

OEA/Ser.L/V/II.169  
Doc. 124  
5 octubre 2018  
Original: español

## **INFORME No. 107/18**

### **CASO 13.039**

INFORME DE FONDO

MARTINA REBECA VERA ROJAS  
CHILE

Aprobado por la Comisión en su Sesión No. 2137 celebrada el 5 de octubre de 2018  
169 Período Ordinario de Sesiones

**Citar como:** CIDH. Informe No. 107/18. Caso 13.039. Fondo. Martina Rebecca Vera Rojas. Chile.  
5 de octubre de 2018.



**INFORME No. 107/18**  
**CASO 13.039**  
 FONDO  
 MARTINA REBECA VERA ROJAS  
 CHILE  
 5 DE OCTUBRE DE 2018

**ÍNDICE**

I.	<b>RESUMEN</b> .....	2
II.	<b>ALEGATOS DE LAS PARTES</b> .....	3
A.	Parte peticionaria .....	3
B.	Estado.....	4
III.	<b>DETERMINACIONES DE HECHO</b> .....	5
A.	Antecedentes.....	5
B.	Hechos del caso.....	6
	1. Sobre la niña Martina, su diagnóstico y situación actual .....	6
	2. Inicio del régimen de hospitalización domiciliaria y levantamiento del mismo .....	7
	3. La acción de protección .....	9
	4. El proceso ante la Superintendencia de Salud .....	9
	5. La situación posterior a la reinstalación del régimen de hospitalización domiciliaria .....	11
IV.	<b>ANÁLISIS DE DERECHO</b> .....	11
A.	Derechos a la salud y a la seguridad social (artículo 26), derecho a la vida (artículo 4.1), derecho a la integridad (artículo 5.1) y derechos de la niñez (artículo 19) en relación las obligaciones de garantía y de adoptar disposiciones de derecho interno de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana .....	11
	1. Consideraciones generales sobre atribución de responsabilidad .....	11
46.	A lo largo del trabajo de la Comisión y la Corte, se han definido los contenidos de las obligaciones de ..	11
	2. Consideraciones generales sobre el artículo 26 y los derechos a la salud y seguridad social .....	12
	3. Estándares generales sobre la relación entre el derecho a la salud con el derecho a la vida, la integridad personal y derechos de la niñez.....	16
	4. Análisis del caso de Martina Vera Rojas en su condición de niña con discapacidad .....	17
	5. Conclusión	19
B.	El derecho a las garantías judiciales y la protección judicial (artículos 8.1 y 25.1) y los derechos de los niños (artículo 19) en relación con el artículo 1.1 y 2 de la Convención Americana .....	20
	1. Consideraciones generales .....	20
	2. Análisis del caso .....	21
C.	El derecho a la integridad personal del señor Vera y la señora Rojas (artículo 5.1) en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana .....	23
V.	<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b> .....	23

**INFORME No. 107/18**  
**CASO 13.039**  
FONDO  
MARTINA REBECA VERA ROJAS  
CHILE<sup>1</sup>  
5 DE OCTUBRE DE 2018

**I. RESUMEN**

1. El 4 de noviembre de 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana”, “la Comisión” o “la CIDH”) recibió una petición presentada por Karinna Fernández Neira, Boris Paredes Bustos, Carolina Andrea del Pilar Rojas Farías y Ramiro Álvaro Vera Luza (en adelante “la parte peticionaria”)<sup>2</sup> en la cual se alega la responsabilidad internacional de la República de Chile (en adelante “el Estado chileno”, “el Estado” o “Chile”) en perjuicio de Martina Rebeca Vera Rojas, su madre, Carolina Andrea del Pilar Rojas Faría y su padre, Ramiro Álvaro Vera Luza.

2. La Comisión aprobó el informe de admisibilidad No. 44/16 el 4 de noviembre de 2016<sup>3</sup>. El 7 de noviembre de 2016 la Comisión notificó dicho informe a las partes y se puso a su disposición a fin de llegar a una solución amistosa. Las partes contaron con los plazos reglamentarios para presentar sus observaciones adicionales sobre el fondo. Toda la información recibida fue debidamente trasladada entre las partes<sup>4</sup>.

3. La parte peticionaria alegó que el Estado incumplió sus obligaciones internacionales respecto de la vida e integridad de la niña Martina, diagnosticada con el síndrome de Leigh, por permitir y judicialmente validar la finalización unilateral y arbitraria del régimen de “hospitalización domiciliaria” por parte de su aseguradora de salud, servicio que resulta esencial para la supervivencia de personas con dicho síndrome. Indicó que la Corte Suprema de Justicia (en adelante “la CSJ”) sentenció a favor de la prestadora de salud sin tomar en consideración la especial posición de garante respecto de los derechos de la niñez y de las personas con discapacidad ni los derechos sociales de la presunta víctima. Alegó también que los hechos se enmarcan en un contexto de falta de regulación en materia de salud que resulta incompatible con la Convención Americana.

4. El Estado alegó que no es responsable de las mencionadas vulneraciones dado que las afectaciones a la vida e integridad de la presunta víctima son causadas por su enfermedad degenerativa y no por un agente estatal. Indicó que las aseguradoras de salud son reguladas y supervisadas por el Estado de modo tal que sí ha garantizado el acceso de la niña Martina al tratamiento correspondiente. Aseguró que pese a la sentencia negativa emanada de la CSJ, la Superintendencia de Salud, ordenó a la aseguradora de salud que mantenga la “hospitalización domiciliaria”, por lo que se salvaguardó la vida, integridad y salud en su calidad de garante especial de los derechos de la niñez; garantizando también el derecho a la protección judicial.

5. Con base en las determinaciones de hecho y de derecho, la Comisión Interamericana concluyó que el Estado es responsable por la violación de los artículos 4.1 (derecho a la vida), 5.1 (derecho a la integridad), 19 (derechos de los niños), 26 (derechos económicos, sociales y culturales); y 8.1 y 25.1. (garantías judiciales y protección judicial); de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana” o “la Convención”), en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento. La Comisión formuló las recomendaciones respectivas.

<sup>1</sup> Conforme a lo dispuesto en el artículo 17.2 del Reglamento de la Comisión, la Comisionada Antonia Urrejola Noguera, de nacionalidad chilena, no participó en el debate ni en la decisión del presente caso.

<sup>2</sup> El 14 de abril de 2017, la peticionaria Fernández renunció a la representación del caso. El mismo día se designó a la abogada Magdalena Garcés como peticionaria.

<sup>3</sup> CIDH. Informe No. 44/16. Caso 13.039. Martina Rebecca Vera Rojas (Chile).11 de noviembre de 2016. Los artículos declarados admisibles 4, 5, 8, 19, 25 y 26 de la Convención Americana. Asimismo, la CIDH declaró inadmisibles los artículos 11 y 17 del mismo instrumento.

<sup>4</sup> La parte peticionaria inició el trámite de la medida cautelar (MC 390-11) el 14 de octubre de 2011. El Estado remitió su contestación y señaló los procesos judiciales disponibles para la presunta víctima en sede especial arbitral. El trámite de la medida cautelar fue cerrado el 2 de abril de 2013.

## II. ALEGATOS DE LAS PARTES

### A. Parte peticionaria

6. Indicó que Martina Rebecca Vera Rojas fue diagnosticada con el síndrome de Leigh en el año 2007, a los ocho meses de vida. Narró que para ese momento la familia se encontraba bajo la cobertura de un seguro de salud contratado con una Institución de Salud Previsional denominada MasVida S.A. (en adelante “la Isapre”) que incluía una cobertura especial para enfermedades catastróficas (en adelante “la CAEC”). Señaló que activada la CAEC, la presunta víctima comenzó a contar con el régimen de hospitalización domiciliaria (en adelante “el RHD”) necesario para su condición. Agregó que el 13 de octubre de 2010, la Isapre, sobre la base de un instrumento normativo de carácter administrativo, le retiró el RHD bajo el entendido de que la presunta víctima ya no era elegible para acceder al mismo por tratarse de una condición que fue recalificada como crónica, cuya cobertura se encontraba excluida.

7. Según la parte peticionaria, el padre y la madre de la presunta víctima interpusieron una acción de protección que llegó a la CSJ, la cual revocó la decisión de primera instancia y determinó, el 9 de mayo de 2011, que el retiro del RHD era legal, por lo que el mismo día se dio fin al mencionado régimen. Agregó que en diciembre de 2011 la familia inició un proceso de arbitraje ante la Superintendencia de Salud (en adelante “la Superintendencia”), órgano que resolvió a favor de la presunta víctima, el 27 de agosto de 2012. La parte peticionaria indicó que tras la reinstalación del RHD, la vida de la familia se ha transformado “en una continua contienda para que su hija pueda contar con el servicio que la mantiene con vida”, dado que periódicamente deben iniciar procedimientos para evitar la terminación de los servicios de salud.

8. Alegó que el Estado vulneró los derechos a la vida, integridad y salud, además de su obligación de adoptar medidas especiales para Martina Vera Rojas en su calidad de niña con discapacidad, al convalidar a través de la CSJ la decisión de la Isapre de retirar, arbitrariamente y sin justificación legal, el RHD. Asimismo, indicó que el diseño del sistema de salud, susceptible a arbitrariedades y falta de regulación, generó un problema de accesibilidad a los servicios de salud por parte de la presunta víctima que es atribuible a Chile. Reiteró que esta falta de acceso de la niña Martina a ciertos procedimientos de salud, como paciente con el síndrome de Leigh, la expuso a un grave riesgo contra su vida e integridad.

9. Señaló que el Estado vulneró el derecho a la integridad de la madre y el padre de la presunta víctima pues al aceptar el retiro del RHD a su hija, les causó sufrimientos y estrés post-traumático crónico, por la incertidumbre respecto de la supervivencia de la niña por la falta de acceso a su tratamiento.

10. Indicó que el Estado, a través de la sentencia de la CSJ, no actuó con la debida diligencia dentro de un plazo razonable y que la decisión judicial no consideró en su motivación la condición de niña de la presunta víctima y que durante el trámite procesal ante dicha Corte no pudieron presentar argumentos dado que esa instancia judicial no contempla tal posibilidad. Señaló que se vulneró la garantía de imparcialidad pues la Sala se conformó con la figura de un “abogado integrante” con conflictos de interés a favor de la Isapre. Por lo anterior, alegó la violación a las garantías judiciales y protección judicial.

11. Alegó que Chile vulneró su obligación de desarrollo progresivo del derecho a la salud dado que no ha garantizado que las empresas prestadoras, en el esquema privatizado extendido, adecuen su normativa y acciones a las normas nacionales e internacionales para asegurar el derecho a la salud.

12. Resaltó la existencia de un contexto en el cual el acceso a los servicios de salud se encuentra marcado por la desvaloración de los derechos sociales como la salud y la falta de adecuación normativa a estándares internacionales en la materia. Reclamó que el acceso a la salud se ve determinado por la rentabilidad de las Isapres, lo que genera situaciones abusivas y cambios unilaterales en las condiciones contractuales que no son fiscalizadas ni reguladas por el Estado, generando una carga desmedida en los pacientes quienes tienen que enfrentar procesos judiciales contra las prestadoras del servicio.

13. La Comisión da cuenta de que la parte peticionaria alegó la vulneración del derecho a la familia. En tanto se trata de argumentos respecto de un derecho declarado inadmisibles, la Comisión no los considerará en el análisis del fondo de este asunto.

## B. Estado

14. El Estado negó las vulneraciones de la vida e integridad respecto de Martina Vera Rojas dado que su condición es resultado de una enfermedad que no le es atribuible. Asimismo, indicó que respetó y garantizó la salud de la presunta víctima dado que el Estado cuenta con normativa y planes de regulación y fiscalización de las aseguradoras de salud, lo que incluye la creación de la propia CAEC. Indicó que la calificación de una enfermedad como “crónica” recae sobre la Isapre y que, ante el desacuerdo existen vías de reclamo ante la Superintendencia o la justicia ordinaria.

15. Alegó que la parte peticionaria no señaló de modo explícito qué norma adoptada por el Estado es contraria a la Convención, por lo que no existen fundamentos para alegar la vulneración del deber de adoptar disposiciones en relación con los derechos a la vida e integridad. Al respecto el Estado señaló “que ha desarrollado tanto legislación como institucionalidad en pos de respetar y garantizar la protección de las niñas, niños y adolescentes”.

16. Señaló que garantizó el derecho a la justicia para la reclamación de decisiones adoptadas por las Isapres con el proceso arbitral ante la Superintendencia de Salud que goza de instancia probatoria y garantía de doble instancia. Agregó que pese a que la acción de protección en el presente caso tuvo un resultado negativo, la activación de esta jurisdicción no extinguió el derecho de la presunta víctima ante la Superintendencia, la que finalmente le dio la razón en su reclamación.

17. Señaló que Chile ha manifestado su voluntad expresa de no brindar competencias a organismos internacionales con relación a los derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, indicó que no existe consentimiento en el sistema interamericano para el litigio de casos en relación con el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social, y que el argumento de la “indivisibilidad de los derechos humanos” no es suficiente para alegar vulneraciones al derecho a la salud. Concluyó señalando que Chile “apoya la justiciabilidad de los DESC vía conexión con los derechos civiles y políticos, mas no reconoce la competencia de los órganos de protección del SIDH para declarar la vulneración del Art. 26 de la CADH en forma directa”.

18. Alegó que el desarrollo del sistema de salud chileno “ha sido progresivo y permanente y esto es posible verificarlo a través de la adopción de diversas medidas vinculadas con las siguientes materias: (i) infraestructura; (ii) cobertura y derechos de las personas usuarias del sistema de salud; y (iii) presupuesto” y que su sistema de salud se encuentra entre los más eficientes del mundo. Reiteró los diferentes órganos, leyes y políticas respecto de sistema de salud en general, indicando la “voluntad estatal de garantizar progresivamente el derecho a la salud a través de medidas legislativas que aseguran la impartición de una atención de salud de forma oportuna y sin discriminación a todas las personas que residen en el territorio nacional, de conformidad a los tratados internacionales que han sido ratificados y se encuentran vigentes”. Señaló los instrumentos e instituciones que considera que forman parte de su política nacional de salud y mencionó que en el sistema de salud chileno, en su faceta pública, ha tenido un desarrollo progresivo y permanente a través de medidas vinculadas con la infraestructura, cobertura y derechos de las personas usuarias del sistema de salud y presupuesto. Asimismo, señaló que desde la reforma de salud de 2005, se adoptó la Ley 19.966 sobre Garantías Explícitas en Salud (CAEC-GES), la Ley 20.584 que regula los derechos y deberes respecto al acceso a información sobre su situación clínica. Adicionalmente, el Estado también señaló que existe un Plan de Acceso Universal a Garantías Explícitas en Salud (AUGE) que establece un grupo de enfermedades que deben ser cubiertas por todos los seguros, un Sistema de Protección Financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo, así como la definición de estándares de calidad para prestadores de salud, entre otras medidas para mejorar la atención de la salud de su población.

### III. DETERMINACIONES DE HECHO

#### A. Antecedentes

19. De acuerdo con la información aportada por las partes, el sistema de salud chileno se compone de aseguradoras y prestadoras del servicio, cuya naturaleza puede ser pública o privada. En el caso de las aseguradoras privadas, las Isapres son entidades habilitadas para recibir las contribuciones provenientes de las cotizaciones obligatorias de salud (7% de la remuneración) y que se encuentran bajo la supervisión de la Superintendencia de Salud<sup>5</sup>. La parte peticionaria alegó que los sistemas de regulación y fiscalización del sistema privado de salud no aseguran el disfrute adecuado de los servicios de salud, permitiendo que los derechos de los pacientes estén subordinados a los intereses económicos de las Isapres<sup>6</sup>.

20. Por su lado, el Estado señaló que “cuenta con un sistema nacional de salud, regulado ampliamente, tanto en su área pública como privada”. Este sistema “cuenta con la Superintendencia de Salud encargada de proteger y promover los derechos en salud de las personas” y con “la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de salud [la que] fiscaliza que (...) [las] Isapres cumplan con otorgar a sus usuarios los derechos establecidos en ley”<sup>7</sup>. Según el Estado, el sistema de salud gozaría de amplia cobertura y se encontraría calificado como uno de los más eficientes según calificadoras internacionales<sup>8</sup>.

21. De lo afirmado por ambas partes, la Comisión observa que el seguro de salud incluye la opción adicional de contratación de una cobertura especial por enfermedades catastróficas, que supone el pago de una contraprestación adicional. La activación de la CAEC requiere que la enfermedad no sea calificada, por la Isapre, como una enfermedad crónica, tal como lo dispone la Circular No. 7 de la Superintendencia de Salud, que en su parte pertinente establece lo siguiente:

#### 10.- DE LA HOSPITALIZACIÓN DOMICILIARIA:

Esta cobertura procederá respecto de la Hospitalización Domiciliaria, previa solicitud a la Isapre y derivación por parte de ésta a un prestador designado por ella. Para este efecto debe dar cumplimiento a todas las siguientes condiciones: (...) • se excluyen los tratamientos de enfermedades crónicas y tratamientos de antibióticos.

22. El Estado señaló que “el otorgamiento o negativa de las coberturas pactadas por parte de las Isapres puede ser revisado, y revocado, por [la] Superintendencia”. El modelo de solución de controversias se encuentra establecido en el artículo 117 del Decreto No. 1 de 2005, según el cual “la Superintendencia, a través del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, quien actuará en calidad de “árbitro arbitrador”, resolverá las controversias que surjan entre las [Isapre] y sus cotizantes o beneficiarios, siempre que queden dentro de la esfera de supervigilancia y control que le compete a la Superintendencia, y sin perjuicio de que el afiliado pueda optar por recurrir a la instancia a la que refiere el artículo 120<sup>9</sup> o a la justicia ordinaria”<sup>10</sup>. Asimismo, el Estado también señaló que en contra de la resolución de la Superintendencia se puede interponer un recurso especial de reposición, e incluso un recurso de apelación ante el Superintendente de Salud, quien resuelve como “árbitro arbitrador”.

23. La parte peticionaria, indicó que las Isapres “actúan en la mayor desregulación sin que exista un marco normativo que regule y sancione su actuar arbitrario”. Esta falta de regulación, según la parte peticionaria, genera una carga desproporcional en los pacientes, quienes se ven en la necesidad de activar mecanismos de solución de controversias litigiosos para la exigencia del cumplimiento de sus derechos<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> Anexo 1: Escrito del Estado de 9 de enero 2018.

<sup>6</sup> Anexo 2: Petición inicial de 4 de noviembre de 2011.

<sup>7</sup> Anexo 1: Escrito del Estado de 9 de enero 2018.

<sup>8</sup> Anexo 1: Escrito del Estado de 9 de enero 2018.

<sup>9</sup> Referido a un procedimiento previo de mediación.

<sup>10</sup> Anexo 1: Escrito del Estado de 9 de enero 2018.

<sup>11</sup> Anexo 3: Escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

24. En esta línea, la parte peticionaria indicó que “el número de acciones [judiciales] presentadas contra las Isapres que unilateralmente varían los planes de salud constituyó el principal ingreso de causas en las Cortes de Apelaciones del país durante el año 2010, según el *Informe de la Comisión Asesora Presidencial en Salud*, diciembre 2010 (...)”<sup>12</sup>. Asimismo, señaló que el mercado relacionado con las aseguradoras se ve marcado por conflictos de interés, que influyen en el acceso de servicios, lo que se revela en la llamada “integración vertical” del sistema. Según un informe incorporado al expediente “(...) en Chile las Isapre controladoras del mercado en general forman parte de grandes *holdings* que albergan a las aseguradoras y también a prestadores directos de acciones de salud, como las clínicas o laboratorios. Por ley, las Isapre tienen el fin exclusivo de financiar prestaciones de salud, no otorgarlas ni participar en su administración. En suma, se prohíbe la integración vertical, como una forma de impulsar la libre competencia y evitar abusos”<sup>13</sup>.

25. De la información disponible, la CIDH no identifica un contexto de falta de regulación en materia de salud con la generalidad expresado por la parte peticionaria. Sin perjuicio de lo anterior, del expediente surge que ante la ocurrencia de una desavenencia entre las personas asegurados y la Isapre existe un sistema estándar de solución de controversias previsto en Chile que se activa por acción de la persona asegurada frente a alguna posible afectación al servicio de salud<sup>14</sup>. Asimismo, la Comisión encuentra que el retiro de la CAEC responde a una decisión de la Isapre por la sola determinación de que la dolencia sufrida por la persona asegurada es crónica. La Comisión encuentra que ante una situación puntual, como la de la presunta víctima, de levantamiento de la CAEC, el asegurado tiene que recurrir a algún tipo de mecanismo contencioso tras la terminación de la cobertura de salud.

## B. Hechos del caso

### 1. Sobre la niña Martina, su diagnóstico y situación actual

26. En agosto de 2006 la pareja conformada por el señor Vera y la señora Rojas adoptó a Martina Vera Rojas cuando tenía tres meses de vida. A la edad de ocho meses la niña Vera fue diagnosticada con el síndrome de Leigh. Según la parte peticionaria, el síndrome de Leigh es “una enfermedad neurológica de origen genético, progresiva y degenerativa, caracterizada por lesiones en el tálamo, cerebelo, corteza cerebral y la médula espinal. Se trata de una enfermedad que no tiene tratamiento para evitar su progresión y los pacientes que la padecen solo pueden recibir tratamientos paliativos”<sup>15</sup>. La parte peticionaria también indicó que “los pacientes que poseen esta enfermedad mueren mayoritariamente antes de los 6 años de edad, solo un 27% superan la muerte temprana”, lo cual está determinado por “la aplicación de terapias kinesiológicas, diagnósticos frecuentes y prolongados cuidados que incluyan apoyos nutricionales, terapias respiratorias, cocteles mitocondriales, terapias que deben ser provistas por un mismo centro terapéutico”<sup>16</sup>.

27. Según la información más reciente, la niña Martina ya perdió la audición, la visión, su sistema motor se encuentra comprometido, respira a través de una traqueotomía y se le suministran alimentos y medicamentos a través de una gastrostomía<sup>17</sup>. La niña Martina, junto con sus padres, reside en la ciudad de Arica, en el norte de Chile. El señor Vera declara tener un problema de hipertensión nocturna, que le ha generado problemas en la visión y la señora Rojas indica que la familia sufre de un estrés constante<sup>18</sup>.

<sup>12</sup>Anexo 2: Petición inicial de 4 de noviembre de 2011.

<sup>13</sup> Anexo 4: Informe “La debacle financiera de Isapre MasVida y la indefensión de los usuarios del sistema de Claudia Urquieta Chavarría. Anexo al escrito de la parte peticionara de 23 de marzo de 2017.

<sup>14</sup> Se observa que también es posible entablar una acción de protección, la que puede ser activada por incumplimientos contractuales relacionados con el derecho a la propiedad, aunque esta no constituye instancia definitiva, por tratarse de una “vía de emergencia” como señaló el Estado a la Comisión en su escrito de 9 de enero de 2018.

<sup>15</sup> Anexo 3: Escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

<sup>16</sup> Anexo 3: Escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

<sup>17</sup> Anexo 5. Informe médico del doctor Rodrigo Vargas Saavedra de 30 de septiembre de 2010. Anexo al escrito de la parte peticionara de 4 de noviembre de 2010.

<sup>18</sup> Anexo 6. Informe psicológico de la psicóloga clínica Carola Fernández de 3 de marzo de 2016. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

## 2. Inicio del régimen de hospitalización domiciliaria y levantamiento del mismo

28. Tal como ya se indicó, a los ocho meses de vida la salud de la niña Martina comenzó a deteriorarse. No existe controversia en cuanto a que la presunta víctima padece el síndrome de Leigh, tal como lo acreditan los informes médicos incorporados al expediente<sup>19</sup>. El padre de la niña Martina contrató con la Isapre un seguro de salud en el año 2007<sup>20</sup>.

29. Tras su diagnóstico, la parte peticionaria indicó que durante su estado más crítico, fue trasladada de Arica a Santiago de Chile, donde fue internada y alimentada con un suplemento especial que estaba mal etiquetado afectando más su salud<sup>21</sup>. En septiembre de 2007 la familia activó la CAEC por lo que la niña Martina fue trasladada de regreso a Arica donde fue sometida al RHD. De acuerdo con los informes médicos incorporados al expediente, el RHD ha sido esencial para mantener la calidad de vida de la niña Martina. Al respecto, un informe médico señala que “llama la atención su buen estado nutricional y general, difícil de lograr en estos pacientes, lo que demuestra una efectiva realización de terapias y un buen cuidado por parte de [la] familia y personal de salud”<sup>22</sup>. Otro informe indicó que “los conceptos modernos de la medicina están orientados claramente a que este tipo de paciente, sea derivado a una hospitalización domiciliaria. Este es un hecho y la experiencia a nivel público como privado es más que abundante, por tanto, enviar a Martina a un centro hospitalario va en contra de todos los conceptos recomendados por los especialistas”<sup>23</sup>. El RHD, para la atención de la niña Martina, incluye los siguientes equipos y servicios: “ventilador mecánico, cama especial, colchón antiescaras, monitores de saturación, motor de aspiración de secreciones, Martina además está con traqueotomía y gastrostomía. Los prestadores locales consisten en un kinesiólogo, dos enfermeras, tres auxiliares paramédicos y un médico”<sup>24</sup>.

30. La parte peticionaria indicó que el 13 de octubre de 2010 la Isapre envió una carta a la familia comunicándoles la terminación del RHD hacia el 28 de octubre de 2010 dado que el “comité GES-CAEC, instancia superior de la Isapre (...) basados en el peritaje del Dr. Rodrigo Var[g]as Saavedra, que refiere que el estado de [la niña Martina] es progresivo e irre recuperable” se consideró que la condición de la niña era “crónica” y por lo tanto se encontraba excluida del RHD conforme al artículo I, punto 10, de la Circular No. 7 indicando que “en caso de que Martina, por alguna complicación requiera internación en un centro asistencial, se le designa como prestador al Hospital de Arica, modalidad y atención institucional”<sup>25</sup>. Esta determinación del carácter crónico de su condición fue una conclusión de la propia Isapre a partir de un peritaje médico, en los siguientes términos<sup>26</sup>:

5. (...) de acuerdo con el peritaje del Dr. Rodrigo Vargas Saavedra, neurocirujano, de fecha 30 de septiembre de 2010, solo otorgaría CAEC a la hospitalización domiciliaria de la menor Marina Vera hasta el 28 de octubre de 2010, toda vez que las prestaciones otorgadas derivan de una patología crónica (...) En efecto el referido profesional indicó en su informe lo siguiente: ‘por la historia clínica y análisis de exámenes realizados para su diagnóstico, su evolución y estado neurológico actual, debo concluir que el daño de Martina es grave e irre recuperable presentando un pronóstico ominoso (...)’ por lo que fue posible concluir que la enfermedad (...) es crónica.

<sup>19</sup> Anexo 5: Informe médico del doctor Rodrigo Vargas Saavedra de 30 de septiembre de 2010. Anexo al escrito de la parte peticionara de 4 de noviembre de 2010; Anexo 7. Informe médico del doctor Oscar Darrigrande de 25 de septiembre de 2011. Anexo al escrito de la parte peticionara de 4 de noviembre de 2010

<sup>20</sup> Anexo 2. Petición inicial de 4 de noviembre de 2011.

<sup>21</sup> Anexo 2. Petición inicial de 4 de noviembre de 2011.

<sup>22</sup> Anexo 5. Informe médico del doctor Rodrigo Vargas Saavedra de 30 de septiembre de 2010. Anexo a la petición inicial de 4 de noviembre de 2011.

<sup>23</sup> Anexo 8. Informe médico del doctor Oscar Darrigrande de 15 de julio de 2011. Anexo a la petición inicial de 4 de noviembre de 2011.

<sup>24</sup> Anexo 7. Informe médico del doctor Oscar Darrigrande de 25 de octubre de 2011. Anexo a la petición inicial de 4 de noviembre de 2011, y también Anexo 9. Certificado de prestadora de salud Servicios Clínicos S.A. de 25 de octubre de 2011. Anexo a la petición inicial de 4 de noviembre de 2011.

<sup>25</sup> Anexo 10. Carta de Isapre al señor Vera de 13 octubre de 2010. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

<sup>26</sup> Anexo 11. Contestación de Isapre de demanda arbitral de 29 de febrero de 2012. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

31. Respecto del razonamiento anterior, la parte peticionaria incluyó en el expediente uno de sus escritos en el litigio arbitral, en el que rechaza la interpretación de la Isapre conforme a la cual el peritaje del doctor Vargas estaba orientado a la determinación de la cronicidad de la enfermedad o no, sino que era un informe de las condiciones de la niña Martina en el que no se utiliza la palabra “crónico” en ningún momento<sup>27</sup>. De hecho, como se detalla más adelante, en su declaración en el proceso arbitral, el mencionado doctor niega el carácter crónico del síndrome de Leigh<sup>28</sup>.

32. El Estado señaló que “no existe un procedimiento único y especial para que las instituciones aseguradoras puedan efectuar la declaración de que una determinada enfermedad tiene el carácter de crónico, pero dado que el financiamiento de enfermedades catastróficas obedece, en parte, a la necesidad de las Isapres de controlar los costos del tratamiento de este tipo de enfermedades, son éstas las que evalúan cada caso y determinan, basadas en los antecedentes médicos del caso, si procede que cierta enfermedad sea declarada como crónica”. Asimismo, indicó que “dicha declaración [de que una enfermedad es crónica] debe estar fundamentada médicamente, por lo que (...) puede ser reclamada ante la Superintendencia”<sup>29</sup>.

33. No existe controversia sobre el inicio de una etapa litigiosa que desencadenó dos tramas procesales consecutivas, una a través de una acción judicial de protección, y otra a través de una demanda ante la Superintendencia de Salud, las cuales se describirán en detalle más adelante. Cabe indicar que la acción de protección concluyó con sentencia de la CSJ de 9 de mayo de 2011, en la que se convalidó la terminación del RHD<sup>30</sup>. Luego, el proceso ante la Superintendencia concluyó el 27 de agosto de 2012, con la decisión del Superintendente de reanudar el RHD a favor de la niña Martina<sup>31</sup>. En suma, la Comisión observa que la familia de la presunta víctima se vio envuelta en procesos litigiosos entre el 13 de octubre de 2010 y el 27 de agosto de 2012.

34. Tras la activación de la CAEC, la niña Martina gozó por tres años, o ciclos contractuales, del RHD. Dicho régimen fue levantado por las razones explicadas anteriormente y restablecido a través de un proceso ante la Superintendencia, dando como resultado que entre el 9 de mayo de 2011 y el 27 de agosto de 2012 la familia “se vio forzada a restringir al mínimo los elementos que permitieron la subsistencia de Martina, y costearlos con base a soluciones que esforzadamente reunieron”<sup>32</sup>.

35. En términos de económicos, la parte peticionaria indicó que el costo mensual del plan básico de salud es de USD 203.00 y el costo anual de la CAEC es de USD 4887.00. Tras el fallo de la CSJ, y el retiro del RHD, la cobertura de la niña Martina quedó restringida a USD 92192.00 anuales, es decir una cobertura de USD 7682.00 mensuales. De acuerdo con lo relatado, el costo mensual del RHD es de USD 12392.00. La Comisión encuentra que la diferencia aritmética entre el costo del RHD y la cobertura después del retiro de la CAEC, es de USD 4710.00. La parte peticionaria indicó que esta diferencia fue cubierta por un beneficio especial otorgado por la empleadora del señor Vera, supeditado a su permanencia en dicho trabajo y con una duración restringida<sup>33</sup>. El Estado no presentó información al respecto.

36. De acuerdo con la parte peticionaria, el cuadro de salud la niña Martina se vio agravado durante el período anteriormente referido, lo que se manifestó en el “aumento en la frecuencia y duración de sus obstrucciones a nivel respiratorio, las cuales son cada vez más difíciles de controlar; peligrosa disminución de sus procesos digestivos; evidente retroceso en sus limitadas facultades de comunicación y relación con el entorno”<sup>34</sup>. Asimismo, la parte peticionaria aportó un cuadro comparativo de los servicios de

<sup>27</sup> Anexo 12. Escrito de la parte peticionaria en la demanda arbitral de 5 de marzo de 2012. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

<sup>28</sup> Anexo 13. Declaración testimonial del doctor Vargas en demanda arbitral de 7 de marzo de 2012. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

<sup>29</sup> Anexo 1. Escrito del Estado de 9 de enero 2018.

<sup>30</sup> Anexo 14. Sentencia de la CSJ de 9 de mayo de 2011. Escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

<sup>31</sup> Anexo 15. Sentencia de apelación del Juez Arbitro Romero Stroy de 23 de agosto de 2012. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

<sup>32</sup> Anexo 3. Escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

<sup>33</sup> Anexo 3. Escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

<sup>34</sup> Anexo 3. Escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

salud perdidos y reducidos en las diferentes etapas del litigio, del cual destaca que los gastos de medicamentos, instrumental médico y paramédico pasó a ser cubierto directamente por la familia y que los equipos (ventilador, aspirador, ambú pediátrico y saturador) también tuvieron que ser adquiridos por la familia. El Estado no presentó información al respecto.

### 3. La acción de protección

37. De la información aportada por las partes se desprende que tras la comunicación de la suspensión del servicio, la familia de la niña Martina decidió interponer una acción de protección, el 26 de octubre de 2010<sup>35</sup>, por la vulneración del derecho de propiedad, a la vida y la integridad física. La Isapre contestó la demanda señalando que el cambio de la modalidad de prestación de la CAEC era legal y que, a partir del peritaje del doctor Vargas en que indicaba que la condición de la niña Martina era progresiva e irrecuperable, la RHD no era aplicable, ya que se trataba de una enfermedad crónica. La Isapre también señaló que la CAEC no se había desactivado por completo, sino que solo que se excluía el RHD; y que el acceso a la CAEC no es un “derecho adquirido” dado que su acceso se renueva anualmente<sup>36</sup>.

38. El 26 de enero de 2011, la Corte de Apelaciones de Concepción (en adelante “la CAC”) resolvió haciendo a lugar el reclamo de la familia, tomando en consideración que el tratamiento hospitalario conlleva a riesgos de infecciones intrahospitalarias por lo que el cambio de modalidad de la atención “no encuentra explicación racional”, que la ISAPRE no debe entender que la exclusión del RHD en enfermedades crónicas, como lo señala Circular No.7, es aplicable cuando la vida y salud dependen del mismo; y que no se acreditó un cambio en las circunstancias para justificar la sustitución del RHD<sup>37</sup>.

39. La Isapre apeló el fallo de la CAC alegando que legalmente el RHD no aplica para enfermedades crónicas, que la CAEC no es un derecho adquirido y que el acceso al RHD es restringido y excepcional<sup>38</sup>. La CSJ resolvió revocando el fallo de la CAC y dando la razón a la Isapre el 9 de mayo de 2011. La CSJ arribó a esta conclusión dado que “en lo concerniente a la llamada hospitalización domiciliaria - Circular IF No. 7 (...) - esta modalidad de prestación médica no procede tratándose de enfermedades crónicas, condición que reviste la patología que sufre la paciente” por lo que “la Isapre (...) ha podido legítimamente negar la aplicación del seguro catastrófico, pues ha actuado bajo el amparo de las normas que regulan el otorgamiento de este beneficio excepcional”<sup>39</sup>.

### 4. El proceso ante la Superintendencia de Salud

40. El 10 de enero de 2012, la parte peticionaria interpuso una demanda ante la Superintendencia para la reinstalación del RHD<sup>40</sup>. La Isapre contestó la demanda, el 11 de enero de 2012, reivindicando la legalidad del levantamiento del RHD por la cronicidad de la condición de la niña Martina<sup>41</sup>. La parte peticionaria alegó en respuesta que la Isapre no tomó en consideración las protecciones especiales del derecho internacional, relacionadas con el derecho a la vida, integridad, salud, niñez y personas con discapacidad que regulan la materia, y que de acuerdo con el Tribunal Constitucional, las Isapres tienen la obligación de respetar y proteger los derechos, entre otros argumentos ya descritos<sup>42</sup>.

<sup>35</sup> La CIDH deja constancia que el escrito de solicitud de la acción de protección no forma parte del expediente.

<sup>36</sup> Anexo 16. Escrito de contestación de la Isapre a la acción de protección de 15 de noviembre de 2010. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

<sup>37</sup> Anexo 17. Fallo del recurso de protección de la CAC de 26 de enero de 2011. Anexo a la petición inicial de 4 de noviembre de 2011.

<sup>38</sup> Anexo 18. Apelación de la Isapre fallo del CAC de 15 de noviembre de 2010. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

<sup>39</sup> Anexo 19. Fallo apelatorio de la CSJ de 9 de mayo de 2011. Anexo a la petición inicial de 4 de noviembre de 2011.

<sup>40</sup> Anexo 20. Demanda, rol arbitral 451658-2011 de 10 de enero de 2012. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

<sup>41</sup> Anexo 21. Contestación de la demanda, rol arbitral 451658-2011 de 11 de enero de 2012. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

<sup>42</sup> Anexo 22. Observaciones a la contestación de la demanda, rol arbitral 451658-2011 de 16 de enero de 2012. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

41. Tras el debate sobre cuestiones probatorias<sup>43</sup>, el 3 de marzo de 2012 se tomaron los testimonios a los testigos. La Comisión toma nota de que el doctor Vargas<sup>44</sup>, quien habría suscrito el peritaje del cual se dedujo la cronicidad de la condición de la niña Martina, negó tal deducción e indicó que el tratamiento recomendando es el RHD y no la internación hospitalaria. En el mismo sentido, consta la declaración del doctor Darrigrande<sup>45</sup>, médico tratante, y del kinesiólogo Berríos<sup>46</sup>.

42. El 3 de abril de 2012 el Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile se apersonó en el proceso para indicar que “debe restablecer[se] la atención médica domiciliaria, ya que la suspensión implica una afectación de derechos fundamentales, dejando en una grave situación de vulnerabilidad a los menores (...) en especial se ven afectados los siguientes derechos: 1. derecho a la salud (...) 2. Derechos a la salud de niños y niñas”.<sup>47</sup>

43. El 19 de abril de 2012, la Jueza Arbitra resolvió fallando a favor de la reinstalación del RHD a la niña Martina. De acuerdo con su decisión, el régimen hospitalario no era viable ni recomendable, no obstante el carácter crónico de su enfermedad, ya que dado el cuadro de salud de la paciente, su reinstitucionalización resultaba evidente y el hospital designado para la atención no estaba preparado para el internamiento de larga duración, por lo que la Isapre tendría que trasladar a la paciente a otra región, lo que terminaría generando más costos. Además indicó que el RHD era más favorable a la salud de la paciente<sup>48</sup>.

44. La Isapre interpuso un recurso de reposición<sup>49</sup> y la parte peticionaria contestó dicho recurso<sup>50</sup>. La Jueza Arbitra confirmó su sentencia el 12 de junio de 2012<sup>51</sup>, resaltando que según su criterio “la restricción que establecen las condiciones de la CAEC en orden a excluir de dicho beneficio a la hospitalización domiciliaria, otorgándole a esta solo la cobertura del plan de salud, se hace insostenible para el afiliado la mantención de dicha alternativa de tratamiento en el tiempo, obligándolo a acudir a la hospitalización tradicional, que resulta más onerosa para ambas partes”<sup>52</sup>. La Isapre dedujo recurso de apelación<sup>53</sup> y el 27 de agosto de 2012, el Juez Arbitro, Superintendente de Salud, resolvió a favor de la niña Martina. El Juez Arbitro consideró que puede “fundar su fallo en principios de prudencia y equidad, para dar a cada parte lo que merece, pudiendo apartarse de las normas vigentes, con el fin de lograr una solución justa” y “que no está en discusión el carácter crónico o no de la patología que afecta a [la niña Martina], cuestión que el Tribunal reconoce expresamente y, por lo tanto, si bien en principio, de acuerdo a las normas que regulan la hospitalización domiciliaria en el marco de la CAEC, dicha patología quedaría excluida por dicho carácter,

<sup>43</sup> Anexo 23. Observaciones a la prueba de la demandada, rol arbitral 451658-2011 de 29 de febrero de 2012. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017; Anexo 24. Incorporación de pruebas de la demandada, rol arbitral 451658-2011 de 5 de marzo de 2012. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

<sup>44</sup> Anexo 25. Declaración del doctor Vargas de 7 de marzo de 2012. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

<sup>45</sup> Anexo 26. Declaración del doctor Darrigrande de 7 de marzo de 2012. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017. El doctor Darrigrande indicó que “[la niña Martina] puede ser hospitalizada, pero resultaría inconveniente para su salud y para su calidad de vida y la de su familia. (...)” “el principal inconveniente es la infección intrahospitalaria”.

<sup>46</sup> Anexo 27. Declaración del kinesiólogo Berríos de 7 de marzo de 2012. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017. El kinesiólogo Berríos indicó que “Martina hace par de años que ha presentado un estado de salud bastante estable dentro de lo que es su patología. Hubo cambios cuando se disminuyeron el número de las sesiones kinésicas, específicamente en el ámbito respiratorio. Esto fue cuando la Isapre quitó [la CAEC] y para mantener [el RHD] se tomó esta determinación. Esta situación cambió al cabo de dos semanas, porque se volvió a las dos sesiones diarias dadas las necesidades de Martina”. Señaló también las sesiones kinésicas se pueden hacer en un hospital “pero el riesgo de contaminación e infecciones cruzadas aumenta mucho para la salud de Martina”.

<sup>47</sup> Anexo 28. Téngase presente y apersonamiento de la Directora del Instituto de Derechos Humanos Lorena Frías Monleón de 3 de abril de 2012. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

<sup>48</sup> Anexo 29. Sentencia de la Jueza Arbitra Escobar, Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, de 19 de abril de 2012. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

<sup>49</sup> Anexo 30. Recurso de reposición de la demandada de 19 de abril de 2012. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

<sup>50</sup> Anexo 31. Contestación al recurso de reposición de la demandante (sin fecha). Anexo al escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

<sup>51</sup> Anexo 32. Sentencia de la Jueza Arbitra Escobar, Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, de 12 de junio de 2012. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

<sup>52</sup> Anexo 33. Confirmación de sentencia de la Jueza Arbitra Escobar, Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, de 12 de junio de 2012. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

<sup>53</sup> Anexo 34. Recurso de apelación de la demandada. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

en el presente caso se han tomado en consideración las especialísimas circunstancias” para resolver que la Isapre Masvida S.A. deba continuar otorgando dicho beneficio<sup>54</sup>.

## 5. La situación posterior a la reinstalación del régimen de hospitalización domiciliaria

45. La parte peticionaria ha remitido a la Comisión varias comunicaciones señalando que después de la reinstalación del RHD, la nueva prestadora de salud no mantiene la misma calidad de atención que la niña Martina recibía antes<sup>55</sup> y que la familia tiene que comunicarse con la Isapre o la Superintendencia<sup>56</sup> por cambios o terminaciones de componentes del RHD que temen que podría llevar a un nuevo intento de levantamiento del mencionado régimen. Así, comunicó a la CIDH que el 5 de abril de 2016 informó a la Superintendencia<sup>57</sup> su preocupación sobre una comunicación intimidante en el que se informaba sobre una cita con una fisioterapeuta, indicando que “la Isapre está facultada para evaluar periódicamente el cumplimiento de las condiciones que ameritan la hospitalización domiciliaria”<sup>58</sup>.

## IV. ANÁLISIS DE DERECHO

### A. Derechos a la salud y a la seguridad social<sup>59</sup> (artículo 26), derecho a la vida<sup>60</sup> (artículo 4.1), derecho a la integridad<sup>61</sup> (artículo 5.1) y derechos de la niñez<sup>62</sup> (artículo 19) en relación las obligaciones de garantía y de adoptar disposiciones de derecho interno de los artículos 1.1<sup>63</sup> y 2<sup>64</sup> de la Convención Americana

#### 1. Consideraciones generales sobre atribución de responsabilidad

46. A lo largo del trabajo de la Comisión y la Corte, se han definido los contenidos de las obligaciones de respeto y de garantía conforme al artículo 1.1 de la Convención. Sobre la obligación de respeto, la Corte indicó que “conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo”<sup>65</sup>. En cuanto a la obligación de garantía, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos

<sup>54</sup> Anexo 35. Sentencia de apelación del Juez Arbitro Romero Stroy de 23 de agosto de 2012. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

<sup>55</sup> Anexo 36. Carta a Isapre de 4 de mayo de 2017. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 28 de diciembre de 2017.

<sup>56</sup> Anexo 37. Cartas a la Superintendencia de 8 de junio de 2017 y 3 de agosto de 2017. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 28 de diciembre de 2017.

<sup>57</sup> Anexo 38. Carta a Superintendencia de 5 de abril de 2017. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 6 de [abril] de 2017.

<sup>58</sup> Anexo 39. Carta de Isapre de 28 de marzo de 2017. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 6 de [abril] de 2017.

<sup>59</sup> El artículo 26 de la Convención Americana establece en lo pertinente lo siguiente “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

<sup>60</sup> El artículo 4.1 de la Convención Americana lo siguiente: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

<sup>61</sup> El artículo 5.1 de la Convención Americana establece lo siguiente: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.”

<sup>62</sup> El artículo 19 de la Convención Americana establece en lo pertinente lo siguiente: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

<sup>63</sup> El artículo 1.1 de la Convención Americana establece lo siguiente: “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

<sup>64</sup> El artículo 2 de la Convención Americana establece lo siguiente: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

<sup>65</sup> CIDH, Informe No. 11/10, Caso 12.488, Fondo, Miembros de la Familia Barrios, Venezuela, 16 de marzo de 2010, párr.91. Asimismo: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. Párr. 169.

reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos<sup>66</sup>.

47. Por su parte la Comisión ha indicado que una violación de los derechos humanos protegidos por la Convención puede comprometer la responsabilidad internacional de un Estado parte sea porque la violación es perpetrada por sus propios agentes o bien -aunque al principio no sean directamente atribuibles al Estado por haber sido cometidas por un particular-, cuando no se haya podido determinar quién ha sido el autor de la misma debido a la falta de diligencia del Estado para prevenir razonablemente la violación o tratarla conforme a lo que establece la Convención. Lo importante es determinar si ese acto ilícito ha contado con la participación, el apoyo o la tolerancia de agentes estatales o ha resultado del incumplimiento, por parte del Estado, de su obligación de prevenir razonablemente las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente a efecto de identificar y sancionar a los responsables y reparar adecuadamente a la víctima o sus familiares por los perjuicios causados<sup>67</sup>.

48. En lo relevante para el presente caso, la Corte ha encontrado que existe un deber de regular y fiscalizar<sup>68</sup> a las entidades que prestan los servicios de salud. Aunque sus pronunciamientos han estado concentrados en los prestadores directos de los servicios de salud, como clínicas<sup>69</sup>, bancos de sangre<sup>70</sup> o instituciones psiquiátricas<sup>71</sup>, la Comisión considera que estas obligaciones pueden extenderse a las empresas privadas de seguros que conforme a sus funciones puedan incidir en el derecho a la salud y a la vida e integridad de las personas bajo la jurisdicción del Estado. En el presente caso, las Isapres son entidades de derecho privado de acuerdo con la normativa interna pero, conforme se describió en los hechos probados, tienen atribuidas funciones que pueden ser determinantes respecto de los servicios de salud que una persona puede recibir. Si bien las Isapres como aseguradoras no prestan el servicio de salud directamente, son las encargadas de la administración de las contribuciones para que el paciente reciba la mencionada prestación. En ese sentido, no es posible entender la prestación final de salud sin la intervención de las Isapres en esta rama del sistema de salud chileno. Por lo anterior, “si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo (...)” fiscalizando su ejecución y garantizando la protección efectiva de derechos humanos, así como el acceso a los servicios sin discriminación y de la forma más efectiva posible<sup>72</sup>.

49. En el presente caso, la Comisión encuentra que la Isapre Masvida S.A., entidad privada, fue autorizada por el Estado para la administración de las cotizaciones de los trabajadores en materia de salud para su atención final en redes de atención clínica, bajo la supervisión de la Superintendencia de Salud. Por consiguiente, la Comisión analizará los actos de la Isapre en relación con la decisión del retiro del RHD a la luz de los deberes de regulación y fiscalización en cabeza del Estado, en los términos descritos. Esto incluye la respuesta brindada mediante los procedimientos internos a través de los cuales la familia reclamó el retiro del RHD.

## 2. Consideraciones generales sobre el artículo 26 y los derechos a la salud y seguridad social

50. El artículo 26 de la Convención Americana establece una obligación en cabeza de los Estados partes, de procurar el desarrollo progresivo de los derechos que dicha norma contiene. Aunque ambos órganos del sistema interamericano<sup>73</sup> han reafirmado su competencia para pronunciarse sobre posibles

<sup>66</sup> Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. Párr. 166.

<sup>67</sup> CIDH, Informe No 65/01. Caso 11.073. Fondo. Juan Humberto Sánchez. Honduras. 6 de marzo de 2001, párr.88.

<sup>68</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. 175; Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149. Párr. 89 y 90.

<sup>69</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.

<sup>70</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.

<sup>71</sup> Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

<sup>72</sup> Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149. Párr. 96

<sup>73</sup> Ver por ejemplo algunos informes de admisibilidad en los cuales se ha admitido la posible violación del artículo 26 de la Convención: Informe 29/01. Caso 12.249. Jorge Odir Miranda Cortez y otros. El Salvador, 7 de marzo de 2001; e Informe 70/04. Petición 667/01.

[continúa...]

violaciones del artículo 26 de la Convención Americana en el marco del sistema de peticiones y casos individuales, esta disposición había sido materia de poco desarrollo en la jurisprudencia del sistema interamericano relativa a casos contenciosos. En sus pronunciamientos sobre la materia, la Corte ha enfatizado la interdependencia e indivisibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales respecto de los derechos civiles y políticos<sup>74</sup>.

51. La Comisión reconoce que la interpretación del artículo 26 de la Convención y la determinación concreta de su alcance y contenido puede revestir ciertas complejidades interpretativas. En ese sentido, la Comisión considera necesario desarrollar algunos de sus pronunciamientos anteriores al respecto, específicamente, en cuanto a la que considera una metodología adecuada de análisis que toma en cuenta el texto de la norma, pero lo interpreta de manera consistente con los desarrollos que en la materia se han efectuado a nivel internacional y que resultan de gran utilidad para desentrañar su alcance y contenido.

52. Así, la Comisión considera que el análisis de un caso concreto a la luz del artículo 26 de la Convención Americana debe ser efectuado en dos niveles. En un primer momento, es necesario establecer si el derecho del que se trata el caso se deriva “de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos”, tal como remite el texto del artículo 26. Es decir, el artículo 26 de la CADH es el que atribuye a la Carta de la OEA como fuente directa de derechos, asignando carácter de derechos humanos a las disposiciones que sobre la materia pueden desprenderse de dicho tratado. Dado que el objeto de la Carta de la OEA no fue individualizar derechos sino constituir un organismo internacional, es necesario recurrir a textos auxiliares para identificar los derechos que se desprenden de las disposiciones de dicho instrumento.

53. Una vez establecido ello, corresponde determinar si el Estado en cuestión incumplió la obligación de “lograr progresivamente” la plena efectividad de tal derecho, o aquellas obligaciones generales de respetar y de garantizar el mismo. En este segundo nivel de análisis, es preciso tomar en consideración la naturaleza y alcance de las obligaciones exigibles al Estado bajo los artículos 1.1, 2 y 26 de la Convención, así como los contenidos del derecho de que se trate, como se efectuará más adelante.

54. Para establecer los criterios que permitan derivar derechos específicos de la Carta de la OEA, determinar su contenido y las obligaciones de los Estados en relación con ellos, es que el artículo 29 de la CADH adquiere relevancia en tanto que establece los parámetros de las reglas generales de interpretación de dicho tratado. En ese sentido, de acuerdo con dicho artículo la interpretación de las disposiciones de la CADH no podrán limitar ni suprimir derechos reconocidos por la normativa interna de los Estados o por cualquier otro tratado del que este sea parte, ni excluir los efectos de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre u otros actos internacionales de la misma naturaleza. La disposición recepta así el principio “pro persona” en el sistema interamericano y ofrece una herramienta clave para la efectiva protección de todos los derechos humanos reconocidos en las Constituciones de los Estados Parte, como en los instrumentos interamericanos o universales de derechos humanos ratificados por los mismos.

55. A partir de la interpretación integral que el artículo 26 requiere a la luz de las disposiciones del artículo 29, la Comisión considera pertinente referirse a las obligaciones que se desprenden del artículo 26 de la Convención Americana y que pueden ser materia de pronunciamiento por parte de los órganos del sistema interamericano en el marco de casos contenciosos. Al respecto, para el caso específico y tomando en cuenta que el Estado no es parte del Protocolo adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”, el Pacto Internacional de Derechos

[... continuación]

Admisibilidad. Jesús Manuel Naranjo Cárdenas y otros (Jubilados de la Empresa Venezolana de Aviación vial). Venezuela, 13 de octubre de 2004. Asimismo ver el pronunciamiento de fondo sobre el artículo 26 en Informe 38/09. Caso 12.670. Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto de Seguridad Social y otros vs. Perú. 27 de marzo de 2009. En similar sentido, la Corte reafirmó dicha competencia en Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 1 de julio de 2009.

<sup>74</sup> Ver, por ejemplo, Corte IDH. Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340. Párr. 141; y Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 1 de julio de 2009. Párr. 101.

Económicos, Sociales y Culturales es relevante en tanto contempla en su artículo 2.1<sup>75</sup> disposiciones similares a las del artículo 26 de la Convención Americana. La Comisión ya ha acudido a los pronunciamientos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuanto a la noción de progresividad y al alcance de las obligaciones que se desprenden de la misma<sup>76</sup>, así subraya que dicho concepto no priva de todo contenido significativo a las obligaciones del Estado; por el contrario, se le debe interpretar a la luz del objetivo general del tratado con miras a la plena efectividad de los derechos involucrados<sup>77</sup>.

56. A la luz de lo anteriormente descrito puede afirmarse que la Comisión entiende que el artículo 26 de la Convención Americana impone diversas obligaciones a los Estados que no se limitan a una prohibición de regresividad, el cual es un correlato de la obligación de progresividad, pero no puede entenderse como la única obligación justiciable en el sistema interamericano bajo esta norma. Así, la Comisión afirma que teniendo en cuenta el marco interpretativo del artículo 29 de la Convención Americana, el artículo 26 visto a la luz de los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, se desprenden, al menos las siguientes obligaciones inmediatas y exigibles: i) obligaciones generales de respeto y garantía, ii) aplicación del principio de no discriminación a los derechos económicos, sociales y culturales, iii) obligaciones de dar pasos o adoptar medidas para lograr el goce de los derechos incorporados en dicho artículo y iv) ofrecer recursos idóneos y efectivos para su protección. Las metodologías o fuentes de análisis que resulten pertinentes para cada una de estas obligaciones, deberán ser establecidas según las circunstancias propias de cada caso.

57. En relación con los componentes exigibles e inmediatos de la obligación de dar pasos o adoptar medidas, el Comité DESC ha indicado, por ejemplo, que la adopción de medidas por sí misma no se encuentra limitada o condicionada a otras consideraciones; por ello, si bien el logro de la realización efectiva de los derechos podrá ser paulatino, la adopción de medidas o providencias para tales efectos deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible a su cumplimiento. El Estado además tiene obligaciones básicas que deben satisfacer niveles esenciales de tales derechos, las cuales no están sujetas al desarrollo progresivo sino que son de carácter inmediato<sup>78</sup>.

58. Asimismo, la CIDH entiende que a la luz del deber de garantía previsto en el artículo 1.1 de la CADH y la interpretación que sobre el mismo han hecho los órganos del sistema interamericano, los Estados partes deben prevenir razonablemente la conculcación de los derechos contenidos en el artículo 26 en el contexto de las actividades empresariales. Lo anterior incluye adoptar un marco jurídico que permita asegurar la protección de dichos derechos y que proporcione acceso efectivo a recursos para las víctimas de tales violaciones. Entre las acciones que aseguren un marco jurídico adecuado, el Estado deberá exigir que las empresas bajo su jurisdicción ejerzan la diligencia debida en materia de derechos humanos a fin de identificar, prevenir y mitigar los riesgos de vulneración de los derechos en el marco de sus actividades<sup>79</sup>.

59. Finalmente, los órganos del sistema interamericano han hecho hincapié en el deber de los Estados de adoptar medidas para asegurar la igualdad real entre las personas y combatir la discriminación histórica o *de facto* ejercida en contra de una variedad de grupos sociales. La Comisión ha señalado que la implementación de medidas positivas son necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos de personas vinculadas a grupos que sufren desigualdades estructurales o han sido víctima de procesos históricos de

<sup>75</sup> Según esta disposición “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”

<sup>76</sup> CIDH. Informe No. 38/09. Caso 12.670. Admisibilidad y fondo. Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras. Perú. 27 de marzo de 2009. Párr. 136.

<sup>77</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación general 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1990, E/1991/23.

<sup>78</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación general 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), 1990. En ese sentido ver: CIDH. Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147 (7 de septiembre de 2017) párrs. 236 y 237.

<sup>79</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 24, E/C.12/GC/24,10 de agosto de 2017.

exclusión<sup>80</sup>. En la misma línea, la Corte ha establecido que los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias<sup>81</sup>.

60. En aplicación de los anteriores parámetros al presente caso, la Comisión empieza destacando que el artículo 45 de la Carta de la OEA incorpora referencias a los derechos a la salud y a la seguridad social. El artículo 34. i) del mismo instrumento también subraya el rol del Estado en la “defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica”, subrayando con ello la importancia de la garantía de la salud para el desarrollo integral de la persona. Asimismo, el artículo XI de la Declaración Americana y 12 del PIDESC incorporan este derecho. En cuanto al derecho a la seguridad social, este se deriva del artículo 45 incisos b) y h) de la Carta de la OEA, los cuales establecen respectivamente la protección contra imprevistos o riesgos sociales en relación al trabajo y la necesidad de desarrollar una política eficiente de seguridad social. A su vez, de manera más general el artículo 46 se refiere a la labor de armonización sobre normativa de seguridad social a nivel regional. Por su parte, la Declaración Americana recoge este mismo derecho en su artículo XVI y el PIDESC en su artículo 9. Como ya se ha indicado, recurrir a otros instrumentos internacionales puede ser necesario para señalar la derivación de un derecho a partir de una medida u objetivo de política pública incluidas en una norma de carácter económico, social, cultural, educativo o científico de la Carta de la OEA<sup>82</sup>.

61. De lo anterior, la Comisión considera claro que los derechos a la salud y seguridad social constituyen unas de las normas económicas y sociales mencionadas en el artículo 26 de la Convención y, en ese sentido, los Estados partes se encuentran en la obligación de procurar el desarrollo progresivo de los mismos, así como de respetar, garantizar y adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo tales derechos.

62. Sobre los contenidos del derecho a la salud, en sintonía con el *corpus iuris* internacional relativo al derecho a la salud identificado por la Corte<sup>83</sup>, en el presente caso es posible derivar los estándares aplicables a partir del desarrollo de los alcances del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. De acuerdo con el PIDESC “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”<sup>84</sup> y establece que entre las medidas que deberán adoptar los Estados para asegurar la plena efectividad de este derecho, se encuentra “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”<sup>85</sup>.

63. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que todos los servicios, bienes e instalaciones de salud deben cumplir con requisitos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad<sup>86</sup>. Tanto la Comisión como la Corte han tomado en cuenta estos conceptos y los han incorporado al análisis de diversos casos<sup>87</sup>.

<sup>80</sup> CIDH. Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, 20 de enero de 2007, párrs. 100 y 101. CIDH. Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación, Informe Anual, 1999, 13 abril 2000, Capítulo VI.

<sup>81</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 104.

<sup>82</sup> Son particularmente importantes en el presente caso la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y aún otros tratados como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer y los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

<sup>83</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. 114 y ss.

<sup>84</sup> PIDESC. Artículo 12.1.

<sup>85</sup> PIDESC. Artículo 12.2.d

<sup>86</sup> ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 12.

<sup>87</sup> CIDH. Informe No 2/16. Caso 12.484. Fondo. Cuscul Pivaral y otros. Guatemala, 13 de abril de 2016, párr. 106; 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. 120.

64. Asimismo, el Comité DESC ha indicado que, en consonancia con la Convención del Niño, los niños y niñas tienen derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y al acceso a centros de tratamiento de enfermedades”, y que “la consideración primordial en todos los programas y políticas con miras a garantizar el derecho a la salud del niño y el adolescente será el interés superior del niño y el adolescente”<sup>88</sup>. La Observación General No. 14 indica también que la creación de condiciones que aseguren, a todos, asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad, “(...) incluye el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, (...) tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes (...)”<sup>89</sup>. Finalmente, el Comité de los Derechos del Niño reconoce la existencia de una amplia gama de agentes no estatales que intervienen en el goce de la salud infantil y los factores que la determinan; en particular establece que los Estados deben velar por que todos ellos reconozcan, respeten y hagan efectivas sus responsabilidades ante el niño o niña, aplicando, cuando sea necesario, procedimientos de diligencia debida<sup>90</sup>.

65. Sobre el contenido del derecho a la seguridad social, este incluye la consideración de su estrecha relación con otros derechos, como es el caso del derecho a la salud; y que la supresión, reducción o suspensión de las prestaciones a que se tenga derecho debe ser limitada, basarse en motivos razonables y estar prevista en la legislación nacional<sup>91</sup>. Además, el Estado mantiene la responsabilidad de regular y fiscalizar el sistema de seguridad social cuando son terceros quienes administran los planes de aseguramiento así como de garantizar razonablemente que los agentes del sector privado no vulneren este derecho, incluyendo una legislación marco, una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de sanciones en caso de incumplimiento<sup>92</sup>. Asimismo, la CIDH reconoce que el seguro social desde un enfoque de la salud aumenta el uso de los centros, bienes y servicios de salud, promueve la igualdad de acceso y puede permitirse niveles más altos de protección financiera para quienes se encuentran normalmente excluidos, como pueden ser niños o niñas con discapacidad. De este modo, para que los programas públicos o privados de seguro social relativos a la salud tengan un enfoque basado en dicho derecho su diseño y alcance no solo deben tener en cuenta la capacidad financiera y la situación laboral de las poblaciones receptoras, sino las necesidades específicas de salud de quienes se benefician<sup>93</sup>.

### **3. Estándares generales sobre la relación entre el derecho a la salud con el derecho a la vida, la integridad personal y derechos de la niñez**

66. Tanto la CIDH como la Corte se han pronunciado sobre la relación existente entre los derechos a la vida e integridad personal y el derecho a la salud<sup>94</sup> y la Corte Interamericana ha interpretado en reiteradas oportunidades que los derechos a la vida e integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención a la salud humana<sup>95</sup> y que “la falta de atención médica adecuada” puede conllevar a su vulneración<sup>96</sup>. Asimismo, ambos órganos han señalado que los Estados son responsables de regular con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al

<sup>88</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. 22 y 24.

<sup>89</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. 17.

<sup>90</sup> Comité de los Derechos del Niño. Observación General 15, CRC/C/GC/15, 17 de abril de 2013, párrs. 75-76.

<sup>91</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 19, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008. Párr. 23-28.

<sup>92</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 19, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008. Párr. 46.

<sup>93</sup> Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. UN. Doc. A/67/302, 13 de agosto de 2012. Párrs. 42-45.

<sup>94</sup> CIDH, Informe No. 102/13, Caso 12.723, Fondo, TGGL, Ecuador, 5 de noviembre de 2013. CIDH. Informe: Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos. 7 de junio de 2010. Sección II.

<sup>95</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. 130; y *Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226, párr. 43.

<sup>96</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. 130; *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondos, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 157, y *Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226, párr. 44.

logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud<sup>97</sup>.

67. La Corte ha señalado que “el derecho fundamental a la vida comprende (...) también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”<sup>98</sup>, lo que jurisprudencialmente ha incluido también la provisión de, entre otros aspectos, de servicios de salud<sup>99</sup>.

68. La Comisión también encuentra que la regulación y control de la cobertura de tratamientos, a través de sistemas de financiamiento público o privado, deben tomar en consideración la situación especial de los niños y niñas con discapacidad. En estos términos, en el marco de una medida cautelar sobre una niña con discapacidad, la Comisión ha logrado establecer *prima facie* que el estado de salud y la falta de apoyos integrales podrían poner en riesgo el derecho a la vida e integridad<sup>100</sup>. En esta línea, la CIDH observa que el desarrollo de los derechos de niños y niñas con discapacidad reconoce el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluidos en la comunidad, lo que implica el derecho a crecer en el entorno familiar, así como “la existencia de servicios de apoyo adecuados y que tengan en cuenta la edad para las niñas y niños con discapacidad resulta indispensable para que puedan disfrutar de sus derechos humanos en igualdad de condiciones”<sup>101</sup>.

#### 4. Análisis del caso de Martina Vera Rojas en su condición de niña con discapacidad

69. En el presente caso la Comisión analizará las posibles afectaciones del derecho a la salud, seguridad social, vida e integridad personal, a partir de la regulación del retiro del régimen de hospitalización domiciliaria, los sistemas de reclamos para el restablecimiento del tratamiento para la niña Martina y las respuestas recibidas ante tales reclamos.

70. Como se estableció en los hechos probados, la Isapre determinó que la enfermedad de Martina Vera Rojas era una enfermedad crónica y, por lo tanto, basándose en la Circular No. 7, decidió que era procedente la suspensión del RHD.

71. La Comisión considera, que en función del derecho a la salud, la regulación y fiscalización de los aspectos que gobiernan los sistemas de salud, no solo en la prestación final del servicio, sino también en el diseño del financiamiento del mismo a través de aseguradoras privadas, es una prerrogativa del Estado que debe ser entendida como parte de sus obligaciones en la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. Para la CIDH, esta faceta evidencia la indivisibilidad e interdependencia del derecho a la seguridad social relativo a los planes de sanidad y el derecho a la salud, en donde el primero adquiere un carácter instrumental o de procedimiento para satisfacer el contenido del segundo. Cuando estos planes son manejados por empresas privadas, el Estado tiene la obligación de asegurar que el diseño y administración de los seguros médicos tengan en cuenta los elementos de los derechos a la seguridad social y a la salud. De allí que de la obligación estatal de asegurar la efectividad de los derechos humanos se proyecten efectos en las relaciones entre particulares, quienes por consecuencia tienen la obligación de respetar estos; es decir, respecto de empresas aseguradoras, por ejemplo, la búsqueda de rentabilidad y ganancia económica en el sistema de seguros médicos no debe anular el goce de los derechos protegidos por la Convención Americana.

<sup>97</sup> Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Excepción Preliminar*. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Serie C No. 139, párr. 99. Asimismo, véase: CIDH, Informe No. 102/13, Caso 12.723, Fondo, TGGL, Ecuador, 5 de noviembre de 2013.

<sup>98</sup> Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144 y 191.

<sup>99</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142, párr. 161; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párrs. 194 a 217.

<sup>100</sup> CIDH. Irene respecto de Argentina. Medida Cautelar No. 376-15, Resolución 38/2016. 7 de julio de 2016. Párr. 26.

<sup>101</sup> Comité sobre los derechos de personas con discapacidad. Observación General núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. CRPD/C/GC/5, 27 de octubre de 2017. Párrs. 19, 74 y 75.

72. En el caso, por su naturaleza, la enfermedad de la niña Martina se encontraba bajo una cobertura especial para enfermedades catastróficas, que precisamente estaba diseñada para enfermedades complejas y costosas. Esta cobertura, le permitió contar con los servicios de salud que, conforme a la información disponible, eran los idóneos para atender su grave condición de salud, reducir riesgos de mayores afectaciones y procurar una vida digna en la mayor medida posible.

73. En función de lo anterior, la Comisión observa que la regulación vigente permite el levantamiento del RHD a través de la causal de la cronicidad. Como se ha podido comprobar en el presente caso, el carácter crónico o no de una enfermedad puede ser difícil de determinar y comportar un margen importante de ambigüedad y discrecionalidad. Esto resulta problemático, tomando en consideración los efectos determinantes que podría tener una decisión de esta naturaleza en la salud de pacientes que precisamente requieren de la cobertura catastrófica por la severidad de su enfermedad. El propio Estado reconoció que “no existe un procedimiento único y especial que las instituciones aseguradoras puedan efectuar la declaración de una determinada enfermedad tiene el carácter de crónico”. Además, no se observa que la regulación dispusiera salvaguardas tales como la exigencia de valorar la situación en que quedaría la persona en caso de retiro del RHD y sus implicaciones en su derecho a la salud, vida e integridad personal.

74. Ahora bien, la Comisión considera que la regulación del levantamiento del RHD a partir del análisis de la Circular No. 7 no establece ningún tipo salvaguarda respecto del impacto diferenciado que esta decisión podría tener respecto de los niños y niñas, quienes se encuentran en una condición especial. En este sentido, la Comisión recuerda que recae sobre el Estado el deber de protección especial de la niñez, debido a su desarrollo progresivo a nivel físico, cognitivo, emotivo, psicológico y social<sup>102</sup>. Este deber se acentúa cuando se trata del disfrute del mayor nivel posible de salud de los niños, en virtud de su interés superior. En el presente caso, la Comisión considera que la normativa ni el sistema de reclamación muestran ningún tipo de consideración a la situación de Martina en su condición de niña.

75. Esto se vio reflejado en el caso concreto en el cual se levantó el servicio mediante una comunicación simple, invocando un peritaje médico, que incluso luego fue aclarado por el propio doctor en que él nunca concluyó en que la enfermedad de la niña Martina era crónica, sin ningún tipo de verificación adicional o determinación sobre si es que la vida, salud e integridad podrían verse afectadas por el retiro inmediato del RHD, incumpliendo su obligación de generar condiciones que aseguren el tratamiento en salud. Como se verá más adelante, la CSJ terminó convalidando esta actuación de la Isapre sin, ella misma, efectuar valoración alguna sobre la situación en que quedaría la niña Martina como consecuencia de su decisión y las posibilidades de proveerle el servicio respecto de cuya necesidad y pertinencia existía consenso médico. Esta actuación de la CSJ constituyó un incumplimiento al deber de fiscalización de las acciones de la Isapre y sus implicaciones en los derechos de una niña con discapacidad que debió ser sujeto de especial protección por parte del Estado.

76. De otro lado, la CIDH encuentra que una de las características del derecho a la salud debe ser la accesibilidad económica, que supone que los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. En este sentido, la Comisión considera que la disposición y creación de la CAEC, permitió que la niña Martina accedieran al RHD de modo asequible inicialmente, sin embargo, tras la decisión de la CSJ, no se evidencia que el Estado tomó medidas para proteger la permanencia del mencionado régimen, o compensar el impacto de la reducción de su cobertura médica, afectando la accesibilidad económica al tratamiento que por su enfermedad necesitaba, tal como se desprende de lo narrado por la parte peticionaria en cuanto a la afectación a nivel familiar del retiro del RHD.

77. En línea con lo anterior, la Comisión encuentra que el sistema de reclamos de los asegurados ante cualquier desacuerdo con la cobertura del seguro presenta una configuración estándar. En este sentido, tal como se observa en el expediente, un reclamo, por ejemplo, por cobro indebido, mantiene el mismo trámite que un reclamo sobre el retiro de un tratamiento en casos de enfermedades catastróficas a pesar del

<sup>102</sup> CIDH. Informe *Violencia, niñez y crimen organizado*. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 40/15, 11 noviembre 2015, párr. 271.

impacto que este último puede tener en la salud, vida e integridad de la persona. En este sentido, la Comisión considera que los sistemas de protección de los derechos de los asegurados, por la especial relevancia de la materia que resuelven, forman parte de las obligaciones estatales de creación de condiciones que aseguren la asistencia médica en caso de enfermedades graves. La Comisión observa que el Estado no ha logrado demostrar que el sistema de reclamos dispuesto formalmente, esté diseñado para responder a situaciones como las del presente caso, de manera acorde con los estándares internacionales sobre los derechos a la salud y seguridad social, incluyendo las determinaciones especiales que correspondan en cada caso frente a posibles situaciones de extrema vulnerabilidad como la de la niña Martina.

78. En este mismo sentido, la Comisión observa que la decisión del levantamiento del RHD por parte de la Isapre, así como la normativa que regula el otorgamiento de dicho régimen, no estipulan ninguna salvaguarda en relación con los derechos de Martina Vera Rojas como una niña con discapacidad. En este sentido, la CIDH nota que la CAEC en efecto no fue suspendido totalmente, solo que varió el RHD por hospitalización ordinaria en caso de ser necesaria. Así, en tanto niña con discapacidad, la Comisión considera que Martina Vera Rojas tenía el derecho a que la cobertura de su seguro necesariamente tome en consideración su interés superior, su necesidad de apoyos y su crecimiento en el entorno familiar, y no solo la cronicidad o no de su condición. La CSJ al momento de emitir su decisión convalidando el actuar de la Isapre, tampoco efectuó consideración alguna sobre la particular situación de la niña Martina derivada de su discapacidad. Asimismo, no pasa desapercibido para la CIDH que la reinstalación del RHD, según la sentencia de la Superintendencia de Salud, no descansa en el interés superior de la niña con discapacidad y la necesidad de crecer en su entorno familiar, sino que es un cálculo económico, lo que será analizado en profundidad más adelante.

79. Sumado a lo anterior, la Comisión observa que cuando la Isapre suspendió el RHD, la familia accedió a través de gestiones y trámites propios, a la mayor parte del esquema de servicios de salud. Algunos de los equipos fueron adquiridos por la familia, costearon de su propio peculio medicamentos, instrumental médico y paramédico, y perdieron la posibilidad de acceder al avión ambulancia en caso de necesidad de transportar a la niña Martina a Santiago. En estos términos, la Comisión considera que si bien la niña Martina pudo acceder a tratamientos autogestionados para mantener su más alto estándar posible de salud, la permanencia de estos era incierta, causaron estragos en la economía familiar y colocaron en riesgo las frágiles vida e integridad de la niña Martina.

## **5. Conclusión**

80. En virtud de las consideraciones anteriores, la falta de regulación adecuada, control y sistemas de reclamación adecuados que fiscalicen la decisión del levantamiento del RHD en casos de pacientes con enfermedades graves y costosas, sumado a la falta de protección de la víctima en el marco de su posición de garante de la niñez, generando riesgos para su vida y salud, la Comisión concluye que el Estado es responsable por la violación de los derechos a la salud, seguridad social, vida, integridad y protección especial de la niñez establecidos en los artículos 4.1, 5.1, 19 y 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Martina Vera Rojas.

## B. El derecho a las garantías judiciales<sup>103</sup> y la protección judicial<sup>104</sup> (artículos 8.1 y 25.1) y los derechos de los niños (artículo 19) en relación con el artículo 1.1 y 2 de la Convención Americana

### 1. Consideraciones generales

81. La Comisión ha subrayado que la obligación de los Estados de actuar con la debida diligencia comprende el facilitar el acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos frente a una violación de los derechos humanos<sup>105</sup>. En el caso de derechos sociales, la CIDH ha señalado que la protección y el acceso a la justicia, debido a las complejidades de su exigibilidad judicial, se materializa en el reconocimiento de garantías específicas del debido proceso como, por ejemplo, la igualdad de armas, la revisión judicial de decisiones administrativas, la debida motivación y el plazo razonable<sup>106</sup>. En relación con la igualdad de armas específicamente, la CIDH ha indicado que durante los procesos judiciales para la defensa de derechos sociales “es frecuente que la disímil situación social o económica de las partes litigantes impacte en una desigual posibilidad de defensa<sup>107</sup>”, y al respecto la Corte Interamericana indicó “que la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a los Estados a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses”<sup>108</sup>.

82. Asimismo, para garantizar el acceso a la justicia, los recursos judiciales para la reivindicación de derechos sociales deben ser sencillos, rápidos y efectivos, y brindar la posibilidad de prevenir, detener, privar de efectos y reparar la afectación al derecho conculcado en el marco de situaciones sociales marcadamente desiguales<sup>109</sup>. La efectividad de un recurso debe ser entendida en relación con su posibilidad para determinar la existencia de violaciones a derechos fundamentales; de remediarlas; y, de reparar el daño causado y permitir el castigo a los responsables<sup>110</sup>. En esa misma línea de ideas, en relación a violaciones a derechos humanos en el marco de actividades empresariales, el Comité DESC ha indicado que “Los Estados partes deben proporcionar medios adecuados de reparación a las personas o grupos perjudicados y asegurar la rendición de cuentas de las empresas”<sup>111</sup> para lo cual es imprescindible que haya recursos disponibles, efectivos y rápidos así como el acceso a información pertinente que permita resolver una denuncia<sup>112</sup>.

83. De otro lado en consideración de que en este caso se encuentran en juego los derechos de una niña, la Comisión considera necesario incorporar al análisis del presente caso el *corpus iuris* internacional de protección de los niños y las niñas<sup>113</sup>. La Comisión y la Corte Interamericana han indicado que “los niños y

<sup>103</sup> El artículo 8 de la Convención Americana consagra en lo pertinente: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

<sup>104</sup> El artículo 25 de la Convención Americana señala en lo pertinente que: 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

<sup>105</sup> CIDH, Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, OEA/Ser. L/V/II. doc.68, 20 de enero de 2007.

<sup>106</sup> CIDH. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4. 7 de septiembre de 2007. Párr. 177 y ss.

<sup>107</sup> IDH. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4. 7 de septiembre de 2007. Párr. 185.

<sup>108</sup> IDH. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4. 7 de septiembre de 2007. Párr. 188.

<sup>109</sup> CIDH. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4. 7 de septiembre de 2007. Párr. 259.

<sup>110</sup> CIDH. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4. 7 de septiembre de 2007. Párr. 248.

<sup>111</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 24, E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017. párr. 39. Asimismo ver Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Accesos a mecanismos de reparación (principio 25) (2011) Disponible en: [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_SP.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf)

<sup>112</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 24, E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017. párrs. 41 y 45.

<sup>113</sup> CIDH. Informe No. 102/13. Caso 12.723. Fondo. TGG. Ecuador, para.149. Cfr Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 44; Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 125.

las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto”<sup>114</sup>. Además, “el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de las niñas y los niños, en condición particular de vulnerabilidad”<sup>115</sup>. En este sentido, resulta relevante el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>116</sup> que estipula “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Asimismo, en la OC-17/2002 la Corte estableció que “si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”<sup>117</sup>.

## 2. Análisis del caso

84. La Comisión observa que en el presente caso se activaron dos procesos: la acción judicial de protección y el proceso ante la Superintendencia de Salud. La CIDH analizará la efectividad de los recursos, la motivación de dichos fallos y su relación con el interés superior de los niños y niñas.

85. La Comisión observa que la acción de protección fue interpuesta por las vulneraciones al derecho a la propiedad, a la vida y la integridad. Es decir, desde el momento en que la madre y el padre acceden al Poder Judicial, existen dificultades para el alegato directo de vulneraciones de los derechos a la salud y seguridad social analizados en este informe, dado que según el artículo 20 de la Constitución Política de la República de Chile, en lo que corresponde a la interposición de acciones de protección sobre asuntos relacionados con el derecho a la salud, reguladas en el ordinal 9º del artículo 19, solo proceden respecto del derecho a elegir el sistema de salud; en relación con el derecho a la seguridad social regulado en el ordinal 18 del mismo artículo no procede la acción de protección. En este sentido, la Comisión no considera que la acción de protección se encontraba preparada para conocer alegatos relacionados con el derecho a salud, que en este caso sobrepasaba la revisión de condiciones contractuales. El contenido de la decisión de la CSJ, sin referencia alguna a las implicaciones de la decisión de la Isapre en el derecho a la salud y la seguridad social de la niña Martina, es un reflejo de esta situación.

86. Ahora bien, tal como el Estado ha señalado, existe un recurso especialmente diseñado para asuntos relacionados con las coberturas de las Isapres, ante la Superintendencia que precisamente incluye una etapa probatoria y audiencia, para mejor conocimiento del juez árbitro. La Comisión encuentra que efectivamente, el juez árbitro tiene la capacidad de resolver no solo en aplicación de la normativa vigente, sino que está habilitado para sentenciar con cierto margen de apreciación y en función de la sana crítica. En estos términos, la CIDH considera que si bien el proceso no está diseñado para declarar una vulneración del derecho a la salud, pues sigue en los límites del análisis contractual y el derecho a la propiedad, de la actuación procesal de la parte peticionaria, la Comisión constató que sí se prestó información y actuó prueba en relación con el derecho a la salud. En ese sentido, la Comisión observa que el resultado favorable de este recurso para Martina, se debió a la suerte de haber contado con un Juez Arbitro que en ejercicio de sus facultades discrecionales tomó en cuenta el derecho a la salud, pero no fue el resultado de un sistema diseñado adecuadamente para tales efectos.

<sup>114</sup> CIDH. Informe No. 102/13. Caso 12.723. Fondo. TGGL. Ecuador, para. 150. Cfr Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 44; Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 121.

<sup>115</sup> Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 201.

<sup>116</sup> Convención sobre los derechos del niño. Resolución AG 44/25 de 20 de noviembre de 1989.

<sup>117</sup> Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. Párr. 98.

87. En relación con la motivación de los fallos, la Comisión llama fuertemente la atención respecto de que la CSJ en una sola línea determinó de modo automático que en tanto la Isapre concluyó que la enfermedad era crónica y siendo que la cronicidad estaba estipulada en la Circular No. 7 como causal para el levantamiento del RHD, entonces correspondía confirmar tal decisión. En este extremo, la Comisión considera que el razonamiento resulta aparentemente objetivo, pues la decisión se reviste de legalidad tomando en consideración la Circular No. 7, sin embargo, de acuerdo con los estándares internacionales sobre los derechos a la salud y a la seguridad social que deben ser evaluados de manera especialmente acentuada cuando se trata de niños, niñas y personas con discapacidad, el Estado estaba llamado a analizar el caso concreto tomando en cuenta si la limitante para el RHD basándose en la cronicidad de una enfermedad resultaba compatible con el derecho a la salud y el interés superior de la niña. Igualmente, en caso de considerar ajustado a derecho el retiro de la RHD, la CSJ también estaba llamada a evaluar la situación de desprotección en que quedaría Martina y el rol del propio Estado en compensar posibles prestaciones médicas que ya no serían cubiertas por el seguro privado pero que requería frente a su situación particular de salud. Todos estos aspectos fundamentales se encuentran ausentes en la decisión de la CSJ.

88. Por otro lado, si bien el fallo de la Superintendencia, restituyó el RHD a la niña Martina, dicha decisión está basada únicamente en el costo – beneficio de su retiro para la Isapre. En estos términos, el razonamiento del Juez Arbitro se basó en que de levantar el RHD, la niña Martina, eventualmente terminaría internada en el hospital asignado por la aseguradora. En este sentido, en tanto el hospital no estaba equipado para una larga estadía, la niña Martina tendría que ser trasladada a otra institución de salud más lejana, encareciendo los costos para la Isapre, por lo que en el caso específico, el Juez Arbitro concluyó que pese a que la enfermedad de la niña Martina es crónica, era posible alejarse de lo estipulado por el Circular No. 7, y reinstalar el RHD. Tal como en el caso anterior, la Comisión considera que tampoco existe un razonamiento respecto a la tensión entre la causal de cronicidad de la Circular No. 7 y el interés superior de la niña Martina en relación con su derecho a la salud y seguridad social. En función de lo anterior, la Comisión encuentra que de crearse un nuevo espacio hospitalario con capacidad de albergar por una temporada mayor a la niña Martina, perdería el tratamiento disputado, dado que su otorgamiento no estuvo basado en la necesidad de asequibilidad, para prevenir las afectaciones a su derecho a la salud, seguridad social, integridad y vida, facilitando su vida independiente en función de su crecimiento en su entorno familiar, como niña con discapacidad.

89. Asimismo, en el caso de ambas decisiones, la CIDH no encuentra un razonamiento claro en relación con la determinación de la enfermedad de la niña Martina como crónica. Es más, la CIDH considera que existen serias dudas y contradicciones respecto de los especialistas y la interpretación que de ellas dio la Isapre que no fueron esclarecidas en los fallos, sobre todo el último en el que se determinó que la enfermedad de la niña Martina sí era crónica. Ahora bien, incluso siendo crónica, la Comisión considera que dicho criterio para la suspensión de la RHD debió ser analizado a la luz de la Convención Americana, para la determinación de si es que en el caso concreto su aplicación directa vulneraba los derechos humanos de Martina, sobre todo en consideración ante la existencia de importantes indicios médicos, acreditados en el presente informe, según los cuales lo mejor para su vida y salud frágiles, era el RHD, rodeada de su entorno familiar.

90. Por todo lo expuesto, la Comisión concluye que el Estado de Chile es responsable por la violación del derecho a la protección judicial y garantías judiciales, y los derechos de la niña con discapacidad establecidos en los artículos 8.1 y 25.1, y 19 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones de respeto y garantía establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Martina Vera Rojas.

### C. El derecho a la integridad personal del señor Vera y la señora Rojas (artículo 5.1) en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana

91. Con respecto a los familiares de víctimas de ciertas violaciones de derechos humanos, la Comisión y la Corte Interamericana han indicado que éstos pueden ser considerados, a su vez, como víctimas<sup>118</sup>. Al respecto, la Corte ha dispuesto que pueden verse afectados en su integridad psíquica y moral como consecuencia de las situaciones particulares que padecieron las víctimas, así como de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades internas frente a estos hechos<sup>119</sup>.

92. En el caso específico del análisis de la responsabilidad internacional del Estado sobre el derecho a la integridad de los familiares por afectaciones del derecho a la salud de las víctimas, la Corte ha establecido que este tipo de vulneraciones deben ser probadas<sup>120</sup>. Al respecto, la parte peticionaria documentó que la madre y el padre sufren de estrés post traumático derivado del sufrimiento por la incertidumbre del acceso al tratamiento que mantiene con vida a su hija. De este modo, el peritaje psicológico indicó que “tras el hecho de sentir que su hija no era protegida por el Estado se instala en ambos la sensación de no poder asegurar los cuidados necesario a su hija” indicando que las secuelas psicológicas son de incertidumbre, desprotección, desconfianza, hiper-vigilancia e hiper-alerta, humillación, ira, evitación, concluyéndose que se trata de un trastorno de estrés post traumático crónico<sup>121</sup>. Asimismo, tal como ya se encontró probado en este informe, la relación altamente litigiosa entre la Isapre y los padres de la niña Martina por las modificaciones unilaterales del acceso al tratamiento adecuado, generó por sí mismo sufrimientos a los padres de la niña Martina por la falta de regulación adecuada del levantamiento del RHD. En virtud de lo anterior, la Comisión encuentra que existe un nexo causal entre los sufrimientos vividos por el señor Vera y la señora Rojas y los hechos analizados en el presente caso.

93. Sumado a lo anterior, la Corte Interamericana ha indicado que el derecho a la integridad de los familiares puede verse afectado por el estrecho vínculo familiar y las gestiones llevadas para obtener justicia<sup>122</sup>. En el presente caso, tal como ya se comentó la búsqueda de tratamiento de la niña Martina a través los litigios acreditados, y el evidente vínculo familiar estrecho entre el padre y la madre con su hija en condición de grave vulnerabilidad, permite inferir como lógicos los sufrimientos alegados.

94. En virtud de lo expuesto, la Comisión considera que el Estado vulneró el derecho a la integridad psíquica y moral del señor Vera y la señora Rojas establecido en el artículo 5.1. de la Convención Americana, en relación con las obligaciones contenidas en el artículo 1.1. del mismo instrumento.

### V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

95. Con base en las determinaciones de hecho y de derecho, la Comisión Interamericana concluyó que el Estado es responsable por la violación de los artículos 4.1 (derecho a la vida), 5.1 (derecho a la integridad), 19 (derechos de los niños con discapacidad), 26 (derecho a la salud); y 8.1 y 25.1. (garantías judiciales y protección judicial); de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

<sup>118</sup> CIDH. Informe No. 11/10. Caso 12.488. Fondo. Miembros de la Familia Barrios. Venezuela. 16 de marzo de 2010. 91. CIDH. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. Párr. 227; 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. 201; Corte IDH. Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167. párr. 112; y Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C. No. 164. párr. 102.

<sup>119</sup> Corte IDH. Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167. párr. 112; y Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155. párr. 96.

<sup>120</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. 203.

<sup>121</sup> Anexo 6. informe psicológico de la psicóloga clínica Carola Fernández de 3 de marzo de 2016. Anexo al escrito de la parte peticionaria de 6 de marzo de 2017.

<sup>122</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. 208.

**LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, RECOMIENDA AL ESTADO DE CHILE,**

1. Reparar integralmente las violaciones de derechos humanos declaradas en el presente informe tanto en el aspecto material como inmaterial. El Estado deberá adoptar las medidas de compensación económica y satisfacción.
2. Disponer las medidas de atención en salud física y mental necesarias para la rehabilitación de Ramiro Vera Luza y Carolina Rojas Farías, de ser su voluntad y de manera concertada.
3. Asegurar que el régimen de hospitalización domiciliaria de Martina Vera Rojas se mantenga vigente mientras lo requiera. Esta recomendación incluye que cualquier determinación futura que se efectúe sobre dicho régimen, cumpla con los estándares descritos en el presente informe y tenga como eje central el interés superior de la víctima como niña con discapacidad.
4. Disponer mecanismos de no repetición que incluyan: i) asegurar que el proceso ante la Superintendencia de Salud, sobre conflictos entre Isapres y asegurados frente al retiro de prestaciones médicas respecto de enfermedades graves, cumplan con los estándares establecidos en el presente informe; y ii) asegurar que existan recursos judiciales idóneos y expeditos para impugnar posibles decisiones de las Isapres que puedan afectar el derecho a la salud y seguridad social de una persona y poner en peligro su vida e integridad personal.

Aprobado en la ciudad de Boulder, Colorado a los 5 días del mes de octubre de 2018.

Margarette May Macaulay  
Presidenta

Esmeralda E. Arosemena Bernal de Troitiño  
Primera Vicepresidenta

Francisco José Eguiguren Praeli  
Comisionado

Joel Hernández García  
Comisionado

Flávia Piovesan  
Comisionada

Regístrese y notifíquese conforme a lo acordado.

Paulo Abrão  
Secretario Ejecutivo