud y la seguridad social “pertenecen las disposiciones sustantivas y procesales”¹³⁶ aplicables para la resolución de los casos concretos sometidos a su jurisdicción. Desde esta perspectiva, es demostrativo de un grave desconocimiento del derecho interno manifestar, como lo hace la CIDH, que el juez árbitro se encuentra sujetos a los límites impuestos por la conmutatividad contractual y el derecho de propiedad al momento de fallar. De hecho, como se indicó previamente, los mismos no tiene cabida en un contexto dentro del cual el tribunal arbitral ha, reiteradamente, resuelto que el contrato que liga a los afiliados con su Isapre no es uno en el que impera el principio de autonomía de la voluntad, en la medida que el mismo es un instrumento de protección de derechos. En un escenario así, resulta del todo incorrecto afirmar que el diseño de este procedimiento no permite declarar vulneraciones al derecho a la salud. La misma práctica del tribunal arbitral da cuenta de ese error.

Sin embargo, el dato que acredita de forma más evidente la eficacia práctica del recurso ante el tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud es el porcentaje de casos resueltos a favor de los afiliados tanto a las Isapres como al FONASA. En efecto, en el periodo transcurrido entre 2015 y 2019, se registró un total de 43.298 casos de controversias resueltas. De ese total, 34.869 controversias fueron resueltas por el tribunal arbitral en favor del demandante, ya sea acogiendo el reclamo en forma total o parcial. En términos porcentuales, esto equivale al 80% de los casos¹³⁷. El sólo porcentaje de casos resueltos en favor de los beneficiarios del sistema de salud da cuenta del grado de eficacia del recurso. El mismo caso de Martina Vera es otra demostración evidente de la eficiencia del recurso. En efecto, fue la intervención del tribunal arbitral la que permitió restablecer el financiamiento de la hospitalización domiciliaria de la niña.

En conclusión, el procedimiento jurisdiccional a partir del cual el tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud conoce de las controversias entre los beneficiarios y las Isapres cumple

¹³⁶ ROL ARBITRAL N° 21164- 2012, del 27.10.2014, párr. 6.

¹³⁷ En efecto, del total de casos resueltos en dicho periodo (43.298), 28.584 lo fueron a favor del reclamante y 6.285 fueron acogidos parcialmente. Los restantes casos (8.429) fueron resueltos a favor de la aseguradora, por allanamiento, archivo, avenimiento, desistimiento, u otra causa registrada.

con las exigencias planteadas por el artículo 25 de la Convención desde la perspectiva del artículo 2° del mismo tratado.

3. El Estado de Chile ha cumplido sus obligaciones derivadas del artículo 1.1 de la Convención en relación con los artículos 8.1; 19 y 25 del mismo tratado. El caso específico de Martina.

El Estado viene a sostener que ha cumplido con las obligaciones internacionales de respetar y garantizar tanto el derecho a un debido proceso como a la protección judicial, derechos contenidos en los artículos 8.1 y 25.1 respectivamente de la CADH. Esto por las siguientes razones de hecho y de derecho que pasamos a exponer.

En relación con lo anterior, y tal como se planteó en la primera excepción preliminar, es relevante señalar que la peticionaria no agotó en Chile los recursos eficientes e idóneos para obtener su pretensión. Por tanto, difícilmente puede argumentar que los tribunales del Estado infringieron sus derechos de acceso a la justicia. En efecto, la peticionaria presentó un recurso de protección y no concurrió al tribunal arbitral de la Superintendencia que, al tiempo de la ocurrencia de los hechos, disponía de atribuciones especiales —que no poseían los tribunales ordinarios—, para resolver el asunto sujeto a su conocimiento en base no sólo a criterios de mera legalidad, sino de prudencia y equidad. De hecho, como se explicó anteriormente, el tribunal arbitral se encontraba, y se encuentra, habilitado para resolver incluso *contra legem* si la protección de la vida y la salud de una persona lo exigían.

En este sentido, y tal como se indicó anteriormente, el recurso efectivo es aquel que “resulta apropiado en el contexto preciso de la violación de derechos humanos que se alega”¹³⁸ y “deben ser los aptos para reparar el daño”¹³⁹. En palabras de la Comisión de Derecho Internacional “la cuestión esencial no es saber si se trata de un recurso ordinario o extraordinario, sino si ofrece el remedio eficaz y suficiente”¹⁴⁰. Al respecto, el recurso que satisfacía este estándar no era el recurso de protección, sino el reclamo ante el tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud, tal como los mismos hechos del caso lo terminaron por acreditar. En efecto, el estudio de la legalidad chilena en la materia —desarrollado en la sección anterior del escrito—, y los hechos del caso permiten reafirmar sin duda alguna que el recurso ante el tribunal arbitral era, precisamente, el recurso

¹³⁸ Héctor Faundez Ledesma, el agotamiento de los recursos internos en el sistema de protección de los derechos humanos, p.53

¹³⁹ Idem, p. 55

¹⁴⁰ Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de artículos sobre protección diplomática, comentario al artículo 8[10].

eficiente y adecuado para que los padres de Martina lograran obtener la pretensión alegada. En este contexto, la peticionaria, en términos estrictos, no permitió al Estado conocer adecuadamente de su caso dado el uso incorrecto de los recursos internos. Cuando esa circunstancia cambió, y la peticionaria dedujo, precisamente, el recurso eficiente y adecuado, los resultados que obtuvieron no fueron otros que la obtención de su pretensión. En efecto, el tribunal arbitraria ordenó a la Isapre restablecer el tratamiento y restituir a los padres de Martina aquellos dineros que hubiesen empleado en financiar la hospitalización domiciliaria de su hija en el tiempo que medió entre el pronunciamiento de la decisión de la Isapre y aquella del tribunal arbitral.

Volviendo al recurso de protección que fue presentado por los padres de Martina para resolver la situación de su hija, cabe efectuar las siguientes reflexiones. Si bien el contenido de la sentencia de la Corte Suprema, que concluyó el proceso, no resultó favorable a la recurrente, no es posible apreciar en aquel la comisión de infracciones a lo dispuesto en los artículos 8.1 y 25 de la Convención por parte de los tribunales estatales.

En relación con el artículo 8.1, cabe señalar que el proceso que se llevó adelante tanto ante la Corte de Apelaciones de Concepción como la Corte Suprema resultó consistente con las exigencias propias del debido proceso. Ello, como se señaló, aun cuando el contenido de la sentencia definitiva no hubiese sido favorable para las pretensiones de la recurrente.

En primer lugar, no resultan efectivas las imputaciones que la peticionaria efectúa en torno a supuestas infracciones al derecho a ser oído y a la imparcialidad del tribunal. En efecto, los padres de Martina dispusieron de un tribunal, que si bien no era el idóneo para conocer de su petición, resultaba del todo “independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley” —como reza el artículo 8 de la Convención—, para conocer del asunto sujeto a su conocimiento.

De acuerdo con el criterio de la peticionaria, el hecho de que la Corte Suprema no hubiese resuelto previa la celebración de una audiencia representa per se una infracción a la garantía de toda persona *de ser oído* por un tribunal¹⁴¹. A similar conclusión llega la peticionaria respecto del juicio llevado ante el tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud, el cual resuelve únicamente a partir de los escritos presentados por las partes sin audiencia previa de alegatos —pero sí de conciliación—. Esto resulta del todo equivocado. De hecho, la decisión de la Corte Suprema de resolver la apelación interpuesta por la Isapre en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción sin la realización de alegatos representa la práctica general tratándose de la

¹⁴¹ ESAP, p. 89.

tramitación de recursos de protección en el país. En este sentido, la decisión se apegó totalmente a la legalidad de la tramitación del recurso. De igual forma, la forma en que resolvió el tribunal arbitral se adecuó a la legalidad de la tramitación de este recurso, que es fallado por el juez árbitro a partir de los escritos presentados por las partes y siempre y cuando la audiencia de conciliación no permita concluir el litigio.

La regulación específica del recurso de protección¹⁴² dispone como regla general que la apelación de la sentencia de primera instancia sea resuelta por el tribunal de segunda instancia — la Corte Suprema—, mediante el conocimiento *en cuenta*, y no mediante *la vista de la causa* con alegatos. Es facultativo para la Corte Suprema concederlo, y debe ser solicitado con fundamento plausible por el solicitante. Visto lo anterior, la Honorable Corte ha de considerar que, para resolver como lo hizo la Corte Suprema, sus ministros sometieron a examen el escrito de apelación, como parte de sus labores ordinarias y exigibles (mediante la revisión de este en el trámite de cuenta¹⁴³), con el auxilio del relator judicial a quien se le haya asignado la causa. Habiendo tomado conocimiento del expediente constituido hasta ese momento, y de las alegaciones vertidas en la apelación, la Corte revocó la sentencia de primera instancia. En este sentido, la Corte juzgó que de los escritos de las partes a lo largo del proceso, así como del texto del recurso de apelación, era posible establecer con claridad los argumentos de las partes, por lo que la realización de alegatos resultaba innecesaria.

Esta manera de actuar de la Corte Suprema también atiende a razones de economía procesal, en consideración al inmenso volumen de causas que le corresponde conocer a las 4 salas,

¹⁴² El auto acordado de la Corte Suprema de Chile, que con fundamento en las facultades económicas y directivas de dicho tribunal, a la cabeza del Poder Judicial chileno, regula su tramitación, dispone en lo pertinente que, en la apelación del recurso de protección “Recibidos los autos en la Secretaría de la Corte Suprema, **el Presidente del Tribunal ordenará dar cuenta preferente del recurso en la Sala que corresponda, la cual si lo estima conveniente**, se le solicita con fundamento plausible y especialmente cuando se le pide de común acuerdo por recurrente, recurrido y quienes hayan sido considerados como partes en el procedimiento, **podrá ordenar que sea resuelto previa vista de la causa**, disponiendo traer los autos en relación, evento en el cual el recurso se agregará extraordinariamente a la tabla respectiva de la Sala que corresponda.” Corte Suprema de Chile, Auto Acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales, versión vigente desde 08 de junio de 2007.

¹⁴³ Las Cortes deben resolver los asuntos sometidos a su conocimiento "en cuenta" o "previa vista de la causa, según corresponda, art. 68 COT. La resolución "en cuenta" significa que procederá a fallarlos con la cuenta que les dé el Relator, sin que exista fijación de la causa en tabla y alegato de abogados. La resolución "previa vista de la causa" significa que procederá a fallarlos luego que se cumplan ciertos actos que en su conjunto reciben la denominación de "vista de la causa" (Como la Relación que debe hacer el relator y los alegatos que pueden hacer los abogados).

compuestas por 5 ministros cada una, que constituyen al máximo tribunal del país. El conocimiento en cuenta de las apelaciones presentadas en contra de las sentencias de primera instancia en procesos de recurso de protección es una práctica arraigada, comprendida en este sentido por todos los operadores del sistema judicial chileno y, a nuestro juicio, completamente legítima en los términos señalados. Concluir lo contrario implicaría subvertir el funcionamiento mismo del poder judicial nacional, que hace uso de esta herramienta para funcionar de manera eficaz y eficiente en la administración de justicia.

Igualmente, tratándose del procedimiento ante el tribunal arbitral de la Superintendencia, evacuado el trámite de la contestación de la demanda, **si el juez árbitro estima que los hechos están debidamente acreditados, dictará sentencia**. Esa es la regla general en la materia. Excepcionalmente, si el árbitro estima que es necesario recibir la causa a prueba, decretará este trámite, fijando los hechos que considere sustanciales, pertinentes y controvertidos que hayan de acreditarse, para lo cual se abrirá un término probatorio de veinte días hábiles. Vencido el término probatorio, y dentro de los cinco días siguientes, las partes podrán hacer observaciones a la prueba. Transcurrido ese plazo, el juicio quedará en estado de fallo, el proceso cerrado y finalizada la oportunidad de las partes para efectuar presentaciones o solicitar diligencias. Como es posible apreciar, el procedimiento mismo no exige la realización de alegatos previos a la dictación de la sentencia. Ello, porque asume que el juez árbitro conoce de los antecedentes del caso a partir de los escritos que las partes presentan.

En este contexto, cabe hacer presente que el derecho a ser oído del artículo 8.1 de la Convención no significa literalmente que la parte interesada sea “escuchada” de viva voz por el tribunal que conoce de su causa. Por el contrario, de acuerdo con la Honorable Corte el alcance del derecho a ser oído exige que toda persona pueda tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones¹⁴⁴. En este mismo sentido, la Honorable Corte ha indicado que el derecho a ser oído garantiza el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba)¹⁴⁵. En otras palabras, el derecho a ser oído exige únicamente

¹⁴⁴ *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 228.

¹⁴⁵ *Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 122.

que la persona, cuyos derechos serán especificados por el tribunal, tenga acceso efectivo al mismo, de forma tal de aportar al proceso sus argumentaciones y evidencias de forma adecuada.

En el presente caso, los padres de Martina pudieron acceder perfectamente a los tribunales que conocerían de su causa en el sentido de proveer a los mismos sus argumentaciones y pruebas. De hecho, dichos argumentos y pruebas fueron del todo conocidas por la Corte Suprema al momento de resolver en cuenta la apelación del recurso de protección. Dicho conocimiento lo tuvo a partir, precisamente, de los escritos que los recurrentes presentaron a lo largo del proceso, los cuales constaban en el expediente que el relator de la causa explicó a los jueces que integraron la sala de la Corte que resolvió la apelación. De hecho, la Corte Suprema, precisamente porque tuvo acceso a los escritos presentados por la recurrente concluyó que no cabía sino conocer del asunto como en la generalidad de los casos de apelaciones en contexto de recurso de protección. Esto es, “en cuenta”. Los padres de Martina también tuvieron la posibilidad de acceder al tribunal arbitral presentando sin problema alguno tanto su escrito como sus pruebas. De hecho, eso permitió que, finalmente, el juez árbitro resolviera la demanda en su favor.

Por último, aceptar la argumentación de la peticionaria implicaría concluir que toda vez que un tribunal no conociera los argumentos de una parte “de viva voz” estaría aquel infringiendo el derecho a ser oído de la persona interesada. Ello llevaría a absurdos tales como concluir que ciertas disposiciones del propio Reglamento de la Honorable Corte resultan contrarias al artículo 8.1 de la Convención. En efecto, el artículo 50.1 del Reglamento señala que:

[l]a Corte o su Presidencia emitirá una resolución en la que, según el caso, decidirá sobre las observaciones, objeciones o recusaciones que se hayan presentado; definirá el objeto de la declaración de cada uno de los declarantes; requerirá la remisión de las declaraciones ante fedatario público (affidávit) que considere pertinentes, y **convocará a audiencia, si lo estima necesario**, a quienes deban participar en ella.

De acuerdo con esta disposición, la Honorable Corte dispone de la posibilidad de resolver un caso a partir únicamente de las argumentaciones y pruebas presentadas por escrito por las partes, sin necesidad de convocar a una audiencia de alegatos. Ello no infringe el artículo 8.1 en su dimensión de acceso al tribunal en la medida que, lógicamente, las partes del proceso han tenido la posibilidad efectiva de presentar al tribunal sus argumentaciones y evidencias por escrito. De allí que el argumento de la peticionaria deba ser rechazado en este respecto.

En segundo lugar, la peticionaria alega, en específico respecto del conocimiento del recurso por parte de la Corte Suprema, que este tribunal no cumplía con las exigencias de imparcialidad requeridas por el artículo 8.1 de la Convención. Ello porque la sala de la Corte que resolvió el recurso habría estado formada con la participación de un abogado integrante, el señor Ricardo Peralta Valenzuela. Ello porque el mismo, de acuerdo con información de la peticionaria, habría trabajado anteriormente en compañías de seguros de salud privados.

En relación con este punto, cabe recordar el alcance que la Honorable Corte le ha dado a la garantía de la imparcialidad. La Honorable Corte ha enfatizado que este derecho constituye un principio básico del debido proceso que, a su vez, implica que las personas tienen derecho a ser juzgadas, en general, por tribunales ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos¹⁴⁶. De esta forma, el juez natural es aquel que deriva su existencia y competencia de la ley.¹⁴⁷ En el presente, la participación de un abogado integrante en la sala de la Corte Suprema que resolvió el recurso de protección se efectuó de acuerdo, precisamente, con los “procedimientos legalmente establecidos”.

En conformidad a la ley chilena, los abogados integrantes son subrogantes, legalmente establecidos, de los jueces en aquellas situaciones en las cuales ellos no pueden concurrir a la vista de la causa. El Título VIII, “De la Subrogación e Integración”, del Código Orgánico de Tribunales establece cuáles son los casos en que los magistrados de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema deben ser subrogados para permitir la constitución de una sala y el conocimiento de una causa. Tratándose de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema, los magistrados pueden ser subrogados, entre otros, por los llamados “abogados integrantes”. El artículo 219 del Código Orgánico de Tribunales trata sobre las conformaciones de los abogados integrantes¹⁴⁸. En general,

¹⁴⁶ *Cfr. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 75.

¹⁴⁷ *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 75.

¹⁴⁸ El artículo 219 del Código Orgánico de Tribunales señala: “Para los efectos de lo dispuesto en los artículos 215 y 217 de este Código, el Presidente de la República designará doce abogados para la Corte Suprema; quince para la Corte de Apelaciones de Santiago; nueve para las Cortes de Apelaciones de Valparaíso, San Miguel y Concepción; cinco para las Cortes de Apelaciones de Arica, Antofagasta, La Serena, Rancagua, Talca, Temuco y Valdivia; y tres para cada una de las demás Cortes, previa formación por la Corte Suprema, de las respectivas ternas.

las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema presentan listados, de los cuales esta última prepara diversas ternas para todas las Cortes. Corresponde al Presidente de la República elegir, entre esos listados, a los abogados integrantes. Para las Cortes de Apelaciones, los abogados integrantes duran un año en sus cargos, mientras que en la Corte Suprema, duran tres años. Por tanto, los nombramientos de abogados integrantes no se efectúan *ad casum*, sino que los mismos constan en un listado que se elabora con anterioridad y en plena conformidad a la ley.

Es relevante destacar que no cualquier abogado puede ser designado como abogado integrante de una corte. Se trata de abogados que tengan residencia en la ciudad que sirve de asiento al tribunal respectivo, que reúnan las condiciones requeridas para ejercer los cargos de

La designación de abogados integrantes de las Cortes de Apelaciones se hará en el mes de enero de cada año. Los abogados designados para la Corte Suprema lo serán por un período de tres años, efectuándose el nombramiento en el mes de enero, en que comienza el trienio respectivo.

Las ternas para abogados integrantes de las Cortes de Apelaciones serán formadas tomando los nombres de una lista que, en el mes de diciembre de cada año, enviarán a la Corte Suprema las respectivas Cortes de Apelaciones. En esta lista deberán figurar abogados que tengan su residencia en la ciudad que sirve de asiento al tribunal respectivo, que reúnan las condiciones requeridas para ejercer los cargos de ministros, con excepción del límite de edad establecido en el artículo 77 de la Constitución Política de la República de Chile, y que hayan destacado en la actividad profesional o universitaria.

Estas listas se compondrán, para Santiago, de setenta y cinco nombres; para Valparaíso, San Miguel y Concepción, de cuarenta y cinco nombres; para Arica, Antofagasta, La Serena, Rancagua, Talca, Temuco y Valdivia, de veinticinco, y de quince para las demás Cortes.

Las ternas para abogados integrantes de la Corte Suprema serán formadas tomando los nombres de una lista que, en el mes diciembre en que termina el trienio respectivo, formará la misma Corte. En esta lista deberán figurar cuarenta y cinco abogados, con residencia en la ciudad de Santiago, que reúnan las condiciones requeridas para ejercer los cargos de ministros, con excepción del límite de edad establecido en el artículo 77 de la Constitución Política de la República de Chile, y que hayan destacado en la actividad profesional o universitaria.

Las ternas para abogados integrantes de las Cortes de Apelaciones sólo podrán incluir abogados que, además de cumplir con los requisitos indicados en los números 1° y 2° del artículo 253, tengan no menos de doce años de ejercicio profesional o ex miembros del Escalafón Primario del Poder Judicial, siempre y cuando hubiesen figurado durante los últimos cinco años en lista de méritos. Las ternas para abogados integrantes de la Corte Suprema sólo podrán incluir abogados que, además de cumplir con los requisitos indicados en los números 1° y 2° del artículo 254, tengan no menos de quince años de ejercicio profesional o que hayan pertenecido a la primera o segunda categoría del Escalafón Primario del Poder Judicial y siempre que, de haber estado en la segunda categoría, hubiesen figurado durante los últimos cinco años en lista de méritos. En ningún caso podrán figurar en las ternas profesionales que hayan sido separados de sus cargos como funcionarios judiciales, sea en la calificación anual o en cualquiera otra oportunidad. Si por cualquiera causa alguno de los abogados designados para la Corte Suprema no pudiere continuar en las funciones, el Presidente de la República podrá nombrar en su reemplazo por el resto del período a uno de los componentes de las ternas que formó la Corte Suprema en su oportunidad, o requerir de dicho tribunal la formación de una nueva terna, en conformidad con lo previsto en los incisos anteriores. En las ternas no se podrán repetir nombres”.

ministros, y que hayan destacado en la actividad profesional o universitaria¹⁴⁹. A su vez, es necesario tener presentes que, tratándose de la Corte Suprema, existen reglas especiales de integración para abogados integrantes, las que buscan que la integración de salas por parte de éstos sea una medida realmente extraordinaria. De acuerdo con esas reglas, cuando la Corte Suprema no pudiere funcionar por inhabilidad de la mayoría o totalidad de sus miembros, éstos serán reemplazados por jueces de la Corte de Apelaciones de Santiago. Ello debido a que la Corte Suprema no puede funcionar con mayoría de abogados integrantes¹⁵⁰.

Por tanto, la integración de abogados integrantes en las diferentes salas de la Corte Suprema, además de ser una situación extraordinaria, resulta conforme a las reglas del procedimiento legalmente establecido en aquellos casos en que resulte necesario. Luego, no hay irregularidad alguna en que abogados integrantes integren salas del máximo tribunal de justicia del país cuando ello sea procedente.

En cuanto los abogados integrantes forman parte de una sala y actúan en calidad de magistrados de las cortes, ellos también gozan de la presunción de imparcialidad que la Honorable Corte ha establecido en su jurisprudencia en favor de los jueces, al menos en su dimensión subjetiva. Por tanto, si la peticionaria alega que el abogado integrante Ricardo Pereira se encontraba parcializado en favor de la apelante, debe aquella demostrar su aseveración a partir de hechos que vayan más allá de meras aseveraciones fundadas en una situación de la cual no se deriva, necesaria y suficientemente, su inhabilidad. En otras palabras, la mera circunstancia de que el abogado integrante trabajó en una asociación que ofrece arbitrar diferencias entre asegurados y aseguradores no permite desprender su falta de imparcialidad. Concluir lo contrario, sería rebajar sin fundamento el estándar probatorio jurisprudencialmente establecido en esta sede jurisdiccional. Por lo demás, si la peticionaria hubiese considerado que el abogado integrante, efectivamente, se encontraba parcializado en favor de la contraparte, aquella hubiese utilizado los mecanismos que el derecho chileno establece para denunciar esta circunstancia a través del sistema de recusaciones e inhabilidades dispuesto en el Código Orgánico de Tribunales. Sin embargo, los hechos muestran que ello no ocurrió.

¹⁴⁹ Artículo 219 inciso tercero del Código Orgánico de Tribunales.

¹⁵⁰ El artículo 218 del Código Orgánico de Tribunales se refiere a esto: “En los casos en que no pudiere funcionar la Corte Suprema por inhabilidad de la mayoría o de la totalidad de sus miembros, será integrada por ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, llamados por su orden de antigüedad. Las Salas de la Corte Suprema no podrán funcionar con mayoría de abogados integrantes, tanto en su funcionamiento ordinario como en el extraordinario”.

Finalmente, en lo que concierne al artículo 8.1 de la Convención, la peticionaria alega que el proceso llevado adelante a través del recurso de protección habría infringido la garantía del plazo razonable. Ello porque las cortes y el tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud habrían resuelto el caso dentro de un término del todo injustificado. Nuevamente, la imputación efectuada resulta no ser cierta ni efectiva.

Sobre *el plazo razonable*, el Tribunal Interamericano ha señalado que el derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable, ya que una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales¹⁵¹. Para lo anterior, la Honorable Corte ha establecido que es preciso tomar en cuenta cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, c) la conducta de las autoridades judiciales¹⁵² y d) la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo¹⁵³.

La tramitación del recurso de protección en cuestión demoró poco más de seis meses. El recurso ante el tribunal arbitral de la Superintendencia se resolvió ocho meses tras su presentación. Teniendo presentes los criterios establecidos por la Honorable Corte para determinar si un proceso cumplió con las garantías del plazo razonable, no cabe sino concluir que los tiempos de fallo, tanto del recurso de protección, así como del recurso interpuesto ante el tribunal arbitral, se encuentran justificados y, por tanto no representan para el Estado una fuente de responsabilidad internacional.

¹⁵¹ Cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 145; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 148, y *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de marzo de 2011 Serie C No. 222, párr. 59.

¹⁵² Cfr. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 72; *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 298 y *Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C No. 308, párr. 178.

¹⁵³ *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 155, y *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 298.

En cuanto la complejidad del asunto, la materia sujeta al conocimiento tanto de las cortes, como del tribunal arbitral, no resultaba de fácil resolución. En efecto, adoptar una decisión respecto de aquella exigía a los órganos jurisdiccionales ponderar una serie de factores, tales como las exigencias propias de los derechos involucrados, las obligaciones derivadas de los contratos de seguros de salud, así como el alcance de las normas legales y reglamentarias aplicables al caso de Martina. Todos estos factores debían ser necesariamente apreciados y juzgados en su mérito. Por otro lado, esa ponderación debía efectuarse a la luz de una serie de circunstancias de hecho que requerían un importante grado de conocimiento técnico en torno a la condición que afectaba a Martina. Dicho grado de conocimiento no resultaba posible sin que se realizara el correspondiente estudio. Todo ello justifica los plazos en los cuales se tramitaron tanto el recurso de protección como la demanda presentada ante el tribunal arbitral. En relación al proceso que tomó lugar ante este último tribunal, resulta importante señalar que el mismo se trata de un procedimiento de lato conocimiento, a diferencia del recurso de protección que es una acción de naturaleza cautelar. Considerando el promedio de los tiempos que dura la tramitación de un procedimiento de lato conocimiento en Chile —alrededor de cinco años—, es posible concluir que los ocho meses del tribunal arbitral resultan un término del todo razonable.

Un segundo factor de razonabilidad del plazo es la actividad procesal del interesado. En relación con este criterio, cabe señalar que tanto la peticionaria como la Isapre ejercieron la totalidad de sus derechos procesales en ambas causas. Esta sola circunstancia, naturalmente, extendió los términos de la tramitación del recurso. Tratándose del recurso de protección, es necesario ponderar un factor adicional: el tribunal de primera instancia se encontraba en Concepción, mientras que los padres de Martina residían en Arica. Entre ambas ciudades existe una distancia aproximada de 2.500 kilómetros. En este sentido, y tal como las mismas representantes indican, la distancia geográfica significó una dificultad para la tramitación del caso. En un contexto como el descrito, es absolutamente razonable que los plazos del juicio se dilataran, pero dentro de un contexto de tiempo razonable.

Un tercer factor de razonabilidad del plazo dice relación con la conducta de las autoridades judiciales durante el proceso. En cuanto este punto, el Estado de Chile estima que, de los antecedentes aportados por la contraparte, así como de aquellos facilitados por la Corte Suprema, no es posible advertir situación alguna que permita afirmar que el proceso se extendió debido a la inacción o negligencia del tribunal competente. Por el contrario, las autoridades judiciales cumplieron con sus obligaciones de la forma más diligente posible, en un contexto extremadamente

complejo. De allí que la duración del proceso no resulta imputable a la falta de actividad de los tribunales chilenos.

En cuarto lugar, un último criterio que permite definir cuándo el plazo de un procedimiento judicial es razonable dice relación con el grado de afectación que su duración irrogó a la persona sometida al procedimiento. En relación con este punto, y a partir de la evidencia presentada por los representantes de la supuesta víctima, no es posible concluir que la duración del proceso irrogara una afectación personal más allá de lo que es razonablemente esperable en estos contextos y del avance esperable de la enfermedad, **toda vez que en ningún momento la niña dejó de recibir el tratamiento prescrito.**

A la luz de los antecedentes expuestos, cabe afirmar que no existió una vulneración a la garantía del plazo razonable, establecida en el artículo 8.1 de la CADH. Por otro lado, ni la CIDH, ni la peticionaria, aportaron antecedentes adicionales que permitan afirmar que la duración del proceso fue imputable a la negligencia de los tribunales chilenos o a la Superintendencia de Salud.

En conclusión, no resultan ciertas ni efectivas las imputaciones que tanto la CIDH como la peticionaria realizan en cuanto el Estado habría infringido sus obligaciones internacionales en relación con las garantías del artículo 8.1 de la Convención.

Finalmente, tanto la CIDH como la peticionaria alegan que el Estado habría infringido sus deberes del artículo 1.1 en relación con el artículo 25 en el caso concreto. Nuevamente, esto resulta del todo equivocado. Ello porque el argumento de la contraria parte de un presupuesto equivocado, el cual, finalmente, le hace llegar a conclusiones igualmente erradas.

Tratándose del caso concreto, el Estado ha anteriormente explicado por qué proveyó a la peticionaria de un recurso sencillo, rápido y efectivo para amparar el derecho de Martina a la vida, a la integridad y a la salud, frente a la decisión de la Isapre que se negó a continuar financiando su hospitalización domiciliada amparada en una norma administrativa cuyo tenor hoy ha sido completamente modificado. Dicho recurso era la demanda ante el tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud. Ello porque este tribunal, altamente técnico y calificado, disponía de facultades jurisdiccionales dotadas de suficiente flexibilidad y discreción para resolver el caso de Martina de una forma que resultara conforme a las exigencias del derecho a la vida, a la integridad y a la salud de la niña.

En efecto, y a diferencia de lo que ocurría con las cortes ordinarias, el juez árbitro disponía de facultades para fallar incluso *contra legem* si la protección de derechos y las circunstancias así lo exigían. Asimismo, y tal como lo ha reiterado el tribunal arbitral, las exigencias tanto del derecho a

la seguridad social, como aquellas derivadas del derecho a la salud, forman parte del *corpus* sustantivo y procesal aplicable para la resolución de los casos sujetos a su conocimiento. Finalmente, las reglas de prudencia y equidad bajo las cuales debía resolver el juez árbitro le permitían ponderar adecuadamente la circunstancia de que la víctima del caso era, precisamente, una niña que sufría el síndrome de Leigh, pudiendo con ello dar pleno cumplimiento, como lo hizo posteriormente, a las exigencias del artículo 19 de la Convención.

En un escenario como el descrito, la peticionaria, simplemente, no utilizó, en una primera instancia, el recurso adecuado e idóneo que la ley chilena le proveía para proteger el derecho a la salud de Martina. Por razones que el Estado ignora, la peticionaria decidió presentar un recurso de protección en contra de la Isapre, y no la demanda correspondiente ante el tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud. Esta falta de agotamiento de recursos internos claramente no es imputable a la acción u omisión del Estado. Luego, la misma no podría representar una fuente de responsabilidad internacional para Chile. El Estado no es responsable por el hecho de que la peticionaria utilizara un recurso que, a la luz de las circunstancias del caso, no resultaba ser, precisamente, aquel más eficiente e idóneo para proteger los derechos de Martina.

Sin embargo, la regulación constitucional chilena es plenamente consciente de que una persona, por error, puede presentar un recurso de protección alegando una materia cuyo conocimiento no es propio de esta acción cautelar. En este sentido, la Constitución asume que esa persona podría, efectivamente, estar correcta en cuanto a su pretensión. Ello aun cuando hubiese hecho presente la misma a los tribunales por una vía procesal equivocada. Para efectos de custodiar los derechos de esta persona, el artículo 20 de la Constitución chilena establece expresamente que el ejercicio del recurso de protección es “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”. A partir de esta disposición constitucional, la jurisprudencia uniforme y constante de los tribunales nacionales ha comprendido que aquellas sentencias recaídas sobre recursos de protección que son rechazados no producen sino un efecto de cosa juzgada formal, más no material. Luego, la parte afectada puede, perfectamente, utilizar otras vías procesales, incluso de forma paralela, para hacer valer sus pretensiones ante otros tribunales.

Esto fue lo que, precisamente, ocurrió en este caso. La sentencia que rechazó el recurso de protección deducido en favor de Martina no privó a los padres de la niña del derecho de concurrir al tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud que, de acuerdo con la ley chilena, era el recurso efectivo e idóneo para custodiar de forma adecuada la vida, integridad y salud de Martina. Tan

efectivo e idóneo resultó ser el recurso en cuestión, que el mismo permitió que se restableciera, por parte de la Isapre, el financiamiento del tratamiento de hospitalización domiciliario requerido por Martina, el que, desde ese momento, nunca más fue interrumpido. Los hechos hablan por sí solos de la efectividad del recurso en cuestión, la cual es confirmada al considerar, como se ha indicado, que en el 80% de los casos, el tribunal arbitral resuelve favorablemente a las pretensiones de los demandantes, asegurando con ello la protección del derecho a la salud de las personas afectadas por alguna decisión injusta adoptada por sus Isapre o FONASA.

En conclusión: el Estado de Chile no ha infringido en caso alguno sus deberes, a la luz del artículo 1.1 de la Convención, respecto de los artículos 19 y 25 de la misma, en perjuicio de Martina.

4. Conclusión

Tanto la normativa aplicable al caso concreto, como los hechos del mismo permiten concluir de manera cierta que el Estado de Chile ha respetado fielmente sus obligaciones derivadas de los artículos 1.1 y 2 de la Convención, respecto de los artículos 8.1, 19 y 25 de la misma, en relación con la niña Martina Vera. La legislación nacional configura un recurso que resulta efectivo e idóneo para la protección de la salud de niños, niñas y adolescentes. Aquel recurso es respetuoso de todas las garantías propias del debido proceso y se hace cargo de la necesidad de conocer el asunto a la luz de las exigencias de los derechos a la vida, a la integridad y a la salud. Lamentablemente, en relación con el caso concreto, la peticionaria no utilizó aquella vía procesal, mecanismo idóneo para satisfacer sus pretensiones y, equivocadamente, hizo uso de una acción —el recurso de protección—, que no era la adecuada. Dicha circunstancia sin que la misma fuese imputable a la acción u omisión del Estado. Sin embargo, la normativa interna permitía, expresamente, que la peticionaria, pese al rechazo del recurso de protección, pudiera nuevamente concurrir a tribunales, pero esta vez utilizando el recurso efectivo y adecuado ante el tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud. Tan efectivo resultó aquel recurso que, a través de éste, los padres de Martina, finalmente, obligaron a la Isapre a continuar financiando la hospitalización domiciliaria de su hija. Por tanto, los hechos del caso no logran configurar ninguna hipótesis de responsabilidad internacional del Estado.

II.5 EL ESTADO NO HA INFRINGIDO, EN EL CONTEXTO DEL PRESENTE CASO, SUS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DERIVADAS DEL ARTÍCULO 1.1 DE LA CONVENCIÓN EN RELACIÓN CON SU ARTÍCULO 5.1 EN PERJUICIO DE LOS PADRES DE LA NIÑA MARTINA VERA

1. Introducción

La última fuente de responsabilidad internacional que tanto la CIDH como la peticionaria imputan al Estado dice relación con la supuesta afectación por parte de este, en relación con el caso concreto, del derecho a la integridad personal, recogido en el artículo 5.1 de la Convención, en perjuicio de los padres de la niña Martina Vera. Si bien el Estado reconoce que los padres de Martina pudieron experimentar un fuerte stress durante el proceso de su caso en Chile, el mismo no puede representar un atentado directo, orientado por el Estado, en contra de su integridad. Por ello, esta última imputación debe ser rechazada por la Honorable Corte.

2. El derecho a la integridad personal. Estándares aplicables al caso concreto

El artículo 5.1 de la Convención señala que “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”. La Honorable Corte ha permanentemente referido que esta garantía está directamente asociada con la dignidad de las personas. Esta garantía impediría al Estado inmiscuirse en cuestiones propias de la autonomía de las personas¹⁵⁴ y, al mismo tiempo, impediría al Estado atentar directamente contra la integridad de aquellas¹⁵⁵.

En cuanto a la afectación de la integridad física, psíquica y moral de una persona, la Honorable Corte ha resuelto que la cuestión si concurre o no una afectación de aquellas proscritas por el artículo 5.1 de la Convención es una materia que depende del grado de intensidad de la misma. En efecto, para la Honorable Corte, existen grados para la vulneración del derecho a la integridad personal, que abarca la integridad física, psíquica y moral. En ese entendido, ha dispuesto que:

¹⁵⁴ Medina, Cecilia (2018). *La Convención Americana de Derechos Humanos*. 1° Edición. Chile, pág. 230.

¹⁵⁵ Medina, Cecilia (2018). *La Convención Americana de Derechos Humanos*. 1° Edición. Chile, pág. 230.

La infracción de derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación **que tiene diversas connotaciones de grado** y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta¹⁵⁶ (el destacado es nuestro).

Por tanto, y a la luz de la jurisprudencia de la Honorable Corte, no cualquier afectación de la integridad moral de una persona necesariamente representará una infracción del artículo 5.1 de la Convención. Efectivamente, la existencia de una infracción de esta naturaleza necesariamente requerirá de un nivel de impacto desproporcionado en la persona afectada.

En segundo lugar, pero conectado con lo anterior, es preciso señalar que la jurisprudencia de la Honorable Corte ha distinguido dos situaciones en relación con la afectación del derecho a la integridad personal de los familiares de una presunta víctima. En primer lugar, existen casos en los cuales la Honorable Corte ha presumido que, bajo ciertos presupuestos, se ha infringido *necesariamente* el derecho a la integridad personal de los familiares de una presunta víctima. La Honorable Corte ha aplicado esta presunción de afectación suficiente únicamente en casos de desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, detenciones arbitrarias prolongadas e incluso masacres¹⁵⁷. Sin embargo, tratándose de casos que no sean de aquellos descritos anteriormente, la presunción no resulta aplicable. Luego, en esos casos, los familiares de la presunta víctima que alegan la afectación de su integridad personal deben probar suficientemente esa afectación ante el tribunal¹⁵⁸. El caso de los padres de Martina es, precisamente, uno de estos casos en los cuales la afectación de la integridad personal de los familiares no se presume.

¹⁵⁶ Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 57.

¹⁵⁷ Corte IDH. Caso Tarazona Arrieta y otros Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C No. 286, párr.145.

¹⁵⁸ Corte IDH. Caso Tarazona Arrieta y otros Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C No. 286, párrs. 145 y 146.

3. El Estado de Chile no ha infringido el derecho a la integridad personal de los padres de Martina

El Estado considera que los hechos del caso no permiten concluir, por sí solos, que las actuaciones de los órganos públicos en este caso hubiesen producido en la integridad de los padres de Martina un impacto tal que el mismo resulte desproporcionado. Ello por dos razones. Primero, las dificultades que ocasionaron situaciones de stress para los padres de Martina no son imputables a la acción del Estado, sino de un tercero privado: su Isapre. Segundo, el Estado adoptó las medidas para proteger el derecho a la salud de Martina y, desde esta perspectiva, los tribunales nacionales contribuyeron a disminuir la situación de natural stress y ansiedad que la Isapre pudo haber creado para sus padres.

Es evidente que la actuación de la Isapre en el presente caso creó una situación de stress y ansiedad. Efectivamente, el cese del financiamiento de la hospitalización domiciliaria de Martina creaba un escenario altamente complejo no sólo para la niña, sino también para sus padres que se veían obligados a financiar la prestación mientras sometían el caso ante los tribunales nacionales. Independiente de si ese nivel de stress y ansiedad superan el umbral exigido por la Honorable Corte para concluir la afectación del artículo 5.1 de la Convención, la producción del mismo no resulta imputable al Estado. Si bien alegaciones posteriores exceden el marco fáctico del caso, tal como se refirió anteriormente, las mismas, nuevamente, son producto de la acción de un tercero privado: la Isapre. De allí que no resulte posible imputar una afectación de la integridad personal de los padres de Martina a la acción del Estado, cualquiera fuese la entidad de esa afectación.

De hecho, el informe psicológico de los padres de Martina Vera, elaborado a partir de entrevistas que se hicieron en febrero de 2017, señaló expresamente que:

El objetivo del presente peritaje, y por lo cual se solicita, es el indagamiento de posibles efectos psicoemocionales, **luego que la Isapre MásVida S.A. decidiera negarles continuar haciendo uso del seguro de salud catastrófico en octubre de 2010**, que mantenía a su hija Martina Vera Rojas con acceso a los cuidados necesarios para sobrevivir el Síndrome de Leigh.¹⁵⁹ (el destacado es nuestro).

Por tanto, el mismo informe pericial que acompaña la peticionaria da cuenta de que la responsable de los niveles de stress y ansiedad experimentado por los padres de Martina no fue

¹⁵⁹ Párrafo 5° del informe.

otra entidad sino la Isapre, no el Estado. De la lectura del informe se puede extraer que todas las emociones que pueden estar sufriendo los padres, como ira, humillación, estrés, depresión, entre otros, tienen como fundamento las actuaciones de la Isapre.

En segundo lugar, han sido, precisamente, los tribunales del Estado, los cuales han contribuido de forma importante en disminuir los niveles de stress y ansiedad de los padres de Martina. Nuevamente, con independencia de la entidad de ese stress y esa ansiedad, la misma fue producida por un agente privado y, desde esa perspectiva, no resulta imputable al Estado. Sin embargo, los tribunales del Estado, una vez que conocieron de la situación denunciada, a través de los mecanismos procesales eficientes y adecuados, remediaron la situación y obligaron a la Isapre a restablecer el financiamiento de la prestación de Martina, la cual no ha sido interrumpida a partir de ese momento. Todo ello da cuenta de que la actuación de los órganos estatales competentes, para resolver de forma efectiva la situación de Martina, contribuyeron, necesariamente, a disminuir el natural nivel de stress y ansiedad que la actuación de la Isapre produjo para los padres de Martina. De hecho, el tribunal arbitral de la Superintendencia no sólo restableció el financiamiento de la prestación, sino que, además, obligó a la Isapre a pagar todos aquellos gastos adicionales en los que hubieron de incurrir los padres para financiar la hospitalización domiciliaria de Martina en el intertanto.

Los mismos hechos del caso dan cuenta de que el Estado, por medio de acciones concretas, realizó acciones que, al menos consideradas en abstracto, tenían la capacidad real de mejorar la calidad de vida de los padres de Martina, cuestión que, necesariamente, redundó en la protección de la integridad física, psíquica y moral de los padres de la niña. En esa misma línea, la peticionaria no logró acreditar en ningún momento el vínculo causal entre las supuestas vulneraciones a los derechos de la niña Martina Vera con las actuaciones del Estado. Ello no podía ser de otra forma considerando que fue el mismo Estado el que remedió la situación que dio lugar al stress y la ansiedad de los padres de Martina. Al no existir prueba que acredite el nexo causal entre las supuestas vulneraciones a los derechos de Martina y el actuar del Estado, no es posible en este caso concluir que el Estado es responsable de infringir sus deberes derivados del artículo 5.1 de la Convención¹⁶⁰.

4. Conclusión

¹⁶⁰ Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 207.

A la luz de los hechos mencionados, la peticionaria no logra acreditar suficientemente que la situación de stress y ansiedad que les originó la decisión de la Isapre, que se negó a continuar financiando la hospitalización domiciliaria de su hija, resulte imputable al Estado. Por otro lado, el Estado ha adoptado, a través del tribunal competente y de acuerdo con los procedimientos efectivos y adecuados, medidas concretas que permitieron terminar con la situación que dio lugar al stress y a la ansiedad de los padres de Martina. Por tanto, el Estado no infringió, en el contexto de este caso, sus obligaciones contempladas en el artículo 1.1. de la Convención en relación con el artículo 5.1 de la misma, en perjuicio de los padres de la niña.

III. SOBRE LAS PRETENSIONES EN MATERIA DE REPARACIÓN

De forma previa a que el Estado se refiera a las recomendaciones emitidas por la Comisión en su escrito de sometimiento, y a las reparaciones solicitadas por las representantes de la presunta víctima en la ESAP, se estima importante formular algunas consideraciones preliminares en torno a la naturaleza de las eventuales medidas de reparación en el contexto del sistema de protección regional de derechos, tales como el fundamento legal, elementos de la reparación integral, condiciones para que operen las reparaciones, y reparaciones ordenadas en casos similares al presente

III.1. Cuestiones preliminares

III.1.1 Fundamento legal

La base convencional para que esa Honorable Corte pueda determinar en sus decisiones las medidas que el Estado debe adoptar para el cumplimiento de la obligación de reparar luego de declarar las violaciones a los derechos humanos en un caso en concreto, se encuentra en el artículo 63.1 de la Convención Americana, el cual estipula: “[...] la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. Así entonces, la obligación de los Estados de reparar violaciones a los derechos humanos deriva del incumplimiento de su obligación general de garantizar dichos derechos. Al respecto la Corte IDH, mediante sus fallos, ha señalado que existen tres condiciones que determinan la obligación de reparar: (a) existencia de una violación de un derecho o libertad consagrada en la CADH¹⁶¹; (b) que dicha violación sea imputable al Estado¹⁶²; y (c) que exista daño.

¹⁶¹ Por ejemplo, en la Sentencia de 26 de septiembre de 2006 del Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile la Corte señala en el párrafo 2 de la parte declarativa que “el Estado incumplió sus obligaciones derivadas de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y violó los derechos consagrados los artículos 8.1 y 25 de dicho tratado”.

¹⁶² Este principio fue desarrollado extensamente por la Corte en su primer fallo (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 28 de julio de 1988), señalando en su párrafo 169 que “en

Si bien el artículo 63.1 hace referencia a la obligación de reparar, la jurisprudencia de la Corte IDH ha ido desarrollando esta obligación a través del concepto de “reparación integral”. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que “la reparación del daño ocasionado de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral”¹⁶³.

III.1.2 Elementos de la reparación integral

De acuerdo con lo anterior, la Corte ha considerado en su informe de 2012¹⁶⁴ como elementos de la reparación:

- i. *Las medidas de restitución:* aquellas que implican el restablecimiento, hasta donde sea posible, de la situación que existía antes de que ocurriera la violación;
- ii. *Las medidas de rehabilitación:* aquellas destinadas a brindar atención médica y psicológica necesaria para atender las necesidades de salud física y psíquica de las víctimas, las cuales deben implementarse de forma gratuita e inmediata por el Estado;
- iii. *Las medidas de satisfacción:* aquellas dirigidas a reparar el daño inmaterial (sufrimiento y aflicciones causados por la violación, tales como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y cualquier alteración de carácter no pecuniario en las condiciones de existencia de las víctimas). Dentro de ellas podemos incluir los actos u obras de alcance o repercusión pública, actos de reconocimiento de responsabilidad, disculpas públicas a favor de las víctimas y actos de conmemoración de las víctimas, teniendo como objetivos la

toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo”.

¹⁶³ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras. Fondo. Sentencia 28 de julio de 1988. Serie C N°7, párr. 26.

¹⁶⁴ Corte IDH, Informe anual 2012, páginas 19 y 20.

recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos;

- iv. *Las garantías de no repetición:* cuyo propósito fundamental es que las violaciones de derechos humanos ocurridas en el caso concreto no vuelvan a suceder. Estas garantías deben tener un alcance general, viéndose beneficiadas no sólo las víctimas del caso particular, sino también otras personas o grupos de la sociedad; y
- v. *La obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar:* obligación que tienen los Estados de garantizar la investigación efectiva de los hechos constitutivos de la violación de derechos humanos en el caso concreto y, en su caso, determinar quiénes fueron los autores materiales e intelectuales de dicha violación, así como de aplicar las sanciones correspondientes.

III.1.3 Condiciones para que operen las medidas de reparación

La Honorable Corte ha indicado en su jurisprudencia que las reparaciones consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. En ese sentido se debe destacar que: a) su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial; b) las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores; c) las reparaciones que se establezcan deben guardar relación con las violaciones declaradas anteriormente¹⁶⁵.

Entonces, a la hora de determinar las reparaciones que proceden en cada caso, se debe verificar la existencia del vínculo entre la vulneración de derechos humanos declarada y los perjuicios a ser reparados. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que “las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones alegadas, los daños acreditados, así como las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la Corte deberá observar dicha

¹⁶⁵ Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, pár. 223.

conurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho”¹⁶⁶. En otras palabras, la Corte IDH exige que exista un nexo real entre los hechos de la causa y el daño producido a las víctimas y una exigencia de proporcionalidad entre las consecuencias de la violación y la modalidad y cuantía de la reparación.

III.2. Rechazo a las medidas de reparación solicitadas

A lo largo del presente escrito, el Estado ha sostenido que no existen antecedentes de hecho y derecho que comprometan la responsabilidad internacional del Estado en el asunto en discusión. El Estado ha demostrado que adoptó las medidas de derecho interno necesarias apegadas a los procedimientos legales establecidos, que tuvieron por resultado cesar y reparar a las presuntas víctimas. Siguiendo esta argumentación y sin perjuicio de la evaluación que realice esa Honorable Corte sobre tales criterios para la no declaración de responsabilidad estatal¹⁶⁷, el Estado considera que el presente litigio carece de objeto, por tanto, dicho Tribunal Interamericano no debería pronunciarse sobre las reparaciones, costas y gastos¹⁶⁸.

En el evento que esa Honorable Corte considere que el Estado ha incurrido en alguna violación a derechos humanos en el presente caso, se hace presente que **luego de analizar los requerimientos de la contraparte, se considera que las medidas de reparación solicitadas por la Comisión en su escrito de sometimiento y por las representantes de la supuesta víctima deben ser rechazadas, ya que, en su mayoría, los daños o vulneraciones han sido remediados, en tanto los otros aspectos solicitados se encontraban en avanzado estado de gestión.**

El Estado expresa que esa Honorable Corte al momento de resolver acerca de las medidas de reparación solicitadas, deberá considerar siempre: a) los hechos que estrictamente constituyen el objeto del juicio, los cuales han sido delimitados por la Comisión Interamericana en su Informe de Fondo N° 107/18; b) el vínculo causal existente entre los hechos objeto del presente litigio, las

¹⁶⁶ Corte IDH, Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C N°191, párr. 110.

¹⁶⁷ Corte IDH. Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330, párr. 96.

¹⁶⁸ Corte IDH. Caso Arrom Suhurt y otros Vs. Paraguay. Fondo. Sentencia de 13 de mayo de 2019. Serie C No. 377, punto resolutive cuarto.

violaciones alegadas y el posible daño ocasionado a la supuesta víctima; c) la correspondiente prueba del daño, su naturaleza y cuantía; y d) las medidas de reparación ya adoptadas por el Estado de Chile en beneficio de la niña Martina Vera Rojas.

III.2.1 Escrito de sometimiento

La Comisión Interamericana, en el escrito por el cual somete este caso al conocimiento de esta Honorable Corte, solicitó las siguientes medidas de reparación: *“1. Reparar integralmente las violaciones de derechos humanos declaradas en el Informe de Fondo No. 107/18 en contra de la niña Martina Rebeca Vera Rojas y sus padres, tanto en el aspecto material como inmaterial, incluyendo una justa compensación. 2. Disponer las medidas de atención en salud física y mental necesarias para la rehabilitación de Ramiro Vera Luza y Carolina Rojas Farías, de ser su voluntad y de manera concertada. 3. Asegurar que el régimen de hospitalización domiciliaria de Martina Vera Rojas se mantenga vigente mientras lo requiera. Esta medida de reparación incluye que cualquier determinación futura que se efectúe sobre dicho régimen, cumpla con las obligaciones internacionales de Chile en la materia y tenga como eje central el interés superior de la víctima como niña con discapacidad. 4. Disponer mecanismos de no repetición que incluyan: 1) asegurar que el proceso ante la Superintendencia de Salud, sobre conflictos entre Isapres y asegurados frente al retiro de prestaciones médicas respecto de enfermedades graves, cumplan con los estándares establecidos en el presente informe; y ii) asegurar que existan recursos judiciales idóneos y expeditos para impugnar posibles decisiones de las Isapres que puedan afectar el derecho a la salud y seguridad social de una persona y poner en peligro su vida e integridad personal.”*

A ese respecto, cabe señalar que las medidas 1) y 4) se encuentran cumplidas, a excepción, en el caso de la medida 1) en lo que se refiere al daño inmaterial, sobre lo cual nos referiremos más adelante. Cabe señalar que la propia parte peticionaria entiende en su ESAP que el daño material ya fue restituido. Las medidas 2) y 3) se encuentran pendientes. Cabe señalar que distintas gestiones contempladas que decían relación con las medidas en cuestión no han podido ser avanzadas debido a la decisión de la Comisión de elevar el caso a esta Ilustre Corte, de manera que no abundaremos sobre estas, aunque si consignamos que el Estado durante el desarrollo del procedimiento ante la CIDH tuvo siempre la mejor disposición para dar satisfacción, en el marco de la debida correspondencia, a las medidas solicitadas. A mayor abundamiento y para el debido conocimiento

de la Corte nos remitimos al informe de cumplimiento que el Estado puso a disposición de la Comisión con fecha 4 de septiembre de 2019, del cual acompañamos copia.

III.2.2. Escrito de solicitudes, argumentos y pruebas

Como se señaló, las representantes de la presunta víctima, en su escrito de ESAP, solicitan a esta Honorable Corte diversas medidas.

Para el Estado, y como principio general en este caso, las medidas de reparación solicitadas por la CIDH y la parte peticionaria deberían ser rechazadas ya que, los daños o vulneraciones han sido remediadas. No obstante, es preciso hacer presente que para que operen los remedios internos respecto a ello, debiera haberse ejercido la correspondiente acción de indemnización de perjuicios en contra de la Isapre. Para este efecto, el fallo de la Corte Suprema no constituye cosa juzgada, toda vez que no hay coincidencia de cosa pedida ni de causa de pedir, puesto que dicha acción requiere de un juicio de lato conocimiento, muy diferente del que tiene lugar con motivo de la perturbación o amenaza de un derecho garantizado constitucionalmente.

Dicho aquello, algunas de las peticiones exigen una especial consideración. Antes que todo, el Estado rechaza la necesidad de realizar reformas legales o reglamentarias al sistema de salud dado que este probó, en este caso, que es capaz de reaccionar ante un problema y solucionarlo de acuerdo con los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

En este sentido, rechazamos el pedido de los representantes de la víctima en orden a modificar el orden jurídico respectivo dado que precisamente este dio una respuesta adecuada que permitió salvaguardar la salud e integridad física de la niña Martina Vera. En efecto, la Superintendencia de Salud modificó el punto 10 de la Circular IF/N° 7 que se refería a las enfermedades crónicas, excluyendo el que la hospitalización domiciliaria no se aplicaba a dichas enfermedades y, entendiendo, además, que el síndrome de Leigh no era una de ellas. Con ello dio garantías que el tratamiento médico de Martina sería cubierto por la ISAPRE.

También rechazamos la pretensión de las representantes de efectuar una modificación a la norma constitucional referida al recurso de protección sobre el derecho a la salud y se adopten las medidas

necesarias para modificar las prácticas judiciales sobre los reclamos vinculados al derecho a la salud. Ello debido a que al revisar la jurisprudencia emitida por las cortes nacionales respecto de recursos de protección frente a situaciones similares al caso de la niña Martina Vera, y la idoneidad de este recurso para amparar la protección de los derechos fundamentales de las personas afectadas, se encontró que en el período de 2009 al 2019, la Corte Suprema y Corte de Apelaciones en sentencias referidas a casos relacionados con la interrupción o denegación de cobertura CAEC de hospitalización domiciliaria por parte de ISAPRES, conocidos bajo la acción de protección de derechos fundamentales regulada en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, no se ha limitado el derecho a la salud a sólo el derecho de elegir el sistema de salud, además de emitir pronunciamientos que consideran los estándares internacionales de derechos humanos en la materia. Efectivamente, en el estudio de jurisprudencia elaborado por el Poder Judicial da cuenta de los siguientes hallazgos:

- a. El análisis cuantitativo de las sentencias encontradas en el período antes señalado (168), a diferencia de lo resuelto por la Corte Suprema en el caso de la niña Martina Vera, en la mayoría de los casos, las Cortes de Apelaciones resolvieron acoger este tipo de recursos (60% de las sentencias revisadas). Por su parte, la Corte Suprema ha confirmado la mayoría de las sentencias que han acogido este tipo de recursos de protección (65% de estos fallos) y ha revocado un porcentaje significativo de sentencias que rechazan estos recursos (33% de estas sentencias).
- b. En cuanto a los argumentos utilizados para resolver estas acciones, se indentificó que, las cortes han tendido a fundamentar sus decisiones en la afectación de distintos derechos fundamentales, particularmente, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, el derecho de propiedad e incluso, el derecho a la protección de salud.
- c. También, los tribunales superiores de justicia, a diferencia de lo resuelto en el caso de la niña Martina Vera, sí suelen cuestionar la calificación de cronicidad que realizan las Isapres para excluir la cobertura de hospitalización domiciliaria de enfermedades crónicas, señalando, en algunas de estas sentencias, que las Isapres debiesen efectuar una interpretación restrictiva de la calificación de cronicidad y, en otras, acogiendo aquellos recursos de protección en los que las Isapres no han logrado acreditar el carácter crónico de la enfermedad.

- d. Adicionalmente, se observa que las cortes han tendido a fundar sus decisiones en los antecedentes médicos que justifican la necesidad de otorgar la cobertura de la hospitalización domiciliaria, dejando de aplicar otros criterios de exclusión de este tipo de cobertura, como lo sería la cronicidad de la enfermedad antes mencionada.
- e. Asimismo, en las sentencias más recientes, en el período comprendido en el segundo semestre de 2017 a diciembre de 2019, se observa que los tribunales superiores de justicia dejan de pronunciarse respecto de la cronicidad de las enfermedades que generan la necesidad de hospitalización domiciliaria, lo que se explica por la modificación de la Circular N° 7 de la Superintendencia de Salud del año 2017, que prohíbe a las Isapres excluir las enfermedades crónicas de la cobertura CAEC de este tipo de hospitalizaciones.
- f. Finalmente, también fue posible reconocer en las sentencias revisadas que, a diferencia de lo que ocurrió en el caso de la niña Martina Vera, las cortes han comenzado a tomar en consideración los estándares internacionales, en especial, aquellos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y particularmente, el derecho de protección de la salud de los niños, niñas y adolescentes.

Por otro lado, en el transcurso de los últimos años, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia del país ha sido bastante consistente en ordenar el financiamiento de medicamentos o tratamientos de costo extraordinario, con fundamento en la protección constitucional, y convencional, de los derechos a la vida y salud de las personas¹⁶⁹. En tal sentido, no se vislumbra la necesidad de las modificaciones propuestas.

Actualmente, se encuentra en tramitación legislativa un proyecto de ley de reforma del Fondo Nacional de Salud (FONASA), y recientemente el Ministro de Salud ha mencionado la posibilidad de revisar el actual sistema de ISAPRES¹⁷⁰. De tal manera que el tipo de informes técnicos solicitados por la contraparte ya se están realizando con motivo de la situación en estudio. No se vislumbra la efectiva aportación de un nuevo informe de tal naturaleza, en el contexto de un actual proyecto de

¹⁶⁹ Un estudio completo de estos fallos en: <https://observatoriojudicial.org/corte-suprema-versus-ricarte-soto/>

¹⁷⁰ Proyecto de ley “Reforma el Fondo Nacional de Salud y crea un Plan de Salud Universal” Fecha de ingreso: martes 07 de enero de 2020. Estado Primer trámite constitucional. Número de boletín 13.178-11.

modificación del sistema de salud chileno. Más bien, puede asegurarse que la situación de Martina será informada y considerada en la elaboración y estudio de los proyectos legislativos.

Respecto de la solicitud de compensación económica exigida por la Comisión, el Estado señala que la misma es improcedente, puesto que, como ya se ha afirmado en varias oportunidades, la premisa para su otorgamiento no concurre. En cuanto al daño material, se ha señalado que el Estado ordenó a la ISAPRE reembolsara los costos incurridos por los padres de la niña hasta que se restableció su responsabilidad respecto de la hospitalización domiciliaria, por lo que no se configura ningún gasto que se deba reparar en este sentido. Esta circunstancia, ha sido también reconocida por las representantes de las presuntas víctimas en su ESAP. En cuanto al daño inmaterial, es difícilmente sostenible la procedencia del pago de una indemnización por daño inmaterial de responsabilidad del Estado, toda vez que la afectación de los derechos de la niña se habría producido con motivo de un acto de un privado a quien el Estado ordenó retrotraer los hechos a la situación anterior a la vulneración. Por ende, los peticionarios aún tienen a su disposición en el ámbito interno la correspondiente acción de indemnización de perjuicios por daño moral, recurso interno que no ha sido agotado.

Relacionado con lo anterior, las representantes de las presuntas víctimas solicitan que se les pague una compensación indemnizatoria en concepto de daño inmaterial de USD\$150.000 (USD\$50.000.- para cada víctima). Al respecto, el Estado de Chile, junto con reiterar la improcedencia de éstas, destaca que no hay antecedentes objetivos que justifiquen el alto monto y entidad de la indemnización solicitada, en especial teniendo en consideración que por disposición de un órgano de la Administración del Estado, en este caso la Superintendencia de Salud, ha solucionado integralmente el régimen de prestación de salud de Martina, asegurándosele la mantención del mismo.

De hecho hay precedentes de esa Honorable Corte en caso de violaciones de derechos humanos que, aun no siendo por hechos similares a los de este caso, confieren una pauta que permite justificar lo antes dicho en materia de monto de indemnizaciones, que respeta el principio de que no puede haber enriquecimiento para las víctimas:

- Caso Ruiz Fuentes y otra vs. Guatemala. 10 de octubre de 2019. Se condena al Estado por violación del derecho a la vida y a la integridad personal del Sr. Ruiz a quien se aplicó la pena de muerte; por vulneración del derecho a las garantías judiciales y protección judicial y por vulneración del derecho a la integridad personal de la hermana de la víctima, se condena al Estado a pagar US\$60.000 que se reparte entre la cónyuge, la pareja y los hijos de la víctima, y a pagar US\$10.000 a la hermana de la víctima.
- Caso Rosadio Villavicencio vs. Perú. 14 de octubre de 2019. El Estado es condenado a indemnizar por daños inmateriales la suma de US\$ 20.000, por violar el principio *non bis in idem*; del derecho a contar con información previa y detallada de la acusación; del derecho de defensa y del derecho a ser informado de las razones de la detención; del derecho a las garantías judiciales y al principio de legalidad y del derecho a la libertad personal.
- Caso Almonacid Arellano y otros con Chile. 26 de septiembre de 2006. El Estado de Chile fue condenado por no haber investigado ni sancionado a los responsables de una ejecución extrajudicial de don Luis Alfredo Almonacid y por no haber reparado adecuadamente a sus familiares. En este caso la Corte no estimó necesaria una compensación monetaria, pues el Estado ya había realizado una reparación satisfactoria, agregando que la sentencia constituía una forma suficiente de reparación.
- Caso Maldonado Vargas y otros vs. Chile. 2 de septiembre de 2015. Se condena al Estado de Chile a pagar a un grupo de personas por hechos de tortura entre US\$25.000 y US\$30.000 a cada una de las víctimas en razón de la demora excesiva para iniciar la investigación por vulneración del derecho a la protección judicial.
- Caso Amrhein y otros con Costa Rica. 25 de abril 2018. Se informó que a algunas de las presuntas víctimas se les habían vulnerado diversos derechos a las garantías judiciales en el marco de los procesos penales en su contra (el derecho a contar con un juez competente, independiente e imparcial, derecho a ser juzgado en un plazo razonable y derecho a la defensa). También se alegó vulneración al derecho a la libertad personal. Fue este último derecho el que la Corte consideró vulnerado, y concluyó que se violó este derecho de don Jorge Martínez Meléndez, quien permaneció más de 13 meses con una medida cautelar, condenándose al Estado de Costa Rica a pagar US\$2.000 por daño inmaterial.

Los casos antes reseñados muestran condenas por daños inmateriales muy inferiores a los solicitados por los demandantes en este caso, siendo la intensidad de la vulneración, en algunos

casos, claramente superior a la que se examina. De acuerdo con lo expuesto, y en el improbable caso de estimar esa Honorable Corte que procedería una eventual indemnización por daños inmateriales, el Estado de Chile solicita que el monto de ésta refleje fielmente el posible perjuicio causado a las víctimas; las actuaciones del Estado de Chile que permitieron superar de manera definitiva lo solicitado por las víctimas en relación a las medidas para proteger la salud de la niña Martina Vera; y los precedentes por indemnizaciones por daños inmateriales, de tal forma que no sean desproporcionados al compararlos con los montos previamente por esa Honorable Corte.

Por otro lado, las representantes de las presuntas víctimas solicitan medidas de reparación que no guardan relación con los hechos del caso ni con los presuntos daños ocasionados, siendo innecesarias porque ya existe una regulación al respecto o no aportan prueba sobre su insuficiencia. Así, se solicita se ordene otorgar facultades legales y el presupuesto necesario a la Defensoría de la Niñez para que participe en los procesos ante la Superintendencia de Salud o judiciales, en defensa del interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Como es conocido, la Defensoría de la Niñez fue creada a través de la Ley N° 21.067, del 29 de enero de 2018, años después de ocurrido los hechos denunciados en el presente caso, además cuenta con la función de defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes¹⁷¹, sobre hechos que podrían constituir violaciones a derechos humanos pero que aún no han sido conocidos por otras instancias públicas en procedimientos judiciales o administrativos¹⁷². También, puede interponer querellas sobre hechos que involucren a niños y revistan caracteres de gravedad, relevancia o interés social comprometido para ciertos delitos¹⁷³, y deducir recursos de protección y amparo, en el ámbito de su competencia¹⁷⁴. Debido a su reciente creación, la Defensoría de la Niñez tiene incidencia a nivel nacional con sede central en Santiago y una sede en la Región de la Araucanía, pero con la proyección de inaugurar pronto cuatro

¹⁷¹ Artículos 4º letra c de la Ley N° 21.067.

¹⁷² Se encuentra en discusión el proyecto de ley que crea un Sistema de Protección Integral de los Derechos de la Niñez, Boletín N° 10.215-18, actualmente en segundo trámite constitucional, conformado por varias dependencias administrativas como el Ministerio de Desarrollo Social, la Subsecretaría de la Niñez, la Defensoría de la Niñez, el Servicio de Protección a la Niñez, Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil, Tribunales de Familia, Comité Interministerial de Desarrollo Social de la Niñez y Oficinas Locales de la Niñez.

¹⁷³ Artículo 16 inciso 4º de la Ley N° 21.067.

¹⁷⁴ Artículo 16 inciso 5º de la Ley N° 21.067.

nuevas sedes regionales, para luego tener presencia en cada región del país¹⁷⁵. De esta manera, el marco legal y el incremento progresivo de recursos para alcanzar cobertura nacional no se condicen con la pretensión de reparación planteada por las representantes.

De igual manera, las representantes solicitan capacitaciones a funcionarios estatales y funcionarios relevantes de las Isapres, y fortalecer el acceso a la información como instrumento para el goce efectivo de otros derechos humanos, por medio del diseño y publicación de una cartilla informativa de derechos. Sobre lo anterior, la impartición de capacitaciones en materia de derechos humanos es un mandato legal que se encuentra reconocido en la Ley Nº 20.885 que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, instancia encargada de suscribir convenios para capacitar a funcionarios públicos y privados. Respecto a la otra medida solicitada, ya se encuentra cubierto por la cartilla informativa de los derechos y deberes de los pacientes de la Ley Nº 20.584, de manera que no parece necesario y sería mas bien redundante.

Por último, y en forma subsidiaria a la negación de que existan violaciones de derechos que requieran de reparación, el Estado hace expresa reserva del hecho que todo perjuicio a indemnizar requiere de prueba de su vínculo causal entre lo obrado por el Estado y el perjuicio que se alega haber sufrido. En esta oportunidad, previa a la rendición de pruebas, negamos que el Estado sea el causante de los perjuicios que se pretenden reparar en términos de la afectación de la salud mental de los padres de Martina.

En términos generales, las medidas de reparación solicitadas por la CIDH y la parte peticionaria deberían ser rechazadas ya que los daños o vulneraciones aludidos en este caso han sido remediados.

Petición

Por todos los argumentos de hecho y de derecho anteriormente expuestos y, para el improbable caso en que fuese condenado en el presente caso, el Estado de Chile viene en alegar que no resulta

¹⁷⁵ Ver: <https://www.defensorianinez.cl/home-adulto/sobre-nosotros-adulto/quienes-somos-adulto/>.

necesario y adecuado que este Honorable tribunal decrete nuevas medidas de reparación o establezca garantías de no repetición.

IV. COSTAS Y GASTOS

Respecto de los gastos alegados por las representantes de las supuestas víctimas, ya sea que hayan sido irrogados por éstas o por dichas representantes, así como respecto de eventuales gastos futuros a los que se hace referencia en el ESAP, el Estado hace expresa reserva de que, en el evento de un fallo condenatorio, sólo se le podría requerir el reembolso de gastos necesarios debidamente acreditados. Ello exige una prueba del vínculo causal entre la conducta del Estado y el motivo por el cual se realiza el respectivo gasto, así como antecedentes relativos a la necesidad y razonabilidad del mismo.

Dicho lo anterior, debe agregarse que la parte contradictoria no ha acompañado antecedente alguno que acredite el monto de las erogaciones por gestiones y procuración jurídica al que se hacen mención.

En el caso puntual del monto alegado por concepto de gastos por viajes de los padres de Martina “desde Arica a Santiago tanto para reunirse con su abogada, peritos psicológicos y psiquiátricos, como para concurrir a reuniones con los agentes estatales (...) que ascienden, al menos, a USD \$1.909294”¹⁷⁶, el Estado estima que no procede considerar dicho monto, por los siguientes motivos¹⁷⁷:

- Se acompañan pasajes de avión, sin acompañar antecedentes que acrediten alguno de los trámites descritos por las representadas y que digan relación con el presente caso.
- La cifra pagada por los pasajes que figuran en las páginas 1 a 4 del anexo al ESAP está ilegible, por lo que no se puede corroborar el monto alegado.
- Dentro de la documentación acompañada al ESAP, se incluye un pasaje correspondiente a la Sra. María Farías, que no es parte del presente proceso, directa ni indirectamente.

¹⁷⁶ ESAP, pagina 108.

¹⁷⁷ ESAP, Anexo M. Documentos Varios 15. Copia de pasajes aéreos.

- Los viajes realizados por los padres de Martina en febrero y marzo de 2019 se efectuaron con el fin de que la niña Martina recibiera tratamientos médicos en Santiago, por lo que dichos gastos ya estaban considerados con anterioridad. De hecho, la misma representante de la presunta víctima informa de estos hechos a ese Honorable Tribunal¹⁷⁸.

Por tanto, el Estado solicita a esa Honorable Corte desestimar la alegación de las representantes, por considerar su total improcedencia.

V. RESPALDO PROBATORIO

V.1. SOLICITUD DE EXCLUSIÓN DEL PERITAJE DE LA PROFESORA JUDITH BUENO DE MEZQUITA

El Estado objeta que se incluya a la profesora Judith Bueno de Mezquita, solicitando a la Honorable Corte que tenga a bien excluir este peritaje, en razón de no haber sido solicitado su peritaje en la oportunidad procesal correspondiente y en la forma reglamentaria.

El artículo 40.2. letra c) del Reglamento de la Corte prescribe:

“Artículo 40.2. El escrito de solicitudes, argumentos y pruebas deberá contener:

...

- c. la individualización de declarantes y el objeto de su declaración. En el caso de los peritos, deberán además remitir su hoja de vida y sus datos de contacto;”*

De dicho precepto se desprende nítidamente que la oportunidad procesal para que los representantes propongan peritos es la presentación del escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, el cual debe ser presentado a la Honorable Corte en el plazo “improrrogable” de dos

¹⁷⁸ ESAP, página 56

meses, contados a partir de la notificación de la presentación del caso (artículo 40.1. del Reglamento).

En efecto, la norma precitada expresa en términos perentorios (“deberá”) la exigencia de que sea en dicho escrito en el que conste la individualización de los declarantes, incluyendo peritos.

En los términos textuales del precepto citado, los peritos deben ser “individualizados”, lo que en su acepción relevante, según el Diccionario de la RAE, implica lo mismo que “individuar”, es decir, “determinar individuos comprendidos en una especie”. Esto excluye la alusión a una categoría genérica, sino que exige determinar a un individuo específico.

Las representantes **no** individualizaron a la profesora Bueno de Mezquita en su lista de peritos ofrecidos.

Por el contrario, ofrecieron el peritaje en términos genéricos en su ESAP, así:

“Persona experta cuyo nombre será informado a la brevedad, quien declarará sobre los contenidos del derecho a la salud bajo el derecho internacional de los derechos humanos que resultan aplicables al presente caso. Se referirá a las implicaciones concretas de los deberes de regulación y fiscalización y las particularidades de dichos deberes en un sistema mixto como el de las ISAPRES en Chile. También analizará cuestiones relacionadas con priorización de recursos y las complejidades que plantean las enfermedades catastróficas, incluyendo los referidos deberes de regulación y fiscalización por parte del Estado para prevenir violaciones del derecho a la salud en un sistema de participación de actores privados tanto la prestación como el financiamiento de la salud. Asimismo, se referirá a las obligaciones especiales y reforzadas de los Estado para garantizar el derecho a la salud de niños y niñas y personas con discapacidad. El perito podrá referirse a los hechos del caso.” (ESAP, pp. 110 y 111. Destacado en el original).”

Esto no constituye una “individualización” de la perito que se ha ofrecido bajo, incumpléndose el artículo 40.2.c. del Reglamento. Por esta razón, el Estado respetuosamente objeta este peritaje.

La perito ofrecida fue individualizada recién el día 21 de febrero 2020, mediante correo electrónico a la casilla de Trámite de la Corte, en los siguientes términos:

“Aprovechamos esta oportunidad para informar a la Honorable Corte que la perita ofrecida en el punto X.2. para declarar sobre los contenidos del derecho a la salud bajo el derecho internacional de los derechos humanos que resulten aplicable en el presente caso es la profesora Judith Bueno de Mesquita, cuyo currículum acompañaremos dentro del plazo del artículo 28.1 del Reglamento de la Honorable Corte, el próximo 24 de febrero. “

En consecuencia, la oferta de perito no satisface las exigencias del reglamento, en cuanto:

- No se realizó en la forma exigida en el artículo 40.2.c, al no individualizarse el perito en el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas.
- No se realizó en el momento oportuno (en la presentación de dicho escrito), y ni siquiera se realizó dentro del plazo de 2 meses para presentación del ESAP, sino mucho después, precluyendo por lo tanto el derecho a ofrecer esta perito.

Por tanto, el Estado solicita respetuosamente a la Honorable Comisión excluir el peritaje de la profesora Judith Bueno de Mesquita.

V. RESPALDO PROBATORIO

En virtud del artículo 41.1.b, el Estado viene a ofrecer la siguiente prueba:

V.1. PRUEBA PERICIAL

De conformidad con el artículo 41.1 letra c) del Reglamento de la Corte, el Estado ofrece a los siguientes declarantes, y solicita a la Corte que se reciba el testimonio de todas las personas individualizadas.

i. Peritos

- a. **Tatiana Cristina Muñoz Caro.** Médico cirujano de la Universidad de la Santiago de Chile. Especialización médica en Neurología Pediátrica en la Universidad de Chile, Hospital Roberto del Río. Especialización médica en trastornos genéticos metabólicos y bioquímicos en la Universidad de Toronto Canadá, *The Hospital for Sick Children. Observership*, Errores Congénitos del metabolismo, *Royal Children’s Hospital*, Brisbane, Australia. La doctora Muñoz ofrecerá peritaje sobre el nivel de

cuidados necesarios para personas en la situación de Martina Vera, pudiendo pronunciarse sobre los hechos del caso.

Teléfono de contacto: [REDACTED]

Correo Electrónico: [REDACTED]

- b. Carmen Gloria Droguett González.** Abogada, Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile, profesora de la Universidad Andrés Bellow. La profesora Droguett rendirá peritaje sobre cómo el diseño institucional de los recursos impetrados en este caso, y en particular aquellos conocidos por la Superintendencia, favorecen la protección de derechos convencionales, pudiendo referirse a los hechos del caso.

Teléfono de contacto [REDACTED]

Correo Electrónico: [REDACTED]

V.2 PRUEBA DOCUMENTAL

INFORMES	
ANEXO I	Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección de Derechos Humanos. Informe de cumplimiento en caso 13.309 ante CIDH, de fecha 4 de septiembre de 2019
ANEXO II	Superintendencia de Salud. Informe consolidado del Departamento de Estudios sobre Beneficio CAEC del RUT 22.218.431-2. Información acumulada a marzo de 2019.
NORMATIVA NACIONAL Y ACTAS ADMINISTRATIVAS	
ANEXO III	Constitución Política de la República. Disponible en el siguiente enlace: https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302
ANEXO IV	Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763 de 1979 y de las leyes N° 18.933 y 18.469. Disponible en el siguiente enlace: https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=249177
ANEXO V	Circular IF 8, de la Superintendencia de Salud. Imparte instrucciones sobre el Procedimiento de Arbitraje para el Conocimiento, Tramitación y Resolución de Controversias que surjan entre las Instituciones de Salud Previsional o el Fondo Nacional de Salud y sus Cotizantes o Beneficiarios. Disponible en el siguiente enlace: http://www.supersalud.gob.cl/normativa/668/articles-971_recurso_1.pdf . Modificada por CIRCULAR IF/ N° 117: Imparte instrucciones para regular el cumplimiento por parte de las Aseguradoras de lo instruido en los actos y resoluciones dictadas en los procesos de resolución de reclamos administrativos y juicios arbitrales, de 27 abril de 2010. Disponible también en el siguiente enlace: http://www.supersalud.gob.cl/normativa/668/articles-5832_recurso_1.pdf
ANEXO VI	Auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales, de la Excm. Corte Suprema de Justicia, de 24 de junio de 1992 (Disponible en el siguiente enlace: https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=18 , Modificado por ACTA N° 70-2007 de la Excm. Corte Suprema de Justicia, que modifica Auto acordado sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales (Disponible en el siguiente enlace: https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=261519)
ANEXO VII	ACTA NÚMERO 94-2015 de la Excm. Corte Suprema de Justicia. Texto refundido del auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales. Disponible en el siguiente enlace: https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1080916
ANEXO VIII	ACTA 173 – 2018 de la Excm. Corte Suprema de Justicia, que modifica auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales. Disponible en el siguiente enlace: https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1123620

ANEXO IX	Decreto N° 3 del Ministerio de Salud. Aprueba garantías explícitas en salud del régimen general de garantías en salud. Disponible en el siguiente enlace: https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1088081
ANEXO X	Garantías Explícitas en Salud. Disponible en: http://www.supersalud.gob.cl/difusion/665/articles-19001_recurso_1.pdf .
ANEXO XI	Ley N° 19.937 que modifica el D.L. N° 2.753 de 1979, con la finalidad de establecer una nueva concepción de la autoridad sanitaria, distintas modalidades de gestión y fortalecer la participación ciudadana. Disponible en: https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=221629
ANEXO XII	Ley N° 18.933 que crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por Isapre y deroga el Decreto con Fuerza de Ley N° 3 de 1981, publicada el 9 de marzo de 1990. Disponible en: https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30304
ANEXO XIII	Decreto Supremo N° 62 del Ministerio de Salud, publicado el 8 de julio de 2013. Aprueba Reglamento para la Constitución y Funcionamiento de Comités de Ética Asistencial. Disponible en: https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1052731
ANEXO XIV	Norma Técnica N° 820 sobre Estándares de Información de Salud, aprobada en Decreto Exento N° 643 de diciembre de 2016. Disponible en: https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1099221
ANEXO XV	Ley N°19.966: Plan de Acceso Universal con Garantías Explícitas. Establece un régimen de garantías en salud (Plan AUGE)". Disponible en: https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229834
ANEXO XVI	Ley N°20.015 Instituciones de Salud Previsional. "Modifica la Ley N° 18.933, sobre instituciones de salud previsional. Disponible en: https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=238102
ANEXO XVII	Ley N°19.888. "Establece financiamiento necesario para asegurar los objetivos sociales prioritarios del Gobierno". Disponible en: https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=213493
ANEXO XVIII	Ley N°20.584. Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. Disponible en: https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1039348
ANEXO XIX	Superintendencia de Salud. Circular IF/282 (2017). Disponible en: http://www.supersalud.gob.cl/normativa/668/articles-15341_recurso_1.pdf
ANEXO XX	Superintendencia de Salud. Circular IF/N° 290. Requisitos de la Hospitalización Domiciliaria para la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas. Disponible en: http://www.supersalud.gob.cl/normativa/668/w3-article-16198.html
ANEXO XXI	Superintendencia de Salud. Circular IF/N° 330 el 27 de agosto de 2019. Imparte instrucciones para formalizar la modificación y término de la Hospitalización Domiciliaria. Disponible en: http://www.supersalud.gob.cl/normativa/668/w3-article-18579.html
ANEXO XXII	Manual para profesionales de la salud. Sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo. Disponible en: https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2016/06/MEDICOS_LEY-RICARTE-SOTO_final.pdf

OTROS DOCUMENTOS	
ANEXO XXIII	Carta Isapre MasVida, de 10 de septiembre de 2012, informando cumplimiento de sentencia arbitral caratulada "Rojas Farías, Carolina con Isapre MasVida S.A.", Rol 451658-2011.
ANEXO XXIV	Hoja de vida del perito Tatiana Cristina Muñoz Caro
ANEXO XXV	Hoja de vida del perito Carmen Gloria Droguett González

VI. AGENTES

En virtud del artículo 23 del Reglamento de la Corte, el Estado con fecha 3 de enero de 2020, designó como agentes de Chile en el presente caso a los señores: Juan Pablo Crisóstomo, Director de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores; Luis Petit-Laurent, Jefe del Departamento de Sistema Interamericano de Derechos Humanos del mismo Ministerio; Gonzalo Candia, Jefe de la División de Protección de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; y mediante escrito de 15 de junio de 2020 se designó, además, al señor Francisco Javier Urbina Molfino, Agregado de Derechos Humanos en la Misión de Chile ante la Organización de Estados Americanos, como agente del Estado.

Asimismo, ratificamos la designación del Sr. Oliver López y la Sra. Karen Zacur López, funcionarios de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, de la Sra. María Ignacia Macari Toro y de la Sra. Constanza Alejandra Richards Yáñez, funcionarias de la División de Protección del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, como agentes alternos del Estado en la presente causa.

VII. CUESTIONES ADICIONALES EN RELACIÓN CON LAS REPRESENTANTES DE LA PETICIONARIA

Sin perjuicio de las consideraciones expuestas en torno a las excepciones preliminares y al fondo del caso, el Estado de Chile respetuosamente quisiera llamar la atención de esa Honorable Corte respecto de una circunstancia que estima debe ser analizada. Dicha circunstancia dice relación con las representantes de la parte peticionaria en este caso. Nos referimos a las abogadas Karinna Fernández y Silvia Serrano.

Una de las abogadas que patrocinó la petición presentada por los padres de Martina ante la CIDH, en 2011, fue la señora Karinna Fernández. Con fecha 14 de abril de 2017, ella presentó un escrito a la CIDH renunciando a su representación en diferentes casos. Entre ellos se encontraba, precisamente, el caso N° 13.039, relativo a la situación de Martina Vera Rojas. El motivo de la renuncia fue su contratación como funcionaria de la CIDH. La representante realizó funciones oficiales al interior de la CIDH desde el mes de abril de 2017 al mes de julio de 2019. Por tanto, la representante trabajaba al interior de la CIDH al momento en que se dictó el informe de fondo que en este caso se pronunció contra el Estado. Una vez que la representante dejó la CIDH, reasumió inmediatamente el patrocinio del presente caso ante la CIDH y luego esta Honorable Corte.

Por otra parte, la abogada Silvia Serrano cuenta con la co-representación de la peticionaria en el presente caso, según consta del escrito de delegación de poder, presentado por la abogada Karinna Fernández Neira, con fecha 14 de noviembre de 2019. La representante fue abogada de la Secretaría Ejecutiva de la CIDH, al menos hasta el 16 de julio de 2019, según consta en escrito de demanda presentado ante la Honorable Corte en el caso *Jineth Bedoya Lima y otra vs. Perú*. De acuerdo con lo señalado en el sitio web del O’Neill Institute for National and Global Health Law de la Universidad de Georgetown —institución donde actualmente la representante trabaja—, cuando desempeñaba sus funciones al interior de la Secretaría Ejecutiva de la CIDH, le correspondía gestionar el portafolio de casos de la Comisión, así como supervisar y preparar informes de fondo que luego eran sujetos al conocimiento de los demás miembros de la CIDH. El informe de fondo del caso *Martina Vera y otros vs. Chile* fue emitido por la CIDH con fecha 6 de octubre de 2018, precisamente mientras Silvia Serrano trabajaba en la Secretaría Ejecutiva como supervisora de la elaboración de informes de fondo. Una vez concluidas sus funciones en la Comisión, ella asumió de forma casi inmediata la co-representación de la peticionaria en el caso ante la Honorable Corte.

El Estado hace presente estas circunstancias con el objeto de que sean debidamente analizadas por la Corte, y puedan ser aclaradas para despejar un eventual conflicto de interés.

Debe tenerse en cuenta que, para que una denuncia sea conocida por la Corte Interamericana, se requiere que ella le sea presentada por la CIDH. En tales circunstancias, es preciso precaver eventuales conflictos de interés, dado que no sería admisible que funcionarios que pudieran haber participado en el análisis de un caso concreto, mientras trabajaban en la CIDH, asuman el patrocinio

del mismo ante la Honorable Corte una vez que dejen sus cargos. Prevenir este tipo de situaciones es fundamental para no afectar la imagen de imparcialidad y transparencia que debe caracterizar al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La necesidad de promover estándares éticos de objetividad e imparcialidad respecto de todos los actores del sistema interamericano, incluidos los funcionarios de la CIDH, llaman la atención sobre la conveniencia de fortalecer las reglas éticas de conducta aplicables a funcionarios y ex-funcionarios, así como de los abogados que patrocinan casos ante el sistema. Ello contribuirá a fortificar la transparencia y el buen funcionamiento del sistema, beneficiando a todos los actores involucrados.

VIII. SOLICITUDES DEL ESTADO DE CHILE A ESTA HONORABLE CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En virtud del artículo 41 del Reglamento de la Corte, y tras haber expuesto latamente los argumentos de hecho y de derecho aplicables al presente caso, el Estado viene respetuosamente en presentar ante este Honorable tribunal su petitorio, en el siguiente orden:

1. En cuanto a las excepciones preliminares planteadas atendiendo al marco fáctico determinado por la Comisión en su Informe de Fondo N° 21/18:
 - a) Que acoja la excepción preliminar de incompetencia *ratione materiae* planteada por el Estado, declarando inadmisibile el sometimiento del presente caso a la Corte.
 - b) En el improbable caso de que dicha excepción preliminar no sea acogida, el Estado de Chile viene en solicitar a esta Honorable Corte IDH que acoja la excepción preliminar de cuarta instancia y subsidiariedad, rechazando ejercer su jurisdicción en el presente caso.
 - c) En el improbable caso de que dicha excepción preliminar no sea acogida, el Estado de Chile viene en solicitar a esta Honorable Corte IDH que acoja la excepción preliminar del Artículo 47.b de la CADH.
2. En cuanto al fondo del caso:
 - a) Se declare que el Estado de Chile no es responsable internacionamente por la en el presente caso, al no existir vulneración a los derechos reconocidos en los artículos 4.1,

5.1, 26 y 19 de la CADH, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la misma; y los artículos 8.1, 25.1, 26 y 19 de la CADH, en relación con 1.1 y 2 de la misma, respecto a la niña Martina Vera Rojas; así como los artículos 5.1 de la CADH en relación con el 1.1 de la misma, respecto de la madre y el padre de la niña Martina Vera Rojas.

- b) Se rechacen las medidas reparatorias solicitadas por los representantes en su ESAP, en cuanto las mismas son del todo improcedentes en razón de que no existe responsabilidad internacional del Estado en relación con los hechos del presente caso; y
 - c) En el improbable caso de que la Corte IDH condene al Estado, igualmente se solicita respetuosamente a ésta que rechace las medidas reparatorias solicitadas por los representantes en su ESAP, atendiendo a que, en su mayoría, los daños o vulneraciones han sido remediados, en tanto los otros aspectos solicitados se encontraban en avanzado estado de gestión. Por tanto, no procedería ninguna medida de reparación adicional.
3. En cuanto a las excepciones preliminares planteadas en relación con los hechos que no forman parte del marco fáctico del presente caso:
- a) Que defina, como cuestión previa, que el marco fáctico del presente caso está configurado por los hechos recogidos por la CIDH en su Informe de Fondo N°107/18. En relación con aquello, el Estado solicita a la Corte rechazar la solicitud de las representantes en cuanto a ampliar dicho marco fáctico a los procedimientos disciplinarios posteriores al caso objeto de la presente causa. Esto porque los mismos no se enmarcan: (i) ni dentro del marco fáctico determinado por la CIDH, (ii) ni representan hechos complementarios o supervinientes a los hechos señalados por la CIDH;
 - b) En el improbable caso de que esta Honorable Corte decida ampliar el marco fáctico determinado por la CIDH en su Informe de Fondo N° 107/18, el Estado de Chile viene en solicitar que se declare que los mismos no originan responsabilidad internacional alguna para aquel, en la medida que ellos no representan una infracción de los deberes del Estado señalados en los artículo 1.1 y 2 de la CADH.

4. En cuanto a las pruebas y designaciones de agentes del Estado:
- a) Se acojan las observaciones planteadas por esta parte a la prueba ofrecida por los representantes en su ESAP;
 - b) Se tenga por acompañada la prueba ofrecida por este Estado en el presente escrito, como también la lista de anexos adjunta al presente escrito; y
 - c) Se tenga por ratificados a los agentes y agentes alternos del Estado designados en virtud del artículo 23 del Reglamento de la Corte.

