

## ALEGATOS FINALES DE LOS REPRESENTANTES DE LA VÍCTIMA Y SUS FAMILIARES EN EL CASO “VERA ROJAS Y OTROS VS. CHILE”

### 1. Introducción

Karina Fernández Neira y la Iniciativa Familias Saludables (HFI) del Instituto O’Neill en Derecho y Salud Nacional y Global de la Universidad de Georgetown (en adelante “las representantes”), actuando en representación de Carolina Andrea del Pilar Rojas Farías (en adelante “Carolina Rojas”) y Ramiro Álvaro Vera Luza (en adelante “Ramiro Vera”), y en representación de los intereses de su hija Martina Rebeca Vera Rojas (en adelante “Martina”), presentamos nuestros alegatos finales en el caso Vera Rojas y Otros contra la República de Chile (en adelante “el Estado de Chile”, “el Estado chileno”, “el Estado” o “Chile”).

El presente alegato no incorporará el detalle de todo el marco fáctico del caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Corte” o “la Corte Interamericana” o “la Honorable Corte”), toda vez que el mismo ha sido amplia y detalladamente descrito a lo largo de una década de proceso, sino que se dedicará a abordar los aspectos centrales del fondo del asunto y de las reparaciones que consideramos pertinente recapitular tras la audiencia.

En especial, alegaremos sobre la responsabilidad internacional del Estado de Chile por la violación del derecho a la salud de Martina, con especial énfasis en la protección de los derechos de la niñez y de las personas con discapacidad, y la responsabilidad internacional del Estado de Chile por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial medidas de la niña Martina Vera Rojas, su madre y su padre. Además, alegaremos sobre la importancia de que la Corte ordene las adecuaciones normativas al ordenamiento chileno oportunamente solicitadas en nuestro escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (en adelante “ESAP”).

Finalmente, las representantes solicitamos a esta Honorable Corte que tenga por reproducidos todas las solicitudes, argumentos y pruebas presentadas por esta representación a lo largo de este litigio, incluyendo el escrito de respuesta a las excepciones preliminares.

### 2. Breve recapitulación de los hechos

Tal como hemos sostenido, nos remitimos a los aspectos de hecho alegados y acreditados a lo largo de este proceso ante el Sistema Interamericano. Sin embargo, haremos una breve referencia a aspectos de contexto ya esbozados en nuestro ESAP y que consideramos útiles para la mejor comprensión del caso.

La racionalidad de la Dictadura chilena fue eminentemente económica<sup>1</sup>, y su triunfo, la imposición de una constitución pro-capitalista que propicia el Estado subsidiario y el establecimiento de un ordenamiento político de democracia semi-soberana<sup>2</sup>. Así, la dictadura construyó un entramado

<sup>1</sup> Juan Pablo Bohoslavsky, “La complicidad en contexto: ¡Es la economía, estúpido!”, en Juan Pablo Bohoslavsky y otros (eds.), *Complicidad económica con la dictadura chilena. Un país desigual a la fuerza*. Santiago: LOM, 2019, p. 25

<sup>2</sup> Carlos Huneeus. *La Democracia semi-soberana*. Editorial Taurus, 2014; y *El régimen de Pinochet*. Editorial Taurus, 2016.

institucional que restringía, constitucionalmente, la deliberación democrática y que se consolidó durante la transición. Precisamente, el sistema de ISAPRES (Instituciones de Salud Previsional) forma parte de la serie de reformas económicas, políticas y sociales implementadas en Chile en los años 80s, las cuales tuvieron como objetivo fundamental establecer constitucionalmente el rol subsidiario del Estado. En este ámbito específicamente, a través de la mercantilización de la seguridad social y privatización de la oferta pública (conocido como “El Ladrillo”)<sup>3</sup>.

La mercantilización de ámbitos que antes estaban cerrados al mercado como la salud, se conoce como “acumulación por desposesión”, y en Chile ha generado una radical y persistente desigualdad, que ha sido desafiada reciente y masivamente por diversos grupos sociales<sup>4</sup>, entre ellos los padres de Martina, quienes también participaron del estallido social. En tal sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “CIDH”) tras su reciente visita *in loco* a Chile reconoció “la legitimidad de las demandas históricas, en particular sus reivindicaciones respecto a la desigualdad en el ingreso, el acceso a la educación, a la salud, a la seguridad social, al agua y otros derechos sociales”<sup>5</sup>. Afirmando que en Chile “persisten altos niveles de desigualdad y exclusión por lo que un importante sector de la población se encuentra afectado en el reconocimiento de sus derechos. Las protestas expresan no sólo el malestar de la población en mayor situación de pobreza y exclusión, sino también el de amplios sectores medios que ven seriamente limitadas sus posibilidades de desarrollo y vida digna”<sup>6</sup>.

Por tanto, aunque este es el primer caso en que esta Corte tiene la posibilidad de evidenciar las consecuencias del plan económico de la dictadura en la vida e integridad de una familia, lo cierto es que está lejos de ser el reflejo de una situación coyuntural.

Este caso es el resultado de una crisis estructural, originado en un sistema dual y no integrado de salud. Conformado por un sistema público universal sin universalidad, un sistema privado que se rige por una estricta lógica de mercado excluyente y discriminador, que selecciona riesgos ex ante y ex post<sup>7</sup> -como en el caso de Martina-, y que evidencia la ausencia de salvaguardas estatales apropiadas para garantizar los derechos humanos de la población, incluso de sus integrantes más vulnerables.

La historia de Martina Vera Rojas y de su familia es la de una constante contienda por una vida digna. Una asimétrica contienda que el Estado nunca ha balanceado: el Estado nunca adoptó medidas de oficio en protección Martina. El Estado chileno, cuando no ha amenazado la vida de Martina, ha tomado palco como testigo, ha alegado insistentemente que toda la responsabilidad es de las decisiones de la familia de Martina, y sin hacerse cargo de ninguna responsabilidad ni adoptar medidas de protección preventivas.

<sup>3</sup> Peritaje de la Dra. Claudia Sanhueza Riveros, pág. 1 del documento remitido por la Secretaría de la Corte.

<sup>4</sup> José Miguel Ahumada y Andrés Solimano. “Modelo económico y democracia subordinada en Chile”, en Juan Pablo Bohoslavsky y otros (eds.), *Complicidad económica con la dictadura chilena. Un país desigual a la fuerza*. Santiago: LOM, 2019, p. 142

<sup>5</sup> <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/018.asp>

<sup>6</sup> <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/018.asp>

<sup>7</sup> Peritaje de la Dra. Claudia Sanhueza Riveros, pág. 4 del documento remitido por la Secretaría de la Corte.

Martina, sufre de síndrome de Leigh, una enfermedad poco frecuente cuya prevalencia en Chile se desconoce porque -tal como señala el doctor Faúndez en su peritaje- los exámenes genéticos en Chile no se encuentran codificados, lo que imposibilita su acceso a la mayoría de las familias, y en el caso de Martina ha impedido conocer la mutación precisa que origina el síndrome<sup>8</sup>.

Sin embargo, a pesar ello, Martina ha logrado gracias a su sistema de vida, su hospitalización domiciliaria, superar con creces todos los pronósticos iniciales.

Cuando Martina tenía 4 años, su hospitalización domiciliaria tenía un costo mensual de USD 13.600 un monto imposible para abordar por cualquier familia de clase media en Chile. Este imposible monto anual que alcanzaba la suma de USS 163.600 representó anualmente -en esa época año 2010- un 0,2% de las utilidades del sistema de ISAPRE<sup>9</sup>.

Sin embargo, la ISAPRE MasVida privilegio el capital monetario por sobre la vida de Martina y diseñó un mecanismo perverso para privarla de su sistema de vida. De forma unilateral y de manera engañosa, les dijeron que un médico los visitaría para mejorar su hospitalización domiciliaria, aunque el objetivo no fue otro que la realización de un informe que -dijera lo que dijera- permitiría a la ISAPRE concluir unilateralmente que la enfermedad era crónica, y proceder a privar a Martina de su sistema de vida utilizando la mención de la causal cronicidad contenida en el anexo de una circular.

Así, el 13 de octubre de 2010, la ISAPRE notificó a Ramiro de su decisión de privarlos de la hospitalización domiciliaria que mantenía con vida a Martina, además de otras prestaciones. Al mismo tiempo, les notificaron que en caso de descompensación su prestador sería el hospital público de Arica.

Ramiro fue ese mismo día a la Superintendencia de Salud y se entrevistó con el encargado de fiscalizaciones, quien le dijo que no podían resolver asuntos entre privados y que recurriera a la justicia. De todas formas, Ramiro dejó un reclamo por escrito solicitando una investigación y solicitándole al Superintendente que, durante la misma, se mantuviera la hospitalización domiciliaria de su hija. Sin embargo, la autoridad, lejos de activar sus facultades legales -actuar de oficio, iniciar un arbitraje, o dictar una resolución que protegiera a Martina- se limitó a transmitir los antecedentes a la ISAPRE.

El 26 de octubre de 2010, la madre de Martina, Carolina, interpuso recursos de protección en Arica y Concepción. El 28 de octubre siguiente, la Corte de Apelaciones de Concepción ubicada a 2.500 km de Arica, otorgó la orden de no innovar, que es una facultad exclusiva de los tribunales superiores de justicia y que permitió la suspensión de la arbitraria medida mientras se discutía el recurso.

El 26 de enero de 2011, la Corte de Apelaciones de Concepción resolvió proteger la vida e integridad de Martina, ponderando especialmente el informe del Hospital de Arica que indicaba que la vida de Martina correría un grave riesgo de ser ingresada a ese recinto. Sin embargo, en febrero de 2011, la ISAPRE apeló de dicha decisión.

<sup>8</sup> Peritaje del Dr. Víctor Faundes, pág. 1 del documento remitido por la Secretaría de la Corte.

<sup>9</sup> Memoria Anual de Banmédica S.A.

La Corte de Suprema conoció el recurso de apelación bajo la modalidad “en cuenta” el 11 de abril de 2011 y un mes después -el 9 de mayo siguiente- en cuatro párrafos y en votación dividida de 3/2 resolvió a favor de la ISAPRE, privando a Martina del régimen que la mantenía con vida. Llamamos la atención de esta Honorable Corte sobre la votación porque uno de los 3 votos fue de un abogado integrante que participa de directorios de compañías de seguro. Como se explica en detalle más adelante, la legislación no es clara sobre la posibilidad de recusar en la modalidad “en cuenta” y, aún si lo fuera, lo cierto es que tal posibilidad sería impracticable, ya que las partes sólo pueden enterarse de la persona que actúa como “abogado integrante” cuando la consideración y decisión del asunto ya es inminente. Destacamos en ese sentido que el profesor Novoa Monreal ha indicado que la institución de los abogados integrantes es una de las causas que contribuye a que la justicia en Chile adquiera el sello de “justicia de clase”<sup>10</sup>.

La familia recibió el veredicto con profunda angustia. Pero, anticipándose al arbitrario veredicto y aprovechando la vigencia de la orden de no innovar, Ramiro había logrado que su empleador, una compañía minera internacional, mediante un fondo de bienestar, contribuyera para que Martina no tuviera que ser trasladada al Hospital. Este fondo no garantizaba ninguna permanencia y, por su carácter limitado, fue necesario que la familia administrara los fondos disponibles e hiciera varios ajustes al esquema de atención de Martina en el hogar. Por ello, durante el más de un año que persistió esta situación, hubo una reducción de varios de los componentes de la hospitalización domiciliaria que para una niña en la condición de Martina, tal como expuso el doctor Darrigrande en la audiencia.

En este adverso contexto, en octubre de 2011, la familia decidió presentar una solicitud de medida cautelar ante la CIDH. En el proceso de dicha solicitud de medida cautelar, el 21 de diciembre de 2011, la Comisión le informó a la familia de Martina que el Estado le había indicado que la Superintendencia estaría en la posibilidad de hacer un arbitraje, pero que el procedimiento debía ser iniciado por las víctimas. Para ese momento ya había transcurrido un año y tres meses desde la decisión de la ISAPRE y, luego de múltiples acciones a nivel nacional e internacional, recién un agente estatal le informaba por primera vez a la familia de la víctima de la posibilidad de un arbitraje. Ello confirma una vez más la actuación pasiva, a solicitud de parte y no oficiosa de la Superintendencia frente al accionar de las ISAPRES.

Al día siguiente, el 22 de diciembre de 2011, la mamá de Martina presentó la solicitud de arbitraje ante la Superintendencia de Arica, misma entidad a la que el padre de Ramiro había recurrido sin éxito desde el mismo 13 de octubre de 2010.

La Superintendencia abrió a trámite el proceso pero, en lugar de resolver de plano como es su facultad, el tribunal arbitral recibió la causa a prueba, lo que implicó un gran esfuerzo para la familia que incluyó conseguir pericias y testigos en un contexto sumamente agotador y de incertidumbre que enfrentaba en el hogar. En este contexto, la mamá de Martina era la cuidadora principal de su hija en situación de extrema vulnerabilidad y con su esquema de atención

<sup>10</sup> Eduardo Novoa. “Justicia de clase”, publicada originalmente en la revista *Mensaje*, número 187, Santiago, marzo-abril de 1970. Disponible en: <http://eduardo-novoa-monreal.blogspot.com/2008/03/eduardo-novoa-monreal-destacado-jurista.html>.

reducido. Al mismo tiempo, el padre de Martina no podía separarse de su trabajo al ser el único sustento de la familia y depender totalmente la vida de su hija de su vínculo laboral.

Finalmente, luego de rendir prueba, réplicas y apelaciones, Carolina obtuvo un veredicto favorable en agosto de 2012. El veredicto ordenó reponer el seguro y pagar los gastos, que fueron reembolsados a la empresa empleadora de Ramiro, pero no fijó reparaciones para el daño moral enfrentado por la familia. Este proceso no puede calificarse en forma alguna un mecanismo de supervisión o fiscalización. Como detallaremos más adelante, se trata de un litigio en el que la Superintendencia asume un rol de tercero imparcial en una relación profundamente asimétrica.

Así, Martina estuvo sin la hospitalización domiciliaria que era necesaria para mantener su vida, salud, integridad personal y dignidad humana como consecuencia de una decisión de la Corte Suprema de Chile que validó el actuar arbitrario de la ISAPRE, entre 10 de mayo de 2011 y el 30 de septiembre de 2012. Sin embargo, la angustia e incertidumbre de la familia se inició el 13 de octubre del 2010, y para la familia no ha terminado.

Si bien se repuso la hospitalización domiciliaria, la misma no cumplía con todos los componentes previos a la decisión de la ISAPRE, por lo que Ramiro debió continuar con los reclamos. Sin embargo, dado que la urgencia y el riesgo para la vida de Martina ya había sido superado, y siendo coherente con los fines de las medidas cautelares, la representación de la familia de Martina desistió de la solicitud de medida cautelar el 5 de marzo de 2013.

A ello le siguió la quiebra de la ISAPRE y sus continuas consecuencias<sup>11</sup> para la familia. Reiteramos lo indicado en la audiencia relativo a que las ISAPRES no quiebran por falta de rentabilidad del sistema o por costear enfermedades catastróficas. Esto ocurre, en general, por los manejos de los dineros de las cotizaciones de sus afiliados y las garantías. La incertidumbre volvió, y la nueva administración de la ISAPRE -citando la misma Circular 7- volvió a informar su decisión de evaluar las condiciones que ameriten la hospitalización domiciliaria el 28 de marzo de 2017, hecho que fue oportunamente denunciado ante la Superintendencia de Salud e informado a la CIDH.

La contienda con la ISAPRE y los reclamos relativos a las condiciones de cuidado de Martina son cotidianos. La familia enfrenta una constante contienda por la vida e integridad de su Martina, que solo se ha visto incrementada en época de pandemia y que tiene -sin lugar a dudas- su mayor responsable en la ausencia de una adecuada fiscalización por parte del Estado. La información que presentamos en nuestro ESAP -y que complementamos en la audiencia y en esta oportunidad- se relaciona con la continuidad de la incertidumbre sobre la situación de Martina y su hospitalización domiciliaria, y se aporta con la finalidad de fundamentar nuestra solicitud a la Honorable Corte de que ordene una medida de reparación que le otorgue la seguridad y tranquilidad que Martina y su familia necesitan.

Todos los antecedentes acá expuestos se encuentran sustentados en el presente proceso de litigio que ha sido prácticamente paralelo a la vida de Martina.

<sup>11</sup> “Por deuda de \$20 mil millones Nexus pide la quiebra de Empresas Masvida”, *Diario Concepción*, 15 de octubre de 2020. Disponible en: <https://www.diarioconcepcion.cl/economia/2020/10/15/por-deuda-de-20-mil-millones-nexus-pide-la-quiebra-de-empresas-masvida.html>.

Esta es la historia de una asimétrica y continua contienda que obliga a padres y madres, que deberían estar dedicados al cuidado y disfrute de sus hijos e hijas, a transformarse en personas defensoras de derechos humanos para enfrentar a actores privados poderosos y a un Estado que convalida sus actuaciones, que niega el daño, y que los subestima y responsabiliza, en vez de reconocerles su dignidad como víctimas. Esta asimétrica relación y la ausencia de cualquier responsabilidad se evidencia a lo largo del presente caso, y quedó de manifiesto también en la propia audiencia pública ante la Honorable Corte, en la que las posiciones del Estado llevaron a la familia a sentirse nuevamente estigmatizada y responsabilizada de lo ocurrido en el caso.

### 3. Sobre la responsabilidad internacional del Estado de Chile por la violación del derecho a la salud y a la vida e integridad personal de Martina Vera Rojas (artículos 4.1, 5.1 y 26 de la Convención Americana en relación con los artículos 19, 1.1 y 2 del mismo instrumento)

En el ESAP, esta representación ya ha explicado con detalle los contenidos del derecho a la salud, a la vida y a la integridad personal que fueron violados en el presente caso, en perjuicio de Martina Vera Rojas. El objetivo de esta sección es reiterar y complementar algunos argumentos puntuales sobre violación a estos derechos a partir de las pruebas producidas a lo largo del proceso, incluyendo algunas consideraciones adicionales sobre su relación con el derecho a la seguridad social. Sobre las violaciones restantes alegadas en el ESAP, esta representación se remite a dicho escrito.

#### 3.1. Derechos a la vida e integridad personal

En este caso, la afectación de los derechos a la vida y a la integridad de Martina Vera Rojas se produjo a partir de las graves amenazas a estos derechos, al punto de un posible riesgo de muerte derivado del retiro de la hospitalización domiciliaria por parte de un actor privado con base en una regulación del propio Estado que así lo permitía y sin contar con la debida fiscalización y supervisión del Estado. Esta situación podría incluso volver a surgir en el futuro.

Esta representación reitera que el artículo 4 de la Convención no sólo protege el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino que además impone a los Estados el deber de adoptar las medidas necesarias para no poner en riesgo la vida<sup>12</sup>. En ese sentido, esta Corte ha declarado violaciones al artículo 4 de la Convención en supuestos en los que las acciones u omisiones estatales que ponían en riesgo la vida de las víctimas no se llegaron a materializar por un hecho fortuito o ajeno a la voluntad del Estado<sup>13</sup>. Más aún, en el caso *Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, esta Corte específicamente declaró la responsabilidad del Estado de Ecuador en un caso relacionado con la salud de una niña, por haberla expuesto a un riesgo a su vida, aunque la víctima hubiese permanecido con vida. En los términos del tribunal:

(...) Este daño a la salud, por la gravedad de la enfermedad involucrada y el riesgo que en diversos momentos de su vida puede enfrentar la víctima, constituye una afectación del derecho a la vida, dado el peligro de muerte que en diversos momentos ha enfrentado y puede enfrentar la víctima debido a su enfermedad (...)

Estas decisiones son de especial relevancia para este caso. Aunque Martina afortunadamente se encuentra con vida hoy en día, el retiro de un tratamiento del que dependía para las funciones más básicas como la respiración, alimentación y movilidad se tradujo en una clara amenaza para

<sup>12</sup> Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 99 y 125; Caso Suarez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr. 134; 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. 169.

<sup>13</sup> Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163. Párrs. 127 y 128; 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. Párrs. 190 y 191.

su integridad personal y vida. Así lo confirmó con claridad el Dr. Óscar Darrigrande, al explicar “sin temor a equivocarse” que la expectativa de vida de Martina se habría reducido si hubiera sido trasladada al hospital de Arica. En su condición de médico tratante, el testigo aseguró que era “muy probable” que Martina hubiera sucumbido a algún tipo de infección intrahospitalaria que comprometiera su sistema respiratorio. Según el Dr. Darrigrande, Martina corría riesgo desarrollar enfermedades como la bronconeumonía que, en los propios términos del testigo, es “la principal causa de fallecimiento en pacientes que están en una condición de dependencia ventilatoria” como Martina. Estos riesgos de infecciones intrahospitalarias han sido, a su vez, confirmados por el peritaje de la Dra. Tatiana Muñoz Caro, perita propuesta por el Estado<sup>14</sup>.

Esta clara amenaza para la vida de Martina no se materializó debido a un hecho fortuito y ajeno a la voluntad del Estado. En efecto, ante la situación de indefensión en la que se encontraba Martina, fue la empresa internacional en la que trabajaba Ramiro Vera la que cubrió la hospitalización domiciliaria a través de su área de recursos humanos. Esto se debió a la casualidad de que Ramiro Vera trabajaba en dicha empresa, y no a actuación alguna del Estado. Por el contrario, cuando el asunto estuvo en manos del Estado para corregir la situación, la Superintendencia fue completamente omisiva en activar cualquier mecanismo de supervisión o fiscalización a pesar de tener conocimiento de la situación desde el mismo día de ocurrida. Luego, otro ente estatal, nada menos que el más alto Tribunal del país, convalidó la decisión de la ISAPRE superponiendo los intereses económicos de dicha empresa a los derechos de Martina, cuya condición de niña con discapacidad severa no fue ni siquiera parte de las consideraciones de la Corte Suprema. Así, de haber sido por el Estado chileno, representado por la Superintendencia y la Corte Suprema, Martina muy probablemente hubiera fallecido o su integridad personal hubiera quedado aún más afectada de lo que ya estaba por su enfermedad.

Esta representación desea enfatizar que durante los 15 meses en que estuvo vigente la decisión de la ISAPRE y estando en pleno conocimiento de la situación de extrema vulnerabilidad en la que quedaba Martina tras el fallo de la Corte Suprema, el Estado chileno en su conjunto en ningún momento ofreció cubrir su hospitalización domiciliaria con financiamiento público. Tampoco lo ha hecho a lo largo de todo el trámite interamericano.

Lo anterior es suficiente para que esta Honorable Corte declare la violación a estos derechos.

Además de ello, el retiro de la hospitalización domiciliaria constituyó una violación al derecho a la vida digna de Martina, noción que encuentra amplio respaldo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Esta Corte se ha referido a la protección de la vida digna bajo el artículo 4 de la Convención, y ha indicado concretamente que “el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Peritaje de la Dra. Tatiana Muñoz Caro, respuesta a la pregunta N° 6, pág. 18 del documento remitido por la Secretaría de la Corte.

<sup>15</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 162.



Consideramos que, en este caso, la importancia de la hospitalización domiciliaria para que Martina tuviera y siga teniendo una vida digna en sus condiciones es indudable. De acuerdo con la jurisprudencia comparada, los cuidados paliativos suministrados en la residencia del paciente con la colaboración de los familiares y con la asesoría del médico tratante tienen por finalidad lograr, en alguna medida, una mejora en la calidad de vida de quien ya no puede beneficiarse de los tratamientos curativos<sup>16</sup>. Estos cuidados controlan el dolor y otros síntomas para que el paciente pueda permanecer lo más cómodo posible, garantizando su dignidad humana<sup>17</sup>.

En su declaración testimonial, el Dr. Óscar Darrigrande también explicó que los cuidados paliativos en el domicilio son determinantes para la calidad de vida de Martina y de su familia. Según el testigo, ello se debe a que la hospitalización tradicional carece del componente afectivo que presenta la hospitalización domiciliaria. Esta carencia hace que los resultados de la hospitalización tradicional sean, en los términos del testigo, “evidentemente, de menor calidad que los que se puedan entregar en una atención más personalizada como la que ocurre en el propio domicilio en hogar”. Todo ello en adición a los riesgos de vida que podía enfrentar Martina en una hospitalización tradicional, derivados de infecciones intrahospitalarias. El peritaje de la Dra. Tatiana Muñoz Caro también explica con claridad que:

(...) los pacientes con necesidades médicas especiales (o multidisciplinarias), que reciben atención en una hospitalización domiciliaria, obtienen mejores resultados que los niños que reciben atención en entornos que no son de hospitalización domiciliaria (...) Los resultados positivos más convincentes incluyeron una familia más centrada en el tratamiento, la eficacia, la puntualidad, el estado de salud y el funcionamiento familiar” (el subrayado nos pertenece).

En este sentido, es indudable que la hospitalización domiciliaria era fundamental para proteger aspectos mínimos de su dignidad. A través de una regulación que permitió la decisión de la ISAPRE, de la omisión inicial de la Superintendencia y de la decisión de la Corte Suprema que validó el retiro del tratamiento, el Estado incumplió con su deber de adoptar medidas concretas para garantizar el derecho a la vida digna de Martina.

### 3.2. Derecho a la salud: contenidos relevantes en el análisis de este caso

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, los Estados deben satisfacer los requisitos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de las prestaciones médicas<sup>18</sup>, también en el ámbito privado<sup>19</sup>. Estos contenidos del derecho a la salud han sido incorporados a la jurisprudencia interamericana a partir de la invocación de la Observación General 14 del Comité DESC que los incluye como los cuatro elementos esenciales e interrelacionados del derecho a

<sup>16</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-514/06 del 6 de julio de 2006.

<sup>17</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-514/06 del 6 de julio de 2006.

<sup>18</sup> Corte IDH. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261. Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298. Párr.173.

<sup>19</sup> 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. 152.

la salud<sup>20</sup>. Cada uno de estos elementos ya ha sido debidamente analizado en el ESAP<sup>21</sup>, al que nos remitimos. En esta oportunidad, sin embargo, esta representación quisiera enfatizar cuáles son los componentes del derecho a la salud que son de especial relevancia para el caso de Martina.

### 3.2.1. Accesibilidad

El contenido de accesibilidad del derecho a la salud es relevante en sus cuatro componentes.

Primero, en la dimensión de la no discriminación. De acuerdo con el Comité DESC, los servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables<sup>22</sup>, como es el caso de Martina como niña con discapacidad.

En este caso, a través de la Superintendencia de Salud, el Estado de Chile permitió una discriminación *de jure* en la accesibilidad de la hospitalización domiciliaria. En efecto, la causal de cronicidad establecida por la Superintendencia en la Circular IF N° 77 (25 de julio de 2008) permitió que, aunque la enfermedad de Martina y sus necesidades de atención médica eran exactamente las mismas que cuando se activó el seguro cuando tenía 4 años, el sólo paso del tiempo y la continuidad de su situación de salud determinarían el retiro unilateral y sin aviso previo de la hospitalización domiciliaria por parte de la ISAPRE. Dicho en otras palabras, el paso del tiempo, expresado en que Martina superó la expectativa de vida y le implicaba por ese motivo un mayor gasto a la ISAPRE, facultaba por vía de la propia regulación estatal a que dicha entidad pudiera retirar el tratamiento.

Como bien indicó el Estado en su contestación<sup>23</sup> y la propia Superintendencia de Salud de Chile<sup>24</sup>, la causal de cronicidad incluida en la Circular IF N° 77 constituía una “una discriminación arbitraria en función del estado de salud de las personas, que atenta directamente contra los principios básicos de la seguridad social, el derecho a la vida y la protección de la salud”<sup>25</sup>. Coincidimos con esta caracterización que incorporó el Estado en su contestación, y consideramos que tiene consecuencias jurídicas directas en la responsabilidad internacional del Estado en el componente de accesibilidad sin discriminación del derecho a la salud.

Además, y siguiendo la jurisprudencia de esta Corte en el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, el componente de no discriminación en la accesibilidad se acentúa en relación la protección de personas en situación de vulnerabilidad o en situación de riesgo<sup>26</sup>. En este caso, la vulnerabilidad de Martina es patente por la interseccionalidad de su condición de niña, con una enfermedad grave y progresiva, con múltiples y severas discapacidades físicas y cognitivas. Estos factores

<sup>20</sup> Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 12.

<sup>21</sup> ESAP, página 61.

<sup>22</sup> Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 12.

<sup>23</sup> Contestación del Estado de Chile, página 74.

<sup>24</sup> Superintendencia de Salud de Chile. Circular IF/282 de 26 de enero de 2017, introducción. Disponible en línea en: [https://www.supersalud.gob.cl/normativa/668/articles-15341\\_recurso\\_1.pdf](https://www.supersalud.gob.cl/normativa/668/articles-15341_recurso_1.pdf).

<sup>25</sup> *Id.*

<sup>26</sup> Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párrs. 122 y 123.

activan, bajo la Convención Americana, un deber de especial protección por parte del Estado<sup>27</sup> que fue ignorado mediante la regulación de la cronicidad, mediante los reclamos iniciales ante la Superintendencia y luego por el más alto tribunal del Estado.

Segundo, en la dimensión de la accesibilidad física. De acuerdo con el peritaje de Judith Bueno de Mesquita, la accesibilidad física o geográfica debe ser evaluada en conjunto con el artículo 25 inciso (c) de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, “CDPD”), que obliga a los Estados a prestar los servicios de salud que necesitan las personas con discapacidad “lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales”<sup>28</sup>. En el presente caso, la hospitalización domiciliar era el servicio de salud más adecuado en términos de accesibilidad física ya que las instalaciones locales no sólo no ofrecían la gama de atención necesaria sino que constituían un claro riesgo a la vida, integridad y salud de Martina como ya fue ampliamente expuesto.

Tercero, en la dimensión de la accesibilidad económica o asequibilidad. En este caso estamos frente a una enfermedad que requería un tratamiento no sólo de alto costo, sino simplemente imposible de costear para la familia de Martina en su situación socioeconómica. Este tratamiento podía, sin embargo, ser financiado por la ISAPRE y por el Estado. Reiteramos que este caso no presenta el debate tradicional de priorización en un contexto de escasez de recursos en el que no se ha logrado una cobertura universal mínima en salud. Muy por el contrario, esta Honorable Corte se encuentra ante una prestación de salud que Chile estaría en capacidad de brindar – siendo un país de altos ingresos<sup>29</sup>– y que la ISAPRE estaba en condiciones de seguir cubriendo pero que, bajo el amparo de la normativa existente, se le permitió dejar de cubrir aún en el marco de un seguro catastrófico que justamente está diseñado para cubrir este tipo de tragedias para familias como la de Martina. Sin embargo, por el sólo paso del tiempo y el éxito del tratamiento en mejorar la expectativa de vida de Martina, la regulación vigente permitió que la ISAPRE tuviera plena discrecionalidad para darle preponderancia a sus intereses económicos por encima de los derechos de una niña que debía ser protegida especialmente por el Estado. Esta situación resulta aún más grave si se tiene en cuenta que tanto la ISAPRE como el Estado de Chile conocían la imposibilidad de la familia de Martina de cubrir la atención que necesitaba.

Cuarto, en la dimensión de la accesibilidad en la información. Las regulaciones de la Superintendencia están lejos de ser claras y accesibles. Estas regulaciones se encuentran dispersas en más de 370 extensas circulares con sus respectivos anexos, que se modifican periódicamente, sin garantía de notificación a los beneficiarios y con contenidos altamente técnicos<sup>30</sup>. En su conjunto, todo ello hace que sea prácticamente imposible para una familia cuidadora de una niña con discapacidad, sin conocimiento jurídicos ni médicos, entender cuáles son sus derechos y cuáles son las obligaciones de la ISAPRE.

### 3.2.2. *Aceptabilidad y calidad*

<sup>27</sup> *Id.*

<sup>28</sup> Declaración Jurada de la perita Judith Bueno de Mesquita, párr. 17.

<sup>29</sup> Banco Mundial. Datos del país: Chile. Recuperado de: <https://datos.bancomundial.org/pais/chile>.

<sup>30</sup> Superintendencia de Salud de Chile. Circulares. Recuperado de: <https://www.supersalud.gob.cl/normativa/668/w3-propertyvalue-2991.html>.

Insistimos que este caso no trata la interrupción de una atención cosmética, un privilegio o un capricho de los padres de Martina, como parece sugerir la contestación del Estado. Tal como expuso el Dr. Oscar Darrigrande en su declaración testimonial, la hospitalización domiciliaria era la atención que Martina necesitaba dada su especial condición de salud. Por ello, los componentes de aceptabilidad y calidad del derecho a la salud también son de especial importancia para este caso.

El peritaje de Judith Bueno de Mesquita ha resaltado que la aceptabilidad de los servicios de salud guarda una estrecha relación con las distintas necesidades sanitarias de las personas con discapacidad<sup>31</sup>. De acuerdo con la perita, la decisión de retirar la hospitalización a domicilio es cuestionable desde la perspectiva de la aceptabilidad, ya que la atención hospitalaria planteaba riesgos de infección nosocomial para Martina<sup>32</sup>.

En relación con la calidad, el peritaje de Judith Bueno de Mesquita también ha explicado que este componente exige tener en cuenta la atención médicamente indicada que, en el caso de Martina, era la atención domiciliaria<sup>33</sup>.

Siguiendo lo dicho por esta Corte en el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, el Estado tenía el deber de garantizar el acceso a una prestación médica de calidad y eficaz<sup>34</sup> que, en la situación de Martina, era la hospitalización domiciliaria.

Pero el caso también plantea una oportunidad para que esta Honorable Corte analice los elementos de aceptabilidad y calidad de la atención en salud en el contexto de enfermedades incurables, progresivas y degenerativas, en lo relacionado con la rehabilitación, los cuidados paliativos, la dimensión afectiva y la dignidad de una persona en estas condiciones, cuestiones que se encuentran estrechamente relacionadas con nuestros argumentos en materia de vida digna.

### 3.3. Obligaciones respecto del derecho a la salud que fueron incumplidas por el Estado chileno

En los últimos años esta Corte ha venido decidiendo una serie de casos sobre el derecho a la salud de manera autónoma bajo el artículo 26 de la Convención Americana. En dichos casos, la Honorable Corte, siguiendo al Comité DESC, ha distinguido entre las obligaciones inmediatas y de realización progresiva de los Estados en materia de salud. Reiteramos que la responsabilidad internacional del Estado de Chile debe ser analizada en el presente caso desde la perspectiva de las obligaciones de carácter inmediato.

De acuerdo con el Comité DESC y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, los Estados tienen dos obligaciones inmediatas por lo que respecta el derecho a la salud: (i) la garantía de que ese derecho sea ejercido sin discriminación alguna, y (ii) la obligación de adoptar medidas en aras de la plena realización del derecho a la salud, con su correlativo deber de no

<sup>31</sup> Declaración Jurada de la perita Judith Bueno de Mesquita, párrafo 16.

<sup>32</sup> *Id.*

<sup>33</sup> *Id.*

<sup>34</sup> 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. 118.

regresividad<sup>35</sup>. Por otro lado, esta Corte ha encontrado que cuando se trata del análisis del cumplimiento de los deberes de regulación, supervisión o fiscalización de actuaciones de terceros, no corresponde analizar el caso desde la perspectiva de la realización progresiva<sup>36</sup>, lo cual se explica por tratarse se obligaciones que no dependen de la disponibilidad de recursos por parte del Estado. El contenido de estas obligaciones en materia de salud cuando actores privados participan por delegación en dicho derecho ya ha sido analizado por esta Corte en una multiplicidad de casos<sup>37</sup>.

En esta sección, esta representación explicitará de qué forma el Estado de Chile ha incumplido cada una de estas obligaciones.

### 3.3.1. Ejercicio del derecho a la salud sin discriminación

Como fuera explicado anteriormente en la sección sobre el componente de accesibilidad, es indudable que el Estado no aseguró el ejercicio del derecho a la salud de Martina sin discriminación. Por el contrario, como consecuencia de la Circular IF N° 77 dictada por la Superintendencia de Salud -un órgano estatal- Martina fue víctima de una discriminación *de jure* que impidió que pudiera mantener la cobertura de la hospitalización domiciliaria. El propio Estado de Chile ha reconocido, en su contestación, que esta circular era discriminatoria y que atentaba “directamente contra los principios básicos de la seguridad social, el derecho a la vida y la protección de la salud”<sup>38</sup>. Igualmente, y en línea del abordaje de la Honorable Corte en el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, considerando la situación de especial vulnerabilidad de Martina como niña con discapacidad, todo el comportamiento estatal respecto de la ISAPRE en el presente caso, constituyó una afectación particular y diferenciada en los demás contenidos del derecho a la salud que hemos expuesto anteriormente.

### 3.3.2. Obligación de adoptar medidas y su correlativo deber de no regresividad

De acuerdo con el Comité DESC, la obligación de adoptar medidas es una de las obligaciones inmediatas de los Estados, con fundamento en el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, “PIDESC”). De este artículo

<sup>35</sup> Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 30; Corte IDH. Caso Empleados De La Fábrica De Fuegos En Santo Antônio De Jesus Y Sus Familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020, párr. 20.

<sup>36</sup> Corte IDH. Caso Empleados De La Fábrica De Fuegos En Santo Antônio De Jesus Y Sus Familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020, párr. 173.

<sup>37</sup> Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrs. 95 y 141; 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. 184

<sup>38</sup> Contestación del Estado de Chile, página 74; Superintendencia de Salud de Chile. Circular IF/282 de 26 de enero de 2017, introducción. Disponible en línea en: [https://www.supersalud.gob.cl/normativa/668/articles-15341\\_recurso\\_1.pdf](https://www.supersalud.gob.cl/normativa/668/articles-15341_recurso_1.pdf).

también se desprende un deber correlativo deber de no regresividad, que ha sido violado en este caso<sup>39</sup>.

En efecto, el artículo 2 párrafo 1 del PIDESC obliga a no adoptar medidas regresivas injustificadas (es decir, medidas que reduzcan el nivel de satisfacción de un derecho dentro de la jurisdicción del Estado), y a no limitar injustificadamente el disfrute de un derecho establecido en el Pacto. Así, a menos que se trate de una regresión justificada, los Estados Partes deben mejorar las condiciones a lo largo del tiempo sin retroceso de ningún tipo<sup>40</sup>.

Desde el caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, esta Corte ha confirmado que el principio de no regresividad es como justiciable<sup>41</sup>, aunque no ha tenido la oportunidad de declarar una violación al respecto.

Como recordó el perito Abramovich, en lo que respecta a la protección del derecho a la salud, existe una presunción fuerte de que no son permisibles las medidas regresivas<sup>42</sup>. El Comité DESC ha dicho que:

“La adopción de cualesquiera medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas en lo referente al derecho a la salud (...) constituye una violación del derecho a la salud. Entre las violaciones resultantes de actos de comisión figura la revocación o suspensión formal de la legislación necesaria para el continuo disfrute del derecho a la salud, o la promulgación de legislación o adopción de políticas que sean manifiestamente incompatibles con las preexistentes obligaciones legales nacionales o internacionales relativas al derecho a la salud”<sup>43</sup> (el subrayado nos pertenece).

El Sistema Interamericano también ha desarrollado una fuerte presunción de no permisibilidad de las medidas regresivas. Así, la CIDH ha hecho referencia a la fuerte presunción de no permisibilidad de las medidas regresivas establecida por el Comité DESC:

“[La] naturaleza de las obligaciones derivadas del artículo 26 de la Convención Americana supone que la plena efectividad de los derechos consagrados en dicha norma debe lograrse de manera progresiva y en atención a los recursos disponibles. Ello implica un correlativo deber de no retroceder en los logros avanzados en dicha materia. Tal es la obligación de no regresividad desarrollada por otros organismos internacionales y entendida por la CIDH como un deber estatal justiciable mediante el

<sup>39</sup> Desierto, D.A. and Gillespie, C.E., A Modern Integrated Paradigm for International Responsibility Arising from Violations of Economic, Social, and Cultural Rights, Cambridge Journal of International and Comparative Law (3)2: 556-595 (2014)

<sup>40</sup> Matthew C.R Craven, The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: A Perspective on its Development (Oxford: Clarendon Press, 1995), pág. 131.

<sup>41</sup> Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198., párr. 103.

<sup>42</sup> Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párrs. 32, 48 y 50.

<sup>43</sup> Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 48.

mecanismo de peticiones individuales consagrado en la Convención<sup>44</sup> (el subrayado nos pertenece).

La CIDH ha establecido estándares para evaluar la permisibilidad de una medida regresiva<sup>45</sup>. En línea con el PIDESC, se deberá determinar si una medida regresiva se encuentra “justificada por razones de suficiente peso”<sup>46</sup>, estándar que ha sido reconocido por esta Corte desde el caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*<sup>47</sup>. En *Jorge Odir Miranda Cortez y Otros vs. El Salvador*, citando al Comité DESC, la CIDH declaró que, si el gobierno adopta “cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles”<sup>48</sup> (el subrayado nos pertenece).

En nuestro ESAP indicamos que el presente caso también plantea una cuestión de regresividad. Esta representación considera que el caso de Martina presenta un claro caso de regresión normativa. La regresividad normativa refiere a una norma jurídica que limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la norma anterior, antes de que se modificara<sup>49</sup>. En tal sentido, una norma es regresiva “cuando el grado de efectividad del derecho social reglamentado por la norma impugnada resulte menor al que ya se había alcanzado”<sup>50</sup> o, en otras palabras, cuando se reduzcan los niveles de protección de los derechos vigentes o se deroguen derechos ya existentes<sup>51</sup>.

En este caso, la primera norma del Estado que reguló la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas (en adelante, “CAEC”) fue la Circular N° 059 del 29 de febrero de 2000. Esta Circular impartió instrucciones sobre la CAEC, incluyendo las condiciones de cobertura en su Anexo. Esta Circular del año 2000 *no* excluía el tratamiento de enfermedades crónicas de la cobertura. Cinco años después, mediante la Circular IF N° 7 del 1 de julio de 2005, la Superintendencia introdujo nuevos términos y condiciones de la cobertura, que por primera vez excluyeron del CAEC a la hospitalización domiciliaria para “los tratamientos de enfermedades crónicas y tratamientos de antibióticos” (artículo 10)<sup>52</sup>.

<sup>44</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2009), Informe 38/09, Caso 12.670, Admisibilidad y Fondo, Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras contra Perú, 27 de marzo de 2009, párrs. 137 y 139.

<sup>45</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2009), Informe 38/09, Caso 12.670, Admisibilidad y Fondo, Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras contra Perú, 27 de marzo de 2009.

<sup>46</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009), Sentencia, *Acevedo Buendía y otros* (“cesantes y jubilados de la contraloría”) vs. Perú, 1 de julio de 2009, Serie C No. 198, párr. 103.

<sup>47</sup> Corte IDH. Caso *Acevedo Buendía y otros* (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198., párr. 103.

<sup>48</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2009), Informe No. 27/09, Caso 12.249, Fondo, *Jorge Odir Miranda Cortez y otros contra El Salvador*, 20 de marzo de 2009, párr. 105.

<sup>49</sup> Courtis, C. (comp.). *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (Buenos Aires, Del Puerto, 2006), pág. 4.

<sup>50</sup> Abramovich, V. y Courtis, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid, Editorial Trotta, 2002), págs. 111-112.

<sup>51</sup> Fabre, C. *Social rights under the constitution: government and the decent life* (Oxford, Clarendon press, 2000), págs. 53-55.

<sup>52</sup> Superintendencia de Salud de Chile. Circular IF N° 7 del 1 de julio de 2005. Disponible en línea en: <http://www.supersalud.gob.cl/normativa/668/w3-article-879.html>.

Esta regresión normativa implicó que, a partir del año 2005, las ISAPRES pudieran retirar la hospitalización domiciliaria a personas cubiertas por el seguro catastrófico como Martina, por el sólo paso del tiempo determinado en la causal de cronicidad, es decir, por el hecho de haber superado la expectativa de vida y haberse convertido en una carga económica más prolongada. Esta potestad no estaba regulada con anterioridad por parte de la Superintendencia.

De esta manera, mediante la regresión normativa, fue posible que los actores privados del sistema de salud chileno estuvieran facultados para adoptar medidas discriminatorias respecto del acceso al tratamiento requerido, como una suerte de castigo por el éxito de dicho tratamiento y la prolongación de la expectativa de vida de personas que, por ese motivo, deberían recibir mayor y no menos protección por parte del sistema de salud y de seguridad social. En efecto, la Circular IF N° 7 del 1 de julio de 2005 fue utilizada por la ISAPRE como fundamento del retiro de la hospitalización domiciliaria de Martina en la carta del 13 de octubre de 2010. En términos expresos, esta carta indicó:

“A través de la presente, y con relación con la cobertura CAEC, por atención en domicilio que actualmente está recibiendo su hija Martina Vera, a través de la empresa Clinical Service; tengo el deber de comunicar que la Circular IF/N°7 vigente del 1 de julio de 2005, de la Superintendencia de Salud, que imparte instrucciones sobre las nuevas condiciones de la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas que indica y complementa la circular N° 59 del 29 de febrero de 2000; en su Artículo I, punto 10, referido a las condiciones de acceso a la CAEC para Hospitalización Domiciliaria, señala que se excluyen los tratamientos de enfermedades crónicas.

Por lo anterior; (...) y, basados en el peritaje del Dr. Rodrigo Varas Saavedra, que refiere que el estado de su hija es progresivo e irrecuperable, informamos que las coberturas que corresponden otorgar a las atenciones de Martina recibidas en su domicilio, son las de su Plan Complementario de Salud, a partir de la fecha en que termina su tercer período CAEC el 28/10/2010, no siendo aplicables las coberturas CAEC de ahí en adelante. (...)”<sup>53</sup> (el subrayado nos pertenece).

El principio de no regresividad resulta, entonces, pertinente en la medida en que la causal de cronicidad para excluir la hospitalización domiciliaria fue incluida por primera vez en una Circular del año 2005, a pesar de que la CAEC *no* excluía la hospitalización domiciliaria para tratamientos de enfermedades crónicas desde el año 2000. En su declaración en audiencia, el perito Abramovich explicó con claridad que el cambio normativo entre 2000 y 2005 “podría ser materialmente regresiv[o] en cuanto acota los alcances de la protección, precisamente cuando más se la necesita, que es en el caso de enfermedades crónicas”.

Siguiendo al perito Abramovich, a la luz de los estándares del PIDESC y de la CIDH, las razones deben ser de mucho peso y el escrutinio debe entenderse como estricto para que una medida regresiva pueda ser aceptable. El perito expresó que bajo ese estándar es relevante evaluar si había un fundamento adecuado en el año 2005 para establecer ese límite de cobertura. Esta regresión normativa no sólo no fue justificada por el Estado, sino que fue calificada como discriminatoria por la propia Superintendencia y por el Estado de Chile en su escrito de

<sup>53</sup> Carta ISAPRE 13 octubre 2010; ESAP, págs. 41 y 42.



contestación<sup>54</sup>. De hecho, y aunque reiteramos que era carga del Estado ofrecer una justificación, resulta claro que la finalidad perseguida por esta Circular no fue otra que proteger los intereses económicos de las ISAPRES cuando personas con enfermedades catastróficas como Martina superan la expectativa de vida. Además de valorar esta regresión normativa, la Honorable Corte podrá analizar que, aplicada concretamente al caso de Martina, dio lugar a una regresión individual en la atención de salud de la niña, únicamente vinculada al hecho de la prolongación de su enfermedad que -como explicó el perito Abramovich en su declaración- no podía redundar en menor sino en mayor protección por parte del Estado.

En ese sentido, esta representación considera que el caso ofrece una importante oportunidad para que esta Corte declare una violación al deber de no regresividad por parte del Estado de Chile, en perjuicio de Martina Vera Rojas.

### 3.3.3. *Deber de regulación, supervisión y fiscalización*

Esta Honorable Corte se ha pronunciado en diferentes oportunidades sobre la obligación de regulación, en particular en relación con la prestación de servicios públicos de salud<sup>55</sup>. Al respecto, ha señalado que el Estado tiene el deber de regular de manera específica las actividades que implican riesgos significativos para la salud de las personas<sup>56</sup>.

El Estado de Chile incumplió su deber de regular porque fue una Circular de la Superintendencia la que facultó a la ISAPRE a dejar de cubrir la hospitalización domiciliaria con una regulación discriminatoria y, en todo caso, insuficiente, como explicó el perito Abramovich, por la falta de definiciones que pudieran acotar la discrecionalidad de las ISAPRES en su aplicación a casos concretos. Los efectos nocivos de esa amplísima discrecionalidad producto de una regulación problemática, se vieron claramente reflejados en el caso de Martina. Ya ha sido explicado anteriormente cómo esta decisión colocó a Martina en un riesgo significativo de muerte y de afectación a su salud, integridad y dignidad.

Además, porque la regulación de la Superintendencia, incluso vigente hoy en día, permite que las decisiones de las ISAPRES sean adoptadas unilateralmente sin notificación o intervención *previa* de los beneficiarios ni de la Superintendencia<sup>57</sup>, cuyo rol sigue siendo, para este tipo de decisiones, únicamente posterior y en el marco de reclamos o juicios arbitrales. Este aspecto de la regulación -también cuestionado por el perito Abramovich- no ha sido corregido a nivel interno,

<sup>54</sup> Superintendencia de Salud de Chile. Circular IF/282 de 26 de enero de 2017, introducción. Disponible en línea en: [https://www.supersalud.gob.cl/normativa/668/articles-15341\\_recurso\\_1.pdf](https://www.supersalud.gob.cl/normativa/668/articles-15341_recurso_1.pdf).

<sup>55</sup> Corte IDH. Caso Empleados De La Fábrica De Fuegos En Santo Antônio De Jesus Y Sus Familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020, párr. 119; Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 99; Caso Suarez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr. 134; 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. 177.

<sup>56</sup> 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. 178.

<sup>57</sup> Ver, por ejemplo, Superintendencia de Salud de Chile. Circular IF N° 330 del 27 de Agosto de 2019. Disponible en línea en: <https://www.supersalud.gob.cl/normativa/668/w3-article-18579.html>.

y por lo tanto hace parte de las medidas de no repetición que solicitamos, tal como expondremos más adelante.

Respecto a la supervisión y fiscalización, esta Corte ha sostenido que se trata de un deber del Estado que incluye a las actividades de los actores privados que pueden incidir en el goce de los derechos<sup>58</sup>. Estos deberes son especialmente reforzados cuando se trata de la delegación de servicios públicos como ocurre con la prestación de servicios de salud. En ese sentido, desde el caso *Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, este Tribunal ha establecido la responsabilidad estatal por las afectaciones producidas por terceros que prestaban un servicio de salud, cuando esta se debe a la falta de fiscalización del Estado<sup>59</sup> y ha señalado que la obligación de fiscalización estatal comprende tanto a servicios prestados por el Estado, directa o indirectamente, como a los ofrecidos por particulares<sup>60</sup>.

El Estado de Chile incumplió su deber de supervisión y fiscalización porque, debido a este marco regulatorio que le otorga amplia discrecionalidad para adoptar decisiones unilaterales a las ISAPRES, la Superintendencia no tuvo conocimiento ni participación previa de las determinaciones sobre el retiro de la hospitalización domiciliaria de Martina. Además, cuando el señor Ramiro Vera acudió a la Superintendencia a presentar su reclamo inicial, poniendo en conocimiento del Estado su situación, tampoco se ejerció supervisión o fiscalización alguna. Evidentemente, enviarle una comunicación a la ISAPRE no puede entenderse como forma de supervisión o fiscalización. Este incumplimiento se extendió hasta la Corte Suprema de Chile que, en el marco del recurso de protección, se limitó a verificar que la actuación de la ISAPRE estaba permitida por las regulaciones de la Superintendencia, omitiendo evaluar la constitucionalidad y convencionalidad de dichas regulaciones e ignorando de manera absoluta la situación en la que quedaría Martina después de su decisión, a pesar de tener un deber de especial protección para con ella.

Todo esto ocurrió y se consumó como un ilícito internacional entre octubre de 2010 y agosto de 2012, cuando de manera muy tardía y sólo por la prudencia de una jueza árbitro que falló contra la legalidad vigente y que -como confirmó la perita Droggett González- no tenía obligación alguna de hacer control de legalidad, constitucionalidad ni convencionalidad, determinó que para la ISAPRE sería más onerosa la hospitalización tradicional de Martina. Este mecanismo arbitral no cumple con estándares mínimos para ser considerado un medio idóneo de supervisión ni fiscalización, ni un recurso efectivo, conforme se explicará en la sección cuarta de este alegato.

<sup>58</sup> Corte IDH. Caso Empleados De La Fábrica De Fuegos En Santo Antônio De Jesus Y Sus Familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020, párr. 120.

<sup>59</sup> Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 95; Caso Suarez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr. 144; 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. 191.

<sup>60</sup> Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 141; Caso Suarez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr. 149; 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. 184.

### 3.4. Obligaciones internacionales de los Estados en materia de protección de los derechos de la niñez y de las personas con discapacidad

En diversas secciones de este alegato hemos hecho referencia a la cuestión de los cuidados paliativos y a la especial situación de Martina como niña con discapacidad. Esta representación quisiera resaltar en esta sección las principales conclusiones de la declaración del perito Víctor E. Abramovich, relativas a las obligaciones internacionales de los Estados en materia de protección de los derechos de la niñez y las personas con discapacidad que deben informar transversalmente las valoraciones que realice la Honorable Corte en materia de los derechos a la vida, a la integridad personal y a la salud.

#### 3.4.1. *Garantizar los cuidados paliativos y de rehabilitación*

En el marco de niñez y discapacidad, el primer deber de los Estados es garantizar el acceso a los servicios paliativos y de rehabilitación que, de acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño, se consideran parte integrante del derecho del niño a la salud<sup>61</sup>. Este tipo de cuidados, especialmente dirigidos a controlar formas de sufrimiento vinculadas con enfermedades crónicas y a preservar las funciones vitales del paciente, no se limitan a la fase terminal de la enfermedad. Por el contrario, comienzan cuando se diagnostica la afección, pueden coincidir con la atención terapéutica y continúan luego de finalizada la acción terapéutica<sup>62</sup>.

Según el perito, y de acuerdo con el artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, “CDN”), el Estado debe esforzarse para que ningún niño se vea privado del acceso a estos servicios. La violación de este deber en el caso de Martina es patente: a través de la decisión de la Corte Suprema, el Estado permitió que Martina se viera privada del acceso a los cuidados paliativos y de rehabilitación, necesarios no sólo para la vida y dignidad de Martina, sino también para mejorar la calidad de su familia.

El Estado también debe velar por que los servicios paliativos y de rehabilitación relacionados con la salud infantil cumplan los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad<sup>63</sup>.

Respecto de la aceptabilidad, el perito explicó que hay coincidencia en la necesidad de que los cuidados paliativos incorporen en los servicios de atención primaria de la salud, y que sean brindados en conexión con el lugar de residencia del niño, facilitando la integración del niño su entorno familiar y comunitario<sup>64</sup>. Además, es necesario de que la atención paliativa vaya acompañada a cuidados y apoyos a los familiares directamente vinculados a la atención del niño, lo cual se relaciona con el artículo 23 de la CDN.

<sup>61</sup> Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño. Observación general No 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), párr. 2.

<sup>62</sup> Informe del Relator Especial de la ONU sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Dainius Puras, presentado al Consejo de Derechos Humanos, 30 julio de 2015, párrs. 51 y 52.

<sup>63</sup> Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño. Observación general No 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), párr. 112.

<sup>64</sup> Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño. Observación general No 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), párr. 36.

Respecto de la accesibilidad, el Estado debe garantizar el acceso a la información sobre el tratamiento que permita la planificación en el ámbito familiar. En relación con ello, el perito remarcó dos cuestiones importantes. Primero, la cuestión del acceso a la información sobre cláusulas contractuales de los seguros de salud: las cláusulas deben ser transparentes y claras<sup>65</sup>, siguiendo la jurisprudencia del Comité DESC en el caso *Trujillo Calero vs. Ecuador* y de esta Corte en el caso *Muelle Flores vs. Perú*<sup>66</sup>. Segundo, la cuestión de la información sobre los procedimientos disponibles. Es de suma relevancia que los afiliados, cuando reciben una decisión, sepan cuáles son los procedimientos y recursos disponibles para impugnar esa decisión. Tal como quedó de expuesto mediante la declaración testimonial de Ramiro Álvaro Vera Luza, ni la Superintendencia ni la Corte Suprema le indicaron la vía idónea de reclamo o la posibilidad de acudir a un mecanismo arbitral.

En cuanto a la asequibilidad, el perito enfatizó que las enfermedades que tienen tratamientos costosos y de larga duración afectan la economía de las familias de ingresos medianos y bajos. Por lo tanto, los Estados tienen el deber de implementar mecanismos de mancomunación de riesgos, como recaudaciones de impuestos y seguros, sobre la base de contribuciones equitativas en función de los medios de cada uno<sup>67</sup>. Es decir, debe existir un sistema de distribución equitativa de riesgos a través de seguros de salud que permitan a las familias financiar las prestaciones de salud de alto costo.

#### 3.4.2. *Función de rectoría del Estado.*

El segundo deber de los Estados es ejercer una función de rectoría del sistema de salud. Ello implica, por un lado, organizar sistemas de salud eficaces, con mecanismos sólidos de financiamiento, personal de salud debidamente capacitado, información fiable y reglas claras de liderazgo y gobernanza<sup>68</sup>.

Pero la función de rectoría también incluye la regulación, supervisión y fiscalización de los agentes no estatales. La responsabilidad de la salud infantil es responsabilidad primaria del Estado. Si el Estado delega en prestadores o financiadores privados, éste tiene la obligación de regularlos y fijarles mecanismos de responsabilidad<sup>69</sup>. Se debe imponer a las empresas la obligación de ejercer la debida diligencia en el cuidado de los niños<sup>70</sup>. Además, el Estado debe generar normativa estricta que sujete a las empresas de salud a las obligaciones propias del

<sup>65</sup> Naciones Unidas, Comité DESC, Observación General Nro. 19, El Derecho a la Seguridad Social (artículo 9), 2008, párr. 24.

<sup>66</sup> Párr. 187.

<sup>67</sup> Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño. Observación general No 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), párr. 114.

<sup>68</sup> Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño. Observación general No 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), párr. 36.

<sup>69</sup> Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño. Observación general No 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), párr. 75.

<sup>70</sup> Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño. Observación general No 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), párr. 76.

servicio público. Estas obligaciones incluyen, entre otras, la continuidad de los servicios y la creación de mecanismos idóneos para evitar que se niegue el acceso a prestaciones de salud<sup>71</sup>.

Según el perito Abramovich, la regulación de los contratos y de los procedimientos de reclamo son dos elementos principales de la función de rectoría del sistema de salud.

Respecto de los contratos, y como se explicó anteriormente, el Estado debe asegurar que las cláusulas contenidas en los seguros de salud sean claras, transparentes, razonables y proporcionadas.

En cuanto a los procedimientos de reclamo de particulares, el perito explicó que es necesario que esos mecanismos (i) se vinculen a los procesos de fiscalización a cargo del Estado, (ii) le brinden al órgano público la posibilidad de remediar violaciones al derecho a la salud en sede administrativa, (iii) permitan que el órgano público dicte medidas cautelares o deje sin efecto el acto violatorio del particular, y (iv) contengan plazos breves o brevísimos, a contarse en cuestión de días. Como se explicará en la sección cuarta de este alegato, el procedimiento de reclamo ante la Superintendencia de Servicios de salud no cumple con estas pautas.

### 3.5. Análisis conjunto del derecho a la salud y el derecho a la seguridad social

En su Informe de Fondo, la CIDH entendió que el derecho a la salud en este caso está estrechamente vinculado al derecho a la seguridad social, que constituye una de las normas económicas y sociales mencionadas en el artículo 26 de la Convención Americana. En su declaración jurada, y siguiendo al Comité DESC, la perita Judith Bueno de Mesquita también evidenció que la interrupción de la hospitalización domiciliaria de Martina guarda relación con el derecho a la seguridad social, en tanto la atención de la salud es una de las nueve ramas específicas de la seguridad social.<sup>72</sup>

Esta representación coincide con la necesidad de que esta Honorable Corte también analice el derecho a la seguridad social en este caso. Consideramos que el incumplimiento de los deberes de no regresividad y de regulación, fiscalización y supervisión de las ISAPRES generó dos violaciones concretas al derecho a la seguridad social de Martina en relación con su plan de salud, que se explican a continuación.

En primer lugar, de acuerdo con el Comité DESC, el derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales sin discriminación, con el fin de obtener protección contra gastos excesivos de atención de salud<sup>73</sup>.

En este caso, a través del dictado de la Circular IF N° 7 del 1 de julio de 2005, el Estado de Chile permitió que un actor privado limitara la cobertura de un servicio de salud previamente contratado y retirara la prestación social de Martina utilizando la causal de cronicidad que, como se explicó, era discriminatoria. Esta situación no sólo es contraria al derecho a mantener prestaciones

<sup>71</sup> Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 24, E/C.12/GC/24, párr. 21.

<sup>72</sup> Declaración jurada de la perita Judith Bueno de Mesquita, pág. 3; Comité DESC, Observación general N° 19 sobre el derecho a la seguridad social, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2009, párrs. 2 y 12.

<sup>73</sup> Comité DESC, Observación general N° 19 sobre el derecho a la seguridad social, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2009, párr. 2.

sociales, sino que también dejó a la familia Vera Rojas completamente desprotegida contra gastos excesivos, ya que la obligó a financiar un tratamiento de alto costo por su propia cuenta.

En segundo lugar, el derecho a la seguridad, al igual que todos los derechos humanos, también impone la obligación de garantía, que requiere que los Estados impidan que terceras personas interfieran en modo alguno en el disfrute del derecho a la seguridad social<sup>74</sup>. De acuerdo con la Observación General N°19 sobre el derecho a la seguridad social y bajo la denominación del deber de “protección”, equivalente al deber de garantía en el sistema interamericano, el Comité DESC señaló que:

“Esta obligación incluye, entre otras cosas, la de adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y eficaces, por ejemplo, para impedir que terceras partes denieguen el acceso en condiciones de igualdad a los planes de seguridad social administrados por ellas o por otros y que impongan condiciones injustificadas de admisibilidad; (...)”<sup>75</sup> (el subrayado nos pertenece).

En la misma observación, el Comité DESC especificó que:

“Antes de que el Estado o una tercera parte lleven a cabo cualquier medida que interfiera en el derecho de una persona a la seguridad social, las autoridades competentes deberán garantizar que esas medidas se apliquen de conformidad con la ley y con el Pacto, lo cual supondrá: a) la posibilidad de consultar efectivamente a los afectados; b) la publicidad oportuna y completa de información sobre las medidas propuestas; c) el aviso previo con tiempo razonable de las medidas propuestas; d) recursos y reparaciones legales para los afectados; y e) asistencia letrada para interponer recursos judiciales. (...) En ninguna circunstancia se debe privar a una persona de una prestación por motivos de discriminación (...)”<sup>76</sup> (el resaltado nos pertenece).

En el caso de Martina, el Estado permitió -a través de la Circular IF N° 7- que la ISAPRE interfiriera en la continuidad de las prestaciones sociales de Martina sobre la base de una causal discriminatoria.

Pero, a pesar de que esa causal fue eliminada por la Circular IF N° 282 del 26 de enero de 2017, el Estado de Chile aún no ha tomado ninguna medida legislativa o de otra índole para impedir que las ISAPRES adopten decisiones unilaterales y sin previo aviso a los beneficiarios o la Superintendencia sobre la cobertura de los seguros de salud.

Por ejemplo, si bien la Circular IF N° 330 del 27 de agosto de 2019 agregó el requisito de que las ISAPRES notifiquen al afiliado del retiro de la hospitalización domiciliaria, esta modificación no cumple con los estándares expuestos por el Comité DESC en tanto (i) esta notificación es posterior a la toma de la decisión, (ii) no se exige el aviso previo con tiempo razonable de las

<sup>74</sup> Comité DESC, Observación general N° 19 sobre el derecho a la seguridad social, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2009, párr. 44.

<sup>75</sup> Comité DESC, Observación general N° 19 sobre el derecho a la seguridad social, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2009, párr. 45.

<sup>76</sup> Comité DESC, Observación general N° 19 sobre el derecho a la seguridad social, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2009, párr. 78.

medidas propuestas, y (iii) tampoco se requiere la consulta previa y efectiva a los afectados. La actuación del Estado, a través de la Superintendencia, es siempre posterior a las decisiones de terceros privados.

En ese sentido, consideramos que el caso ofrece una oportunidad valiosa para que esta Honorable Corte analice la interrelación del derecho la seguridad social con el derecho a la salud.

#### **4. Sobre la responsabilidad internacional del Estado de Chile violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial medidas de la niña Martina Vera Rojas, su madre y su padre (artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento).**

El objetivo de esta sección es detallar cuáles son los aspectos específicos del recurso de protección y del procedimiento arbitral ante la Superintendencia de Salud que resultan incompatibles con los artículos 8.1 y 25 de la Convención, a partir de las pruebas producidas a lo largo del proceso. Sobre las violaciones restantes alegadas en el ESAP, esta representación se remite a dicho escrito.

##### 4.1. Recurso de Protección

Esta representación resaltará seis cuestiones relacionadas con el diseño normativo del recurso de protección en general, y con el trámite del recurso de protección presentado por los padres de Martina en particular, que hacen que el mismo no haya constituido un recurso efectivo para el caso. Ellas son:

##### *4.1.1. Alcance normativo del Recurso de Protección*

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, el artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales<sup>77</sup>. En este sentido, y de acuerdo con este Tribunal, el primer deber de los Estados es consagrar estos recursos normativamente<sup>78</sup>. Es decir, antes de analizar su efectividad, es necesario evaluar si el recurso existe formalmente.

En este sentido, una primera violación al artículo 25.1 de la Convención puede encontrarse en la letra de la Constitución Política de Chile. En los términos regulados en el artículo 20 de la Constitución, el recurso de protección procede, respecto del derecho a la salud, únicamente en lo relativo al último inciso del artículo 19.9, a saber, a la libertad de elegir el sistema.

Ello quiere decir que, a nivel doméstico, no se ha consagrado un recurso efectivo contra actos violatorios del derecho a la salud. El diseño constitucional chileno sólo está orientado a una protección mínima de este derecho, en uno sólo de sus componentes: la libertad de elegir el sistema, obviando de manera prácticamente absoluta cualquier dimensión prestacional del mismo. La mayor parte de los contenidos del derecho a la salud reconocidos por el Comité DESC en su Observación General N° 14<sup>79</sup> e incorporados por esta Corte en su jurisprudencia<sup>80</sup>, a excepción de la libertad de elección, quedan excluidos del mecanismo de protección constitucional.

<sup>77</sup> Ver en este sentido Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 291.

<sup>78</sup> *Id.*, párr. 295.

<sup>79</sup> Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 12.

<sup>80</sup> 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. 173.



El Estado en su contestación ha intentado convencer a esta Corte de que la Corte Suprema de Chile ha modificado su jurisprudencia para proteger el derecho a la salud a través del recurso de protección “más allá de las exigencias de la sola legalidad”<sup>81</sup>. Como se explicará en detalle en la sección sobre reparaciones, este argumento es inexacto y no puede tener la consecuencia de impedir una medida normativa de no repetición, en tanto las modificaciones jurisprudenciales están lejos de ser uniformes y sistemáticas. Por ejemplo, hemos podido verificar que de manera muy reciente algunas Cortes de Apelaciones del país han rechazado recursos de protección relacionados con el derecho a la salud sobre la base de que los mismos no habían “alegado el derecho a elegir el sistema de salud (...), único aspecto de dicha garantía que se encuentra protegido”<sup>82</sup>.

En ese sentido, la falta de seguridad jurídica en el trámite de los recursos de protección relacionados con el derecho a la salud sigue siendo violatoria del derecho a un recurso efectivo en los términos del artículo 25.1 de la Convención. Pero, más importante aún, esta modificación jurisprudencial no subsana el problema de falta de reconocimiento normativo y formal de un recurso efectivo frente a violaciones al derecho a la salud, más aún si se tiene en cuenta que la República de Chile no adhiere a la doctrina del precedente obligatorio. La modificación jurisprudencial en materia de salud es anecdótica, no es uniforme y, en todo caso, puede cambiar su rumbo en cualquier momento.

Además de violatorio del artículo 25.1 de la Convención, esta limitación normativa es violatoria del deber inmediato de los Estados de adoptar medidas de carácter legislativo -incluyendo recursos judiciales- para dar plena efectividad al derecho a la salud, en los términos de los pronunciamientos del Comité DESC<sup>83</sup>, utilizados ampliamente por esta Corte. En efecto, en su en sus observaciones finales de 2015 sobre el cuarto informe periódico de Chile, el Comité DESC llamó la atención sobre los déficits del actual recurso de protección, considerando que el mismo “deja fuera de la protección jurídica algunos de los derechos contenidos en el Pacto” y “[limita] su aplicabilidad directa por los tribunales nacionales”<sup>84</sup>. Esto, aplicado a la Convención Americana, implica una violación del artículo 2 de dicho instrumento.

De esta manera, el recurso de protección interpuesto por la familia de Martina tenía serias limitaciones normativas en cuanto a su alcance y perspectiva de efectividad para la protección del derecho a la salud, lo que se vio claramente reflejado en la manera en que fue decidido.

#### 4.1.2. *Incumplimiento del deber de motivación.*

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Honorable Corte, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar los derechos a un debido

<sup>81</sup> Contestación del Estado, pág. 116.

<sup>82</sup> Corte de Apelaciones de Coihaique, “Juan Armando Pérez Subiabre con Hospital Regional de Coyhaique” 19/11/2020, CL/JUR/147498/2020.

<sup>83</sup> Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 33.

<sup>84</sup> Comité DESC, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile, 7 de julio de 2015, E/C.12/CHL/CO/4, párr. 7.

proceso y al de acceso a la justicia, en relación con el artículo 25 de la Convención<sup>85</sup>. En particular, esta Corte ha destacado que:

“(...) toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia”<sup>86</sup>

En este caso, reiteramos que la decisión de la Corte Suprema de Chile que validó la decisión de la ISAPRE no cumplió con este mandato. Ello en tanto la Corte sólo analizó la legalidad de la actuación de la aseguradora privada, sin considerar en absoluto el derecho a la salud de Martina, su interés superior como niña o su situación de vulnerabilidad por su condición de salud y discapacidad. Es decir, el máximo órgano jurisdiccional dentro de los tribunales integrantes del Poder Judicial chileno tomó una decisión que tendría un impacto determinante en la vida e integridad de una niña con discapacidad sin haber considerado sus obligaciones inmediatas en materia de derecho a la salud, ni sus obligaciones internacionales en materia de protección de los derechos de la niñez y de las personas con discapacidad.

Asimismo, esta Corte ha destacado que corresponde a las autoridades judiciales y administrativas “ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallen el niño o la niña”<sup>87</sup>.

En este caso, durante la Audiencia Pública, la perita Droguett González confirmó que -conforme al diseño institucional- la Corte Suprema de Chile no tenía ninguna obligación legal y constitucional de tomar en cuenta la situación de vulnerabilidad de Martina al momento de resolver el recurso de protección. Según la perita, la Corte Suprema sólo debía asegurarse de que su resolución “obedezca la racionalidad y que no exceda los límites de la sana crítica”.

En su decisión, la Corte Suprema validó un cálculo puramente económico, tanto de la regulación de la Superintendencia que indebidamente incorporó la causal de cronicidad como de un actor privado al amparo de dicha regulación, sin dar a conocer las razones por las que dicha decisión era aceptable a la luz de la Constitución y la Convención Americana. Esta representación quisiera resaltar que la Corte Suprema no sólo omitió motivar adecuadamente la decisión del recurso de protección de Martina sino que, además, el ordenamiento jurídico chileno permitió que este tribunal fuera absolutamente indiferente ante su especial situación de vulnerabilidad.

#### 4.1.3. *Incumplimiento de la garantía del plazo razonable.*

El recurso de protección también fue resuelto en violación a la garantía del plazo razonable. Conforme a la jurisprudencia de esta Corte, para determinar la razonabilidad del plazo se debe tomar en cuenta, *inter alia*, la complejidad del asunto y la afectación generada por la duración del

<sup>85</sup> Ver, por ejemplo Corte IDH. Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 189.

<sup>86</sup> 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. 126.

<sup>87</sup> 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. 126. Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 61.

procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo. Así, el Tribunal ha establecido que, si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento se desarrolle con mayor prontitud a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve<sup>88</sup>.

El recurso de protección inició el 26 de octubre de 2010 y culminó el 9 de mayo de 2011, esto es más de seis meses después. En su contestación, el Estado argumentó que este plazo había sido razonable a partir de la complejidad del asunto, y que la situación jurídica de Martina no se modificó durante esos seis meses. Esta representación explicará por qué estos argumentos no pueden sostenerse a la luz de la jurisprudencia de esta Corte y de las pruebas producidas en este proceso.

En primer lugar, en cuanto a la complejidad del asunto, el Estado ha argumentado que el plazo ha sido razonable en tanto adoptar una decisión exigía a los órganos jurisdiccionales “ponderar una serie de factores, tales como las exigencias propias de los derechos involucrados”<sup>89</sup> y revisar las normas legales y reglamentarias aplicables, dando a entender que la Corte Suprema tardó tres meses -del 1 de febrero al 9 de mayo- en rechazar el recurso de protección porque realizó un análisis del contenido y exigencias propias del derecho a la salud de Martina *vis á vis* el derecho propiedad de la ISAPRE. Pero ello resulta inconsistente (i) con la propia resolución de la Corte Suprema, que no ponderó estos derechos ni consideró en absoluto el derecho a la salud de la niña, y (ii) con la declaración de perita Droguett González, quien afirmó que la Corte Suprema no tenía el deber de realizar un control de constitucionalidad o convencionalidad de los reglamentos de la Superintendencia a la luz de las exigencias propias del derecho a la salud. Según la perita, este tribunal sólo debía decidir según la sana crítica. En ese sentido, el Estado no podría alegar de buena fe que la complejidad del asunto justificó el plazo de revisión del recurso ante Corte Suprema.

Pero, aunque ello no fuera suficiente, el Estado tampoco puede alegar sin más que la complejidad del asunto justificó la demora en el trámite del recurso de protección. En el caso *Andrade Salmón vs. Bolivia*, esta Corte ha establecido que:

“corresponde al Estado demostrar las razones por las que uno o varios procesos han tomado un período prolongado de tiempo en ser resueltos, pues no basta una argumentación genérica respecto a la complejidad de este tipo de procesos, sino que es necesario desarrollar los argumentos y presentar las pruebas que demuestren que este factor influyó en la duración de los mismos”<sup>90</sup> (el subrayado nos pertenece).

En este caso, el Estado ha realizado una mera declaración genérica sobre la necesidad de “ponderar una serie de factores”<sup>91</sup> sin desarrollar cómo los mismos fueron ponderados por la Corte Suprema durante la revisión del recurso, y sin aportar prueba que den cuenta de que esa

<sup>88</sup> Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359. Párr. 185.

<sup>89</sup> Contestación del Estado, pág. 135.

<sup>90</sup> Corte IDH. Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones Y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Párr. 159.

<sup>91</sup> Contestación del Estado, pág. 135.

“ponderación” influyó en la duración del proceso de revisión del recurso. Además, el caso no presenta complejidad en la prueba ni una pluralidad de sujetos procesales o víctimas, criterios que suelen ser tenidos en cuenta por esta Corte al evaluar la complejidad del asunto<sup>92</sup>.

Respecto a la afectación generada por la duración del procedimiento, el Estado se limitó a exponer que “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”<sup>93</sup>.

Al centrarse únicamente en el tratamiento de Martina, el Estado ignora por completo el resto de las personas involucradas en el trámite del recurso de protección. Durante esos seis meses, la familia de Martina -involucrada en el proceso del recurso- constantemente enfrentó la incertidumbre de la manutención de la hospitalización domiciliaria, debido a una situación generalizada de ausencia de garantías y de seguridad jurídica sobre el resultado del recurso, potenciada por la limitación normativa de la Constitución<sup>94</sup>. De hecho, previendo el resultado negativo del recurso, la familia de Martina -además del rol incesante de cuidado por parte de la madre y del trabajo diario del padre de cuyo único salario depende la manutención del hogar- tuvo que movilizarse para lograr, en paralelo a este proceso, que la empresa le brindara algún tipo de apoyo para mantener la hospitalización domiciliaria.

Ese estado de incertidumbre de la familia hacía necesario que la situación jurídica de Martina fuera sustanciada, resuelta y clarificada lo más pronto posible, a fin de no prolongar indefinidamente los efectos de un proceso que ponía en jaque la vida, dignidad y salud de la niña, pero también la integridad psicológica de sus padres, como quedó reflejado en el peritaje en materia de salud mental con efectos duraderos e irreversibles, como la pérdida parcial de la visión de Ramiro.

Por estas razones, esta representación considera que el trámite del recurso de protección excedió el plazo razonable para la decisión de un recurso de tal naturaleza. Cabe recordar que en el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, la Corte Interamericana consideró que un plazo de seis meses en un recurso de amparo vinculado con el derecho a la salud, incumplió la garantía de plazo razonable.

#### 4.1.4. *Distancia geográfica y su relación con el derecho al acceso a la justicia.*

Los artículos 8.1 y 25 de la Convención consagran el derecho al acceso a la justicia. Este derecho puede ser obstruido por obstáculos *de jure* o *de facto*, como ha explicado esta Corte en el caso *González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México*<sup>95</sup>. Uno de los obstáculos *de facto* son precisamente las barreras geográficas o físicas, referidas a la distancia y el difícil acceso a los

<sup>92</sup> Corte IDH. Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones Y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Párr. 158.

<sup>93</sup> Contestación del Estado, página 136.

<sup>94</sup> *Ver en este sentido* Corte IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180. Párr. 86.

<sup>95</sup> Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 455.

edificios del sistema de justicia. Estas barreras adquieren especial relevancia frente a las poblaciones alejadas de los grandes centros urbanos<sup>96</sup>.

Este caso presenta un supuesto de barrera física que dificultó el acceso a la justicia de los padres de Martina Vera Rojas. En efecto, a pesar de haber sido presentado ante la Corte de Apelaciones de Arica, el recurso de protección fue asignado de oficio, en cuenta sin previa vista y sin resolver la orden de no innovar a la jurisdicción de Concepción, a 2.532 kilómetros de Arica. Esto ocurrió debido a que ese era el domicilio de la demandada, es decir, de la ISAPRE. Esta decisión se basó en el diseño normativo chileno, a saber, en una norma administrativa de la Corte Suprema<sup>97</sup> que en la práctica vino a ser una manifestación más de la asimetría entre Martina y su familia y la ISAPRE, permitida por el Estado.

Esta enorme distancia del centro de vida familiar resultó altamente problemática para el ejercicio de los derechos de la familia en el marco del proceso, e impuso cargas adicionales que no debieron soportar, justamente siendo la parte más débil del proceso y de tener a cargo de manera permanente el cuidado de la niña.

#### 4.1.5. Mecanismo de recusación en el contexto del recurso de protección

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, la garantía de imparcialidad requerida por el artículo 8.1 de la Convención implica que los integrantes del tribunal no deben tener un interés directo, una posición tomada o una preferencia por alguna de las partes<sup>98</sup>. Además, no deben encontrarse involucrados en la controversia, y deben inspirar la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática<sup>99</sup>. En los términos de este Tribunal:

“(...) la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar (...) Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho”<sup>100</sup> (el subrayado nos pertenece).

La garantía de la imparcialidad puede, entonces, ser puesta en duda cuando existen elementos objetivos y convincentes que generan fundadas sospechas de parcialidad. En su contestación, el Estado parece perder de vista este punto, al alegar que “la mera circunstancia de que el

<sup>96</sup> Ver Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ). Campaña por el Acceso a la Justicia. Disponible en: <https://acij.org.ar/campana-por-el-acceso-a-la-justicia/>.

<sup>97</sup> Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema, sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales

<sup>98</sup> Corte IDH. Caso Acosta y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de marzo de 2017. Párr. 172.

<sup>99</sup> *Id.*

<sup>100</sup> Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Párr. 56.

abogado integrante trabajó en una asociación que ofrece arbitrar diferencias entre asegurados y aseguradores no permite desprender su falta de imparcialidad”<sup>101</sup>.

En este caso, el abogado integrante no sólo participó en una asociación que arbitraba diferencias entre partes de un contrato de seguro. Más bien, el Sr. Ricardo Peralta Valenzuela se desempeñaba a la fecha de los hechos como (i) socio de un estudio jurídico privado dedicado al derecho de empresas y de seguros, (ii) presidente del Directorio de una aseguradora (AIG Chile, Compañía de Seguros Generales S.A.), y (iii) vicepresidente del Consejo de Autorregulación de las Compañías de Seguros, institución en la que justamente participan ISAPRES que actúan también como compañías de seguro de vida<sup>102</sup>. Estas circunstancias objetivas no inspiraban confianza en la familia de Martina ya que son, cuanto menos, indicativas de la posibilidad de que el Sr. Peralta Valenzuela tuviera lazos con compañías de seguros al momento de decidir el recurso de protección.

En su contestación, el Estado alegó que:

“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”<sup>103</sup>

Este argumento, además de culpabilizar a la víctima, pierde de vista que fue el propio ordenamiento jurídico chileno el que impidió que las víctimas y su representante hicieran uso del mecanismo de la recusación. Esta representación considera que existen dos normas concretas que condujeron a este resultado.

Primero, en su “Auto Acordado Sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales”, la Corte Suprema chilena ha establecido como regla general que las apelaciones de los recursos de protección sean resueltas “en cuenta” sin previa vista de la causa, es decir, sin escuchar a las partes en estrado<sup>104</sup>.

Segundo, de acuerdo con el artículo 198 del Código Orgánico de Tribunales, la recusación de los abogados integrantes deberá “hacerse antes de comenzar la audiencia en que va a verse la causa” o en el momento del artículo 166 del Código de Procedimiento Civil. Esta norma, a su vez, dispone que el momento de la recusación será “antes de comenzar la vista”. Esto quiere decir que el ordenamiento chileno sólo regula la recusación del abogado integrante en los supuestos en los que sí exista una previa vista de la causa, a diferencia de lo que sucede en la apelación de los recursos de protección. La normativa no regula el momento o el procedimiento

<sup>101</sup> Contestación del Estado, pág. 133.

<sup>102</sup> Peralta, Guitérrez y Asociados, Abogados. Ricardo Peralta Valenzuela. Disponible en: [http://www.pgya.cl/?page\\_id=168](http://www.pgya.cl/?page_id=168).

<sup>103</sup> Contestación del Estado, pág. 133.

<sup>104</sup> Corte Suprema de Chile, AUTO ACORDADO SOBRE TRAMITACION Y FALLO DEL RECURSO DE PROTECCION DE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES, de 24 de junio de 1998. La norma que establece como una excepción los alegatos en estrados previos a la decisión de la Corte Suprema “previa vista de la causa” se mantiene intacta en la última modificación del Auto Acordado del 28 de agosto de 2015.

de recusación cuando los recursos se examinan “en cuenta” o sin previa vista de la causa. En ese sentido, las víctimas y su representante no tenían la posibilidad formal de formular una recusación.

Además de que la norma no brinda una posibilidad formal de recusar, la revisión de los recursos de protección en la práctica agrega obstáculos adicionales a la posibilidad de conocer los miembros del tribunal y evaluar su independencia e imparcialidad. De acuerdo con el artículo 60 del Código Orgánico de Tribunales, los recursos de protección se agregan a una “tabla extraordinaria”, un listado de causas que serán conocidas por la Corte Suprema al día hábil siguiente. A diferencia de la tabla ordinaria de la semana, la “tabla extraordinaria” versa sobre las materias que son de orden urgente, y se modifica cada día. El plazo exiguo de un día hábil hace que sea prácticamente imposible para las partes prever cuál será la Sala que conocerá su caso y, al mismo tiempo, conocer quiénes serán los abogados integrantes.

Tomadas en conjunto, estas circunstancias hicieron que no fuera posible para las víctimas y su representante recusar al abogado por sus evidentes lazos con compañías de seguros.

#### 4.2. Procedimiento arbitral ante la Superintendencia de Salud

Esta representación resaltaré tres cuestiones relacionadas con el diseño normativo del proceso arbitral ante la Superintendencia de Salud en general, y del desarrollo de este proceso en el caso de Martina en particular, que hacen que el mismo no pueda ser considerado un recurso efectivo para el caso. Ellas son:

##### 4.2.1. *Naturaleza no jurisdiccional del mecanismo. Dictado del fallo sobre la base de la prudencia y equidad.*

De acuerdo con esta Corte:

“(...) cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas (...)”<sup>105</sup> (el subrayado nos pertenece).

Ello quiere decir que existe un recurso efectivo en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la Convención cuando las víctimas de violaciones de derechos humanos pueden recurrir a un órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, es decir, que tenga la función de adoptar decisiones que determinan derechos.

En este caso, de acuerdo con lo dicho por la perita Droguett González en audiencia, el juez árbitro de la Superintendencia no ejerce funciones jurisdiccionales, aunque el Estado le haya dado esa denominación en la contestación o así se le llame coloquial o formalmente en Chile. Según la perita, no es un tribunal sino un órgano administrativo que no ejerce la jurisdicción

<sup>105</sup> Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71. Párr. 71.

propriadamente dicha. Esto es particularmente relevante en el caso de Martina dado que, al no ejercer función jurisdiccional, la decisión de la jueza árbitro no alcanzó el *status* de cosa juzgada judicial. Por ello, la hospitalización domiciliaria de Martina podría haber sido posteriormente retirada por la ISAPRE.

Por otro lado, el artículo 117 inciso 2º del DFL 1 de 2005 del Ministerio de Salud indica que el juez árbitro “dará su fallo en el sentido que la prudencia y la equidad le dicten”. En ese sentido, el proceso arbitral ante la Superintendencia no está diseñado para adjudicar derechos establecidos en normas. Por el contrario, el juez árbitro puede eventualmente apartarse de las normas vigentes e, incluso, fallar contra texto expreso de la ley. Aún si en este caso la prudencia y equidad hubieran favorecido “rotundamente” la posición de las víctimas, como quiere hacer creer el Estado en su contestación, la posibilidad de que la jueza árbitro pudiera decidir sin ajustarse a derecho no brinda ninguna salvaguarda procesal. De hecho, su decisión bien podría haber omitido valorar cualquier contenido del derecho a la salud de Martina, porque justamente el artículo 117 inciso 2º del DFL 1 lo permite.

Estas características del diseño institucional hacen que no pueda considerarse al proceso arbitral como la vía idónea o como un recurso judicial efectivo en los términos del artículo 25 de la Convención.

#### 4.2.2. *Garantía de independencia*

El diseño normativo del proceso arbitral ante la Superintendencia de Servicios de Salud tampoco asegura la independencia del juzgador. Ello en tanto, de acuerdo con el artículo 117 inciso 1º del DFL 1, quien actúa en calidad de árbitro es el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, o el Superintendente en el caso de la apelación prevista en el artículo 118 del DFL.

Esta representación quisiera hacer notar a la Corte que los cargos de Intendente y Superintendente de Salud no gozan de la misma independencia e imparcialidad que los jueces. Ello en tanto el Superintendente, que luego nombra al resto de las autoridades jerárquicas de la Superintendencia, es un cargo político cuyo nombramiento corresponde al Presidente de la República de Chile (conf. art. 109 del DFL 1).

Ello quiere decir que las decisiones adoptadas en marco del proceso arbitral no son tomadas por un juez que brinde garantías mínimas de independencia, con estabilidad y permanencia en el cargo, sino que dependen -en última instancia- de una figura de naturaleza cambiante y cuyo nombramiento corresponde a la administración de turno.

La falta de estabilidad y la naturaleza política del cargo pone en duda la independencia de quien decide en el proceso arbitral. Al ser nombrado por el Presidente, el Superintendente podría tener algún tipo lazos previo con compañías de seguros o con las mismas ISAPRES. En ese sentido, el diseño institucional no ofrece garantías de que quien actúe como juez árbitro esté “actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho”<sup>106</sup>.

<sup>106</sup> Corte IDH. Caso Apatz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Párr. 56.



Aclaremos en este punto que no estamos cuestionando el proceso arbitral en sí mismo. Los argumentos vertidos en estas secciones buscan responder a los argumentos estatales conforme a los cuales el proceso arbitral constituía un recurso idóneo y efectivo para el caso en los términos del artículo 25.1 de la Convención y revestido de las garantías establecidas en el artículo 8.1 del mismo instrumento. Esto es independiente de que, gracias a la prudencia y a la subjetividad de la árbitro en el presente caso, se obtuvo un resultado favorable que no era requerido conforme a derecho. Al contrario, conforme a derecho, gracias a la regulación de la Superintendencia, lo que correspondía era negar los derechos de Martina, como hizo la Corte Suprema amparada en el marco normativo vigente.

#### 4.2.3. *Incumplimiento de la garantía del plazo razonable.*

De acuerdo con la declaración de la perita Droguett González en audiencia, la duración estándar de un proceso arbitral ante la Superintendencia es de dos o tres meses, dependiendo de las circunstancias del caso y de las medidas que adopte el órgano.

El proceso de Martina inició el 22 de diciembre de 2011 y culminó el 27 de agosto de 2012, más de ocho meses después. Ante la pregunta de esta representación, la perita Droguett González luego indicó que ello estaría dentro del promedio, en clara contradicción con sus dichos anteriores.

Esta representación considera que el plazo de ocho meses viola la garantía del plazo razonable, por los mismos argumentos expuestos en la subsección sobre el recurso de protección.

Sin embargo, en este caso, la afectación generada en la situación jurídica de las personas involucradas en el proceso es aún más evidente: durante los ocho meses que duró el trámite ante la Superintendencia, la hospitalización domiciliaria de Martina no fue cubierta por la ISAPRE. Fue la empresa internacional donde trabajaba Ramiro Vera la que cubrió esa prestación a través de su área de recursos humanos. En ese sentido, el estado de incertidumbre para la familia fue indudablemente mayor y más grave, en tanto el servicio de salud que mantenía a Martina con vida dependía de la caridad de un privado. Como expresó Ramiro Vera en audiencia: “Tampoco era algo garantizado que de por vida me iban a apoyar, entonces yo me preocupaba todas las noches”.

Además, durante esos ocho meses, Martina dejó de recibir una serie de cuidados paliativos que antes recibía, incluyendo menos apoyo kinesiológico y menos terapia de enfermería, como comentó Ramiro Vera en audiencia. Esta regresión en los servicios de salud es aún más grave si se considera que, tal como explicó el Dr. Darrigrande, Martina dependía de estos cuidados paliativos para una mejora de su calidad de vida y para una vida en dignidad. Esta situación también representa un incumplimiento por parte del Estado de su deber de velar por que los servicios paliativos relacionados con la salud infantil cumplan los criterios de disponibilidad, accesibilidad y calidad, como fuera explicado en la tercera sección de este alegato.

Por estos motivos, esta representación considera que la duración del proceso arbitral ante la Superintendencia es incompatible con la garantía del plazo razonable. Ello hace que no pueda ser considerado como un recurso idóneo y efectivo en el caso.

#### 4.2.4. *Dictado de medidas cautelares.*

Por último, resulta necesario resaltar que el DFL 1 de 2005 del Ministerio de Salud no prevé expresamente la posibilidad de que el juez árbitro, en el marco del proceso arbitral, dicte una medida cautelar. Lo anterior resultaba particularmente relevante en el proceso ante la Superintendencia de Salud, puesto que para ese momento Martina no estaba protegida por medida de no innovar alguna y la decisión arbitraria y regresiva de la ISAPRE ya se había implementado.

Tal como explicó el perito Abramovich en audiencia, en el marco de la protección de la niñez y de las personas con discapacidad, es importante que los procedimientos de reclamo de particulares permitan a la autoridad de aplicación tomar conocimiento de la denuncia, intervenir de manera oficiosa<sup>107</sup> y remediar la situación de manera cautelar. Según el perito, los órganos deben tener la facultad de remediación de índole cautelar, porque los actos de particulares pueden tener efecto en la interrupción de los servicios de salud<sup>108</sup>.

Frente a una pregunta de la Comisión IDH sobre si el proceso arbitral podría considerarse un recurso adecuado o efectivo, el perito Abramovich precisamente indicó que uno de los principales problemas de estos procesos es que no se prevén medidas cautelares. El perito explicó que es importante que se puedan adoptar medidas cautelares tanto en el proceso administrativo como en el judicial. En sus propios términos:

“Si la aseguradora cesa la cobertura y no hay un mecanismo cautelar disponible en el proceso arbitral, me parece que nunca puede ser un proceso idóneo. Seguramente el afiliado va a ir a la vía judicial para obtener una medida cautelar, o va a ir a la vía del procedimiento administrativo y pedir la suspensión del acto. El tema cautelar es básico de la tutela judicial efectiva”<sup>109</sup>.

En ese sentido, al no permitir formalmente que el Intendente o el Superintendente en calidad de juez árbitro dicten este tipo de medidas, tampoco puede considerarse que el proceso arbitral ante la superintendencia sea una vía compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en la Convención en un caso como el presente, en el que una orden de no innovar puede hacer la diferencia entre la vida o el deterioro de la salud de una niña en la situación de Martina.

<sup>107</sup> Ver nota al pie número 75 del informe pericial escrito del perito Victor Abramovich, en donde explica por qué el procedimiento administrativo de reclamo que fuera iniciado ante la Superintendencia de Salud por Ramiro Vera Luza no cumplió con estos estándares y garantías procesales.

<sup>108</sup> Informe pericial escrito del perito Victor Abramovich, pág. 28.

<sup>109</sup> Declaración en audiencia del perito Víctor Abramovich. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=Jl9vbg-3F0k>, minuto 1:04:40. Ver también nota al pie número 75 del informe pericial escrito del perito Victor Abramovich.

## 5. Pretensiones sobre las medidas de reparación solicitadas

Reiteramos todas las pretensiones en materia de reparaciones formuladas en el ESAP y en esta oportunidad nos concentraremos en las medidas de restitución y de no repetición solicitadas. En lo relativo a las restantes medidas de reparación alegadas en el ESAP y no incluidas en esta sección, esta representación se remite a dicho escrito, en el cual argumentamos en detalle sobre las medidas de compensación económica, satisfacción y rehabilitación en favor de Martina y su familia.

### 5.1. Medidas de restitución

Si bien Martina ha mantenido la hospitalización domiciliaria, tras los hechos del presente caso, los padres de Martina han continuado en un proceso de reclamo permanente con la ISAPRE y la Superintendencia de Salud en cuanto a diversos aspectos del tratamiento. Además, y como fuera explicado en detalle a lo largo de este alegato, el contexto de falta de regulación adecuada, de excesiva discrecionalidad de las ISAPRES para tomar decisiones relacionadas con las prestaciones médicas, de falta de mecanismos reales de fiscalización y de limitaciones normativas a reclamos judiciales por violaciones del derecho a la salud exigen que, mediante la sentencia que emita la Honorable Corte en el presente caso, se asegure que Martina tenga todas las garantías de continuidad y calidad de la hospitalización domiciliaria y los tratamientos relacionados.

En virtud de lo anterior, entre las medidas de restitución detalladas en el ESAP<sup>110</sup>, esta representación respetuosamente solicita que esta Corte ordene al Estado de Chile asegurar que el régimen de hospitalización domiciliaria de Martina se mantendrá vigente mientras lo requiera. El eje central del tratamiento deberá ser la satisfacción y protección de sus derechos a la salud, vida e integridad personal, y el mismo deberá estar guiado por el interés superior de Martina y por las obligaciones especiales de protección del Estado en su favor como niña con discapacidad.

Para ello, se solicita que la Corte Interamericana ordene la suscripción de un acto jurídico conforme el ordenamiento jurídico chileno que brinde seguridad acerca de la obligación del Estado de Chile de mantener la hospitalización domiciliaria de Martina Vera Rojas, con las condiciones en las que se encuentra a la fecha y otras que pueda requerir en el futuro.

Mediante este acto jurídico, el Estado deberá obligarse a brindar el mismo nivel de atención a Martina en caso de fallecimiento del padre o madre de Martina, así como por el despido, enfermedad o por la disminución del salario del padre de Martina u otras circunstancias que no le permitan seguir cotizando su plan de ISAPRE actual, ni pagando el deducible del CAEC. Asimismo, en caso de quiebra de la ISAPRE, cambio de controladores u otras circunstancias análogas.

El objetivo de esta medida de restitución es brindar seguridad jurídica a Martina y a su familia sobre la cobertura de la hospitalización domiciliaria a futuro. La medida tiene dos fundamentos principales.

<sup>110</sup> ESAP, pág. 96.

Primero, la medida aseguraría la cobertura en el contexto de cotización de Ramiro Vera a la ISAPRE. Lo cierto es que, a pesar de la decisión de la Superintendencia, no existe en la actualidad ninguna garantía de que la ISAPRE no pueda volver a revisar la hospitalización domiciliaria. Ello en tanto, por un lado, las ISAPRES están habilitadas por la Superintendencia y por ley a revisar o adecuar anualmente el contrato de salud<sup>111</sup>. Además, conforme la Circular IF N° 330 del 27 de agosto de 2019, las ISAPRES pueden modificar y poner término a la hospitalización domiciliaria con el sólo requisito de comunicación posterior al afiliado<sup>112</sup>.

Esto implica que, en el diseño normativo chileno, sigue existiendo la potestad de que la ISAPRE efectúe una revisión unilateral de la cobertura de salud sin notificación o intervención previa de los afiliados o a la Superintendencia. En casos de modificación, lo único que la ISAPRE debe hacer es notificar posteriormente al afiliado, cuando ya tomó la decisión, explicando sus fundamentos. Como fuera explicado en la sección tercera de este alegato, ello no cumple con los estándares internacionales en materia de salud y seguridad social desarrollados por el Comité DESC y aplicables a la Convención Americana bajo el artículo 26.

Esta representación quisiera recordar que, aún cuando se eliminó la causal de cronicidad, la ISAPRE volvió a intentar revisar, en el año 2017, la hospitalización domiciliaria de Martina. Fue necesario volver a hacer otro reclamo ante la Superintendencia para evitar que esto pudiera ocurrir.

Es decir, existe un riesgo patente que la ISAPRE pueda seguir revisando periódicamente la hospitalización domiciliaria de Martina. La potestad de tomar este tipo de decisiones unilaterales sin garantías procesales para los afiliados sigue vigente. En ese contexto, consideramos que es importante que la sentencia de la Corte brinde seguridad jurídica sobre el hecho de que la hospitalización domiciliaria de Martina no podría volver a ser revisada o terminada de manera arbitraria por la ISAPRE.

Segundo, la medida aseguraría la cobertura también en el eventual caso de que el padre de Martina no pueda seguir cotizando al seguro privado, y deba recurrir a los servicios del Sistema de Salud Público. El acto jurídico funcionaría, entonces, como una garantía de que el Sistema de Salud Público cubrirá todos los aspectos de la hospitalización domiciliaria de Martina.

Esta es una garantía que no ha surgido en todo el proceso, ni siquiera cuando Martina quedó sin hospitalización domiciliaria tras la decisión de la Corte Suprema. Esta representación quisiera reiterar que el Estado no ha ofrecido cubrir la hospitalización domiciliaria de Martina en ningún momento del proceso: ni en el intento de solución amistosa ni en la etapa de transición ante la Comisión IDH. Por ello, se considera que Estado no ha podido brindar la seguridad jurídica de que cubrirá, con financiamiento público, la hospitalización domiciliaria a Martina en caso de imposibilidad de cotización sobreviniente. Esta garantía resulta aún más necesaria cuando se tiene en cuenta que la patología de Martina (síndrome de Leigh) se encuentra excluida de las

<sup>111</sup> Superintendencia de Salud de Chile. ¿Puede la isapre revisar o adecuar el contrato de salud? Recuperado de: <http://www.supersalud.gob.cl/consultas/667/w3-article-2310.html>.

<sup>112</sup> Superintendencia de Salud de Chile. Circular IF N° 330 del 27 de Agosto de 2019. Disponible en línea en: <https://www.supersalud.gob.cl/normativa/668/w3-article-18579.html>.

Garantías Explícitas en Salud (GES o Plan AUGE)<sup>113</sup> y de la Ley Ricarte Soto (Ley N° 20.850 de junio de 2015)<sup>114</sup>.

Por estos motivos, esta representación solicita que la sentencia de la Corte Interamericana brinde seguridad jurídica respecto de la hospitalización domiciliaria de Martina, tanto en el contexto de las potestades unilaterales que sigue teniendo la ISAPRE, como en el contexto de imposibilidad de cotización sobreviniente por parte de Ramiro Vera Rojas.

## 5.2. Garantías de no repetición

Como fue alegado a lo largo de este alegato final, las violaciones a los derechos humanos en perjuicio de Martina Vera Rojas fueron favorecidas por el diseño institucional chileno y por una sumatoria de factores estructurales de un sistema que exagera los peligros de mercantilización del derecho a la salud de las personas. Martina fue víctima de una situación de arbitrariedad e indefensión como consecuencia de la falta de regulación, fiscalización y supervisión de los actores privados que intervienen en el sistema de salud.

Estos factores estructurales incluyen (i) una regulación deficiente que redunde en amplísimas potestades para las ISAPRES, (ii) la falta de mecanismos efectivos de fiscalización por parte de la Superintendencia de Salud, (iii) procesos de reclamos de particulares que no pueden considerarse un recurso efectivo a la luz de la Convención Americana, y (iv) una normativa constitucional y práctica judicial sumamente restrictiva en cuanto a reclamos judiciales por violaciones del derecho a la salud.

En virtud de lo anterior, entre las garantías de no repetición detalladas en el ESAP<sup>115</sup>, solicitamos a esta Honorable Corte que ordene al Estado de Chile adecuar su ordenamiento jurídico interno a través de las siguientes modificaciones normativas.

### 5.2.1. *Marco normativo que limite las potestades discrecionales de las ISAPRES*

Como fuera explicado anteriormente, si bien la Circular IF N° 330 del 27 de agosto de 2019 que agrega el requisito de notificación al afiliado es un avance, esta regulación no cumple con los estándares relevantes en tanto (i) esta notificación es posterior a la toma de la decisión, (ii) no se exige el aviso previo con tiempo razonable de las medidas propuestas, y (iii) tampoco se requiere la consulta previa y efectiva a los afectados. Tampoco existe exigencia de participación previa de la Superintendencia.

De esta manera, las regulaciones de la Superintendencia actuales están lejos de limitar las facultades discrecionales y unilaterales de las ISAPRES en relación con los contratos de salud. La actuación del Estado es siempre posterior a las decisiones de terceros privados que pueden afectar o poner en peligro el derecho a la salud de las personas, tal como ocurrió en el caso de Martina.

<sup>113</sup> Ver Superintendencia de Salud de Chile. Garantías Explícitas en Salud (GES). Recuperado de: [http://www.supersalud.gob.cl/difusion/665/w3-propertyvalue-1962.html#accesos\\_fichas\\_ges\\_0](http://www.supersalud.gob.cl/difusion/665/w3-propertyvalue-1962.html#accesos_fichas_ges_0).

<sup>114</sup> Ver Superintendencia de Salud de Chile. Ley Ricarte Soto. Recuperado de: <https://www.supersalud.gob.cl/difusion/665/w3-propertyvalue-6088.html#acordeonProtocoloLRS>.

<sup>115</sup> ESAP, pág. 102.

Por ese motivo, esta representación solicita que la Corte ordene al Estado de Chile adecuar su marco normativo para fijar las salvaguardas procesales y sustantivas que limiten la discrecionalidad y unilateralidad de las decisiones sobre el alcance de la cobertura de un plan particular, especialmente en el contexto de enfermedades catastróficas y tratamientos de alto costo. Esto presupone la revisión del marco normativo actual y la identificación de aquellas normas del orden legal y administrativo que es necesario adecuar para establecer tales límites.

*5.2.2. La adopción de un marco normativo adecuado que amplíe las potestades de supervisión y fiscalización de la Superintendencia de Salud respecto de las ISAPRES*

Si bien ciertas normas del DFL N°1 de 2005 otorgan a la Superintendencia algunas facultades de fiscalización de las ISAPRES, las mismas no son amplias sino que aplican “respecto de su acreditación y certificación, así como la mantención del cumplimiento de los estándares establecidos en la acreditación” (conforme artículo 107 DFL N°1) o respecto de las “obligaciones que emanan de los contratos de salud” (conforme artículo 110 inciso 3° DFL N° 1).

Entonces, si bien se prevé que la Superintendencia fiscalice el cumplimiento del contrato de salud, ello no es suficiente para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas en tanto (i) no existe norma en el DFL N°1 que expresamente permita que la Superintendencia adopte medidas cautelares de oficio para prevenir un incumplimiento del contrato de salud; (ii) la actuación de la Superintendencia es siempre posterior a la toma de decisiones que ponen el peligro la salud de las personas; (iii) no se prevé un mecanismo de participación o consulta previa de los afiliados, y (iv) los contratos todavía pueden ser revisados y modificados unilateralmente por las ISAPRES.

Por ese motivo, esta representación solicita que la Corte ordene al Estado de Chile adecuar su marco normativo para ampliar y robustecer las facultades de fiscalización y supervisión de los prestadores privados.

Este marco normativo deberá asegurar que la supervisión y fiscalización sea realizada de oficio, de manera periódica o a través de algún mecanismo de consulta o validación previa de decisiones como la adoptada por la ISAPRE en el presente caso.

Asimismo, deberá determinar que el rol de supervisión y fiscalización de la Superintendencia de Salud debe atender a criterios relacionados con los contenidos del derecho a la salud y las obligaciones internacionales del Estado en la materia, y no a criterios de prudencia o equidad. Esta medida es necesaria considerando que la propia perita del Estado dejó claro que la Superintendencia no está obligada a realizar control de convencionalidad alguno en el ejercicio de sus potestades.

*5.2.3. Modificaciones a las facultades de la Defensoría de la Niñez*

De acuerdo con la declaración del perito Abramovich, es necesario que se vincule a las instancias especializadas de niñez a los procedimientos administrativos que puedan afectar los derechos de los niños, niñas y adolescentes. La importancia de la asistencia jurídica especializada en la niñez también ha sido destacada por esta Corte en su *Opinión Consultiva 21/14 sobre Derechos*

y *Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*<sup>16</sup>.

El ordenamiento jurídico chileno no permite, sin embargo, que la Defensoría de la Niñez se haga parte en los procedimientos administrativos o judiciales que afecten los derechos fundamentales de los niños. En efecto, la Ley 21.067 explícitamente dispone que:

“Artículo 16.- En el ejercicio de sus funciones, el Defensor no podrá intervenir en calidad de parte o perito en procedimientos judiciales o administrativos, sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos cuarto y quinto de esta norma y en la letra j) del artículo 4° de la presente ley.

Artículo 4°.- Corresponderá especialmente a la Defensoría de los Derechos de la Niñez:

(...)

j) Actuar como *amicus curiae* ante los tribunales de justicia, pudiendo realizar presentaciones por escrito que contengan su opinión con comentarios, observaciones o sugerencias en los casos y las materias relativas a su competencia. La presentación de la opinión escrita no conferirá a la Defensoría la calidad de parte ni suspenderá o alterará la tramitación del procedimiento. El tribunal deberá siempre pronunciarse respecto de dicha opinión en la sentencia. No podrá ejercerse esta facultad cuando la Defensoría haya actuado en el juicio de cualquier forma.” (el subrayado nos pertenece).

Consideramos que esta instancia especializada no podría, por ejemplo, haberse constituido como parte durante el proceso arbitral ante la Superintendencia o en la revisión del recurso de protección ante la Corte Suprema. Sólo hubiese podido, en el mejor de los casos, presentar un *amicus curiae* con sus comentarios. Aunque la Ley 21.067 es un avance, estas potestades siguen siendo limitadas y no obligatorias.

Por ese motivo, solicitamos a la Honorable Corte que ordene al Estado de Chile disponer que, en todo proceso arbitral o judicial en el que estén en juego los derechos de los niños y niñas, particularmente en especial vulnerabilidad como ocurre con la niñez con discapacidad, la Defensoría de la Niñez participe de forma obligatoria en defensa de sus intereses, contando con presupuesto adecuado para ello.

#### 5.2.4. *Modificación a la regulación constitucional del Recurso de Protección*

La regulación constitucional del Recurso de Protección es una limitación severa de la protección judicial del derecho a la salud. El artículo 25 de la Convención requiere dos elementos (i) que las condiciones de posibilidad del recurso se encuentren garantizadas normativamente, y (ii) que se garantice la implementación del recurso en la práctica. Como explicó el perito Abramovich en audiencia:

<sup>16</sup> Corte IDH. Opinión Consultiva 21/14 sobre Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional. Opinión Consultiva del 19 de agosto de 2014. Párr. 131.

“Acá hay un límite de naturaleza normativa, y que incluso tiene jerarquía constitucional, que de alguna manera va a limitar la judiciabilidad del derecho a la salud, más allá de que la Corte -como otras cortes- fue ampliando el margen de conocimiento con derechos conexos. Ahí hay un límite claro normativo que está dado por la propia Constitución (...)

En este momento, Chile está en un proceso de discusión de una reforma constitucional, así que me parece una discusión muy oportuna que la Corte podría dar sobre recursos constitucionales como hizo, por ejemplo, hace unos años en el caso *Castañeda*.<sup>117</sup> (el subrayado nos pertenece).

Esta representación ya ha explicado las razones de la inconveniencia del artículo 20 de la Constitución Política de Chile, tanto en su ESAP<sup>118</sup> como en la sección cuarta de este alegato. Esta representación considera que existen dos fundamentos para la procedencia de la adecuación normativa en este caso.

#### 5.2.4.1. *Jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de adecuación normativa.*

En primer lugar, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, el artículo 2 de la Convención requiere la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de los derechos consagrados en la Convención<sup>119</sup>.

En el caso *Órdenes Guerra Y Otros Vs. Chile*, esta Corte consideró que la adecuación normativa no era necesaria ya que -a diferencia de este caso- el problema no se originaba en disposiciones específicas del derecho interno chileno, sino en la interpretación efectuada por los tribunales<sup>120</sup>. Además, la Corte tomó en consideración que “ciertamente la jurisprudencia de los últimos años de la Corte Suprema de Justicia chilena ha variado notablemente hacia una interpretación consecuente y adecuada con su deber de ejercer un efectivo control de convencionalidad”<sup>121</sup>.

Sin embargo, esta Corte ha ordenado la adecuación normativa en casos como *Mendoza y Otros vs. Argentina* (2013), *Gorigoitia vs. Argentina* (2019) y *Valle Ambrosio y Otro vs. Argentina* (2020). En esos casos, la inconveniencia se desprendía directamente de la literalidad de las normas pertinentes, que no permiten la revisión amplia de los recursos en el marco del proceso penal.

En esas circunstancias, esta Corte consideró que el fallo “Casal” y el cambio en la práctica jurisprudencial no era suficiente garantía de no repetición, en tanto (i) las disposiciones inconvenientes seguían vigentes, y (ii) el Estado no había desplegado la correspondiente

<sup>117</sup> Declaración en audiencia del perito Víctor Abramovich. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=Jl9vbg-3F0k>, minuto 1:10:00.

<sup>118</sup> ESAP, págs. 84 y ss.

<sup>119</sup> *Ver, por ejemplo*, Corte IDH. Caso Mendoza y Otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo Y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo De 2013. Párr. 293.

<sup>120</sup> Corte IDH. Caso Órdenes Guerra Y Otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones Y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018. Párr. 130.

<sup>121</sup> *Id.* Párr. 131.



prueba para acreditar que, efectivamente, a raíz del “fallo Casal”, la práctica judicial interna hubiera provocado que se cumpla con los estándares interamericanos en la materia. En los términos de esta Corte:

“(…) Lo que el Estado alegó es que dicho punto estaría resuelto con el conocido como “fallo Casal”, dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (supra párr. 254). Sin dejar de reconocer la importancia de dicho fallo, el Tribunal constata que siguen vigentes las disposiciones procesales pertinentes en ambos códigos, en contradicción con dicho fallo”<sup>122</sup>.

“A pesar de que el Estado ha defendido que el referido “fallo Casal” habría fungido como criterio de interpretación acatado por los tribunales provinciales inferiores, la Corte advierte que no se ha desplegado la correspondiente prueba para acreditar que, efectivamente, a raíz del “fallo Casal” la práctica judicial interna ha provocado en la actualidad que el recurso de casación contra una sentencia dictada en primera instancia cumpla con los estándares interamericanos en la materia, reiterados en el presente caso (supra párr. 43)”<sup>123</sup>.

En ese sentido, y siguiendo la línea jurisprudencial de este Tribunal, solicitar la adecuación normativa de la Constitución chilena resulta totalmente adecuado en este caso.

Primero, porque la inconvencionalidad se desprende de la literalidad del artículo 20 de la Constitución Política, que continúa vigente.

Segundo, porque -a pesar del intento del Estado por demostrar lo contrario- la modificación jurisprudencial del “enfoque legalista” de la Corte Suprema está lejos de ser uniforme, y no ha provocado que el recurso de protección cumpla con los estándares interamericanos. En efecto, esta representación ha identificado por lo menos tres sentencias<sup>124</sup> de los últimos cinco años en las que Cortes de Apelaciones del país han rechazado recursos de protección relacionados con el derecho a la salud sobre la base del “enfoque legalista”.

El texto de estas resoluciones da cuenta de que la limitación constitucional sigue siendo un obstáculo para la justiciabilidad del derecho a la salud en Chile:

“En este sentido, la garantía en la cual se sustenta el presente recurso de protección, esta es, la del artículo 19 N° 9 de la Constitución, sólo es protegida en aquella dimensión que señala su inciso final, relativo a la protección de la salud, esto es, que “cada persona tiene el derecho de elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado”, situación fáctica que nada tiene que ver con los

<sup>122</sup> Corte IDH. Caso Mendoza y Otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo Y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo De 2013. Párr. 302.

<sup>123</sup> Corte IDH. Caso Valle Ambrosio y Otro Vs. Argentina. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 20 de julio de 2020. Párr. 68.

<sup>124</sup> Corte de Apelaciones de Coihaique, “Juan Armando Pérez Subiabre con Hospital Regional de Coyhaique” 19/11/2020, CL/JUR/147498/2020; Corte de Apelaciones de Talca. “Karina del Carmen Valdés Carrasco con Estela del Carmen Carrasco Pacheco; Hospital Regional de Talca y Hospital de Constitución” 23/04/2019, CL/JUR/2637/2019; Corte de Apelaciones de Temuco. “Esteban Villalón Poblete con Comando de Personal del Ejército de Chile” 28/10/2016, CL/JUR/8136/2016..

argumentos que se esgrimen en el recurso (...) En estas condiciones, no puede sino desestimarse la acción constitucional impetrada”<sup>125</sup>

“Considerando, además, que la garantía invocada en el presente recurso, establecida en el artículo 19 N° 9 de la Carta Magna, no se encuentra protegida por este arbitrio constitucional, ya que no se ha alegado el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, único aspecto de dicha garantía que se encuentra protegido, y que se establece en el inciso final de dicha norma, motivo por el cual no podrá sino rechazarse el recurso de protección deducido en estos antecedentes, en la forma que se expresará”<sup>126</sup>.

La situación del presente caso, entonces, es similar a la de los precedentes *Mendoza y Otros vs. Argentina* (2013), *Gorigoitía vs. Argentina* (2019) y *Valle Ambrosio y Otro vs. Argentina* (2020). Por este motivo, solicitamos que esta Corte ordene la modificación de la Constitución chilena para permitir una amplia justiciabilidad del derecho a la salud en el marco del recurso de protección.

#### 5.2.4.2. Contexto de Asamblea Constituyente en Chile.

En el caso *Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*, esta Corte ordenó al Estado de México la adecuación normativa del juicio de protección en un contexto de reforma constitucional<sup>127</sup>.

Como es de público conocimiento, Chile ha comenzado un proceso constituyente democrático, que tiene como objetivo la redacción de una nueva constitución. Este proceso tiene como antecedente el profundo estallido social ocurrido a finales del año 2019 en el país que, además, tenía como componente central demandas relacionadas con el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales (incluyendo la salud y la previsión social).

En virtud de este proceso, consideramos que la medida de adecuación normativa ordenada por esta Honorable Corte no sólo es necesaria sino oportuna e histórica. Chile se encuentra en un momento único de debate constitucional. Es justamente en momentos históricos como este en los que la Corte Interamericana puede hacer contribuciones invaluable a ese debate.

<sup>125</sup> Corte de Apelaciones de Temuco. “Esteban Villalón Poblete con Comando de Personal del Ejército de Chile” 28/10/2016, CL/JUR/8136/2016.

<sup>126</sup> Corte de Apelaciones de Coihaique, “Juan Armando Pérez Subiabre con Hospital Regional de Coyhaique” 19/11/2020, CL/JUR/147498/2020.

<sup>127</sup> Corte IDH. Caso *Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Párr. 231.

## 6. Prueba

A los fines de acreditar todo lo que ha sido afirmado en este alegato escrito, esta representación se remite a toda la prueba aportada oportunamente en el ESAP, en los distintos traslados que tuvieron lugar entre las partes en todo el proceso ante esta Honorable Corte y en el material aportado durante la audiencia de los días 1 y 2 de febrero de 2021.

## 7. Petitorio

Por lo anteriormente expuesto, los representantes de la víctima y sus familiares solicitan a la Honorable Corte:

- a) Se sirva tener por presentado en debido tiempo y forma el presente alegato final.
- b) Se sirva ordenar las medidas de reparación solicitadas y todas aquellas que, de acuerdo con el criterio de esta Honorable Corte, corresponda.

Aprovechando la oportunidad para saludar a esta Honorable Corte con la debida consideración,



---

Karinna Fernández Neira

Por la Iniciativa Familias Saludables– Instituto O’Neill en Derecho y Salud Nacional y Global de la Universidad de Georgetown:



---

Silvia Serrano Guzmán  
Directora Adjunta



---

María Belén Saavedra  
Asociada