

El derecho a la salud de los niños y niñas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Children's right to health by the Inter-american Court of Human Rights

Marcos Maximiliano Cáceres Falkiewicz¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2022\)07](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2022)07)

Comentario a

Caso Vera Rojas y otros vs. Chile

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Disponible en

<https://bit.ly/3Ssy46C>

RESUMEN:

El 8 de noviembre de 2019, la Comisión Interamericana de Derechos sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el caso Martina Rebeca Vera Rojas contra la República de Chile. La Comisión señaló que la controversia versa sobre las alegadas violaciones de derechos humanos cometidas por la falta de regulación, control y sistemas de reclamación adecuados para la fiscalización de la decisión de la aseguradora de salud (IsapreMasVida) respecto del levantamiento del régimen de hospitalización domiciliaria (RHD) que la niña Martina Rebeca Vera Rojas, diagnosticada con el síndrome de Leigh, requería de modo esencial para su supervivencia.

Ante esta situación, el Estado de Chile presentó como excepciones preliminares la falta de agotamiento de los recursos internos y la improcedencia de la denuncia de la peticionaria por falta de objeto e incompetencia de la Corte para conocer eventuales violaciones al artículo 26 de la Convención. Pese a los esfuerzos argumentativos estatales, la Corte Interamericana de Derecho Humanos concluye que el Estado incumplió con su deber de regulación de los servicios de salud y, en consecuencia, con sus obligaciones de protección de los derechos.

¹ Abogado, egresado sobresaliente con mención de honor por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Especialista en Derecho del Trabajo (UNC-UNL - UCC). Magister en Derecho de la Empresa y la Contratación, por la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona, España (URV). Adscripto a la Cátedra de Derecho Tributario (UNC) y docente de grado y postgrado de la Universidad Empresarial Siglo 21. Investigador de la Universidad Empresarial Siglo 21 y UNC. Integrante de la Gerencia de Asesoría y Gestión Legal de la Empresa Provincial de Energía de Córdoba (EPEC) y profesional liberal. Correo electrónico: maxiaceresf@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0248-4806>.

ABSTRACT

On November 8th 2019, the Inter-American Commission on Human Rights filed the case of Martina Rebeca Vera Rojas against the Republic of Chile to the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights. The Commission indicated that the controversy deals with the alleged human rights violations committed due to the lack of regulation, control and adequate claim systems for the control of the decision of the health insurer (IsapreMasVida) regarding the lifting of the home hospitalization regime (HHR) that the child Martina Rebeca Vera Rojas required, as she was diagnosed with Leigh syndrome, thus requiring such HHR as an essential mean for her survival. Upon this situation, Chile presented the following preliminary objections; lack of exhaustion of domestic remedies; inadmissibility of the petitioner's complaint due to lack of a legitimate claim and finally the incompetence of the Court to hear possible violations of Article 26 of the Convention. Despite the State's argumentative efforts, the Inter-American Court of Human Rights held that the State failed to comply with its duty to regulate health services and, consequently, with its obligations to protect such rights.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos; Niña; Corte Interamericana; Excepciones; Salud.

KEY WORDS: Human Rights; Child; Inter-American Court; Preliminary Objections; Health

I. Introducción

El 8 de noviembre de 2019, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión Interamericana o la Comisión) sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte Interamericana o la Corte) el caso Martina Rebeca Vera Rojas contra la República de Chile (en adelante el Estado o Chile).

La Comisión señaló que la controversia versa sobre las alegadas violaciones de derechos humanos cometidas por la falta de regulación, control y sistemas de reclamación adecuados para la fiscalización de la decisión de la aseguradora de salud (IsapreMasVida) respecto del levantamiento del régimen de hospitalización domiciliaria (RHD) que la niña Martina Rebeca Vera Rojas (en adelante Martina o Martina Vera), diagnosticada con el síndrome de Leigh², requería de modo esencial para su supervivencia. La Comisión consideró que la falta de protección del Estado a la salud de Martina Vera, así como las decisiones adoptadas por la Superintendencia de Salud y la Corte Suprema de Justicia, que conocieron de las acciones interpuestas por parte de sus padres, constituyeron violaciones a los derechos a la salud, seguridad social, vida, garantías judiciales, protección judicial, y especial protección de la niñez, en perjuicio de Martina Vera. Asimismo, la Comisión también se pronunció respecto a la violación al derecho a la integridad personal de los padres de Martina, Carolina Andrea del Pilar Rojas Farías y Ramiro Álvaro Vera Rojas. En consecuencia, la Comisión Interamericana solicitó a este Tribunal (Corte Interamericana) que declarara la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones contenidas en su Informe de Fondo y que le ordenara al Estado, como medidas de reparación, las

2 El Síndrome de Leigh es una patología mitocondrial, neurodegenerativa, con una prevalencia aproximada de 1 en 40.000 recién nacidos. Debido a su enfermedad progresiva, Martina tuvo distintas secuelas neurológicas y musculares, que implicaron un deterioro importante del nivel cognitivo de la función motora, y epilepsia.

incluidas en aquél. Cabe destacar que, entre la presentación de la petición inicial ante la Comisión y el sometimiento del caso ante la Corte, han transcurrido siete años y diez meses. Luego, la Corte dispuso suspender el cómputo de todos los plazos debido a la emergencia causada por la pandemia del COVID-19. Por esa razón, el vencimiento del plazo para la presentación del escrito de contestación se prorrogó hasta el 13 de julio de 2020; día en que Chile presentó su escrito de excepciones preliminares, contestación al sometimiento del caso y observaciones al escrito de solicitudes y argumentos. Además, planteó una cuestión previa, negó las violaciones alegadas y la procedencia de las medidas de reparación solicitadas. En materia competencial, es importante poner de resalto que la Corte se declaró competente para conocer el presente caso, en los términos del artículo 62.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la Convención), en razón de que Chile es Estado Parte de la Convención Americana desde el 21 de agosto de 1990.

En particular, el Estado presentó tres excepciones preliminares: a) falta de agotamiento de los recursos internos; b) improcedencia de la denuncia de la peticionaria a partir del 27 de agosto de 2012 por falta de objeto; y c) incompetencia de la Corte para conocer eventuales violaciones al artículo 26 de la Convención.

Con respecto a la primera de las excepciones mencionadas, el Estado alegó que la petición ante el Sistema Interamericano fue presentada antes de haber agotado los recursos idóneos y efectivos consagrados en el ordenamiento interno para remediar la alegada violación, en contravención a lo dispuesto por el artículo 46.1 de la Convención. En tal sentido, enfatizó que la petición fue interpuesta el 4 de noviembre de 2011, mientras que el recurso ante la Superintendencia de Salud- que era el recurso idóneo y efectivo para combatir la violación-fue incoado el 10 de enero de 2012. Asimismo, explicó que el recurso necesario para revocar la decisión de la Isapre, respecto al levantamiento del régimen domiciliario, era el mecanismo arbitral ante dicha institución.

Las representantes de la niña Martina Rebeca Vera Rojas (en adelante, los representantes) alegaron que la excepción preliminar resulta improcedente por haber sido presentada de modo extemporáneo. Al respecto, señalaron que la Corte ha reiterado que para que resulte procedente es necesario que el Estado la haya interpuesto durante la etapa de admisibilidad ante la Comisión, que es el momento procesal oportuno. A su turno, la Comisión alegó que el Estado no presentó la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos en el momento procesal oportuno, es decir antes de la adopción del Informe de Admisibilidad. Indicó que, incluso si el Estado así lo hubiera hecho, los recursos internos deben estar agotados al momento del pronunciamiento de admisibilidad y no necesariamente al momento de la presentación de la petición, y señaló que -en este caso- el recurso ante la Superintendencia de Salud, considerado por el Estado como adecuado e idóneo, ya había sido agotado cuando fue aprobado el Informe de Admisibilidad. Con respecto a la segunda, esto es la improcedencia de la denuncia de la peticionaria a partir del 27 de agosto de 2012 por falta de objeto, el Estado alegó que reparó en su totalidad la situación denunciada ante el Sistema Interamericano, debido a que la Superintendencia de Salud ordenó, mediante sentencia firme del 27 de agosto de 2012 y que ya fue ejecutada, el restablecimiento del financiamiento del régimen de hospitalización domiciliar de la niña Martina. Además, indicó que, si bien podría admitirse, aunque de modo discutible, que existieran motivos para la presentación de la petición ante el Sistema Interamericano el 4 de octubre de 2011, los mismos desaparecieron con

la sentencia del 27 de agosto de 2012. Agregó que, ante este escenario, la Comisión pudo haber decretado motu proprio el archivo del caso a tenor del artículo 48.1, literal b, de la Convención.

Las representantes señalaron que la excepción planteada por el Estado confunde la cesación de una violación de derechos humanos con su reparación integral, pues el hecho de que a partir de agosto de 2012 la decisión arbitraria de la Isapre haya sido revocada no implica que la violación haya sido reparada de manera integral, sino que están pendientes múltiples aspectos como las medidas de no repetición que trascienden a las víctimas. Expresaron que aceptar el argumento del Estado implicaría que el Sistema Interamericano solo puede conocer de violaciones a derechos humanos mientras siguen cometiéndose.

La Comisión indicó que los argumentos presentados por el Estado sobre la reparación sobreviviente pertenecen al análisis del fondo del caso y, por ende, no corresponde pronunciarse sobre ellos como excepción preliminar. A su vez, sostuvo que subsiste la responsabilidad estatal y los motivos de la petición, pues el Estado no ha demostrado que reconoció y reparó integralmente el ilícito internacional.

Con respecto a la tercera excepción, es decir la incompetencia de la Corte para conocer eventuales violaciones del artículo 26 de la Convención Americana, el Estado alegó que este último no plantea el reconocimiento del derecho a la salud, sino que consagra una obligación genérica para todos los Estados de adoptar medidas progresivas que doten de efectividad a los derechos que se derivan de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante, Carta de la OEA). Agregó también que la Corte no tiene competencia para conocer sobre vulneraciones al artículo 26 de la Convención. En primer lugar, expresó que el Estado de Chile no ha ratificado el Protocolo de San Salvador ni el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, manifestando de manera expresa su voluntad de no brindar competencia a organismos internacionales para conocer en relación a aquéllos. Asimismo, los representantes alegaron que la excepción preliminar se basa en una inconformidad y desacuerdo del Estado chileno con la posición fijada por la Corte, respecto a su competencia para declarar violaciones al artículo 26 de la Convención, consolidada desde el caso "Acevedo Buendía y otros Vs. Perú" y reiterada en diversos pronunciamientos. A su turno, la Comisión indicó que, de acuerdo con el artículo 62.3 de la Convención, la Corte es competente para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de sus disposiciones, sin distinguir entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales. Finalmente, la Corte rechaza las excepciones interpuestas por el Estado, haciendo lugar a la petición de la parte actora, conforme a los argumentos expuestos en el siguiente acápite.

II. Análisis y argumentos de la Corte

1. Consideraciones de la Corte respecto de la Primera excepción

El artículo 46.1.a) de la Convención Americana dispone que, para determinar la admisibilidad de una petición o comunicación presentada ante la Comisión Interamericana de conformidad con los artículos 44 o 45 del mismo instrumento, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, según los principios

del Derecho Internacional generalmente reconocidos³. Al respecto, la Corte recuerda que una objeción al ejercicio de su jurisdicción basada en la supuesta falta de agotamiento de los recursos internos debe ser presentada en el momento procesal oportuno, esto es durante la admisibilidad del procedimiento ante la Comisión.

La Corte advierte que, en efecto, el Estado no formuló alegatos durante la etapa de admisibilidad ante la Comisión cuestionando su competencia por la falta de agotamiento de los recursos internos. Sino que, por el contrario, tales cuestionamientos fueron formulados por primera vez por el Estado, de forma clara, en su escrito de contestación durante el trámite ante este Tribunal. En consecuencia, ese alegato del Estado es extemporáneo, por lo que se rechaza la excepción preliminar con fundamento en la falta de agotamiento de los recursos internos.

2. Consideraciones de la Corte respecto de la Segunda excepción

El Tribunal recuerda que, conforme a su jurisprudencia, únicamente considerará como excepciones preliminares aquellos argumentos que tienen o podrían tener exclusivamente tal naturaleza atendiendo a su contenido y finalidad, es decir, que de resolverse favorablemente impedirían la continuación del procedimiento o el pronunciamiento sobre el fondo⁴. Por ello, independientemente de que el Estado defina un planteamiento como excepción preliminar, si al analizarlos fuere necesario entrar a considerar previamente el fondo de un caso, los mismos perderían su carácter de tal y no podrían ser analizados como tales.

El Tribunal advierte que el planteamiento central, en el presente caso, consiste en determinar si el Estado incumplió con su deber de garantizar los derechos a la salud, seguridad social, vida, vida digna, garantías judiciales, protección judicial y especial protección de la niñez, en perjuicio de Martina Vera Rojas, por la alegada falta de regulación, fiscalización y control de la decisión de la Institución de Salud Previsional Más Vida (Isapre). La determinación de estas cuestiones evidentemente atañen al fondo de la controversia del caso, como también lo es determinar si dichas violaciones han cesado y han sido reparadas por la decisión de la Superintendencia de Salud, tal como fue argumentado por el Estado; supuesto en el cual no correspondería a este Tribunal declarar su responsabilidad internacional. En consecuencia, en virtud de que el alegato del Estado no se refiere a cuestiones de admisibilidad del caso, sino que atañen al fondo de la controversia, la Corte desestima también esta segunda excepción preliminar presentada por el Estado.

3. Consideraciones de la Corte respecto de la Tercera excepción

La Corte recuerda que, como todo órgano jurisdiccional, tiene el poder inherente a sus atribuciones para determinar el alcance de su propia competencia (compétence de la compétence). En particular, este Tribunal ha señalado que una interpretación literal, sistemática, teleológica y evolutiva respecto al alcance de su competencia permite concluir que el artículo 26 de la Convención Americana protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA.

3 Caso "Velásquez Rodríguez Vs. Honduras". Excepciones Preliminares. Sentencia de fecha 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 85, y Caso "Martínez Esquivia Vs. Colombia". Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 6 de octubre de 2020. Serie C No. 412, párr. 20.

4 Caso "Cepeda Vargas Vs. Colombia". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 35, y Caso "Petro Urrego Vs. Colombia", supra, párr. 32.

Esta conclusión se fundamenta no sólo en cuestiones formales, sino que resulta de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, así como de su compatibilidad con el objeto y fin de la Convención, que es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.

En este marco es dable resaltar que, la Corte entiende la existencia de una necesaria relación de interdependencia e indivisibilidad -y agregamos de retroalimentación- entre los derechos antes mencionados; por lo cual, un correcto análisis de su interpretación y aplicación implica entenderlos como un todo y no de forma aislada y/o excluyente de otros.

Además, el Tribunal ha establecido que la misma Convención hace expresa referencia a las normas del derecho internacional para su interpretación y aplicación, específicamente a través del artículo 29, el cual, como fue mencionado, prevé el principio *pro persona*⁵. De esta manera, la Corte puede interpretar las obligaciones y derechos en ellos contenidos a la luz de otros tratados y normas pertinentes.

Por ello, y dado que Chile es Parte de la Convención Americana, está obligado a cumplir con sus obligaciones derivadas del artículo 26 de la Convención, sobre el cual la Corte efectivamente tiene competencia material para conocer sobre violaciones a los derechos protegidos por dicho dispositivo. En definitiva, el Tribunal también desestima esta excepción preliminar presentada por el Estado.

Por ello, la Corte advierte que la principal controversia planteada en el presente caso es determinar si el Estado cumplió con su deber de respetar y garantizar los derechos a la vida, la vida digna, la integridad personal, la niñez, la salud y la seguridad social, en relación con la obligación de garantizar los derechos sin discriminación, y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno; todo ello ante la decisión de la Isapre MasVida de suspender el beneficio de la hospitalización domiciliaria en favor de Martina Vera Rojas, quien padece el síndrome de Leigh. Asimismo, puesto que el Estado alegó haber reparado en su totalidad las violaciones denunciadas ante el Sistema Interamericano, la Corte deberá calificar si, en efecto, las mismas cesaron y fueron reparadas, en aplicación del principio de complementariedad.

La Corte, desde sus primeras sentencias, ha señalado que la primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del artículo 1.1 de la Convención, es la de respetar los derechos y libertades reconocidos en dicho instrumento. De esta forma, el ejercicio de la función pública tiene límites derivados de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. En ese sentido, la protección a los derechos humanos, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.

De este modo, podemos afirmar -sin miedo a equivocarnos- que, las decisiones judiciales

5 Caso "Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 143, y Opinión Consultiva OC-27/21, supra, párr. 48.

se deben configurar como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, ya que de nada sirve que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no podrá acceder a la tutela efectiva del mismo, y así asegurar el eficaz cumplimiento de la transversalización que supone el derecho de acceso a la justicia, entendido como “el derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y a un juicio imparcial, y como elemento fundamental de la protección de los derechos humanos” (Sbdar, 2017:1).

En sentido coincidente, el Tribunal reseñado sostiene que es obligación de los Estados garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Además, el Tribunal recuerda que la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Es de destacar la importante referencia que efectúa el Tribunal sobre la obligación de garantía, la que -a criterio del mencionado- se proyecta más allá de la relación entre los agentes estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, y abarca el deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos.

No está de más mencionar que, el Tribunal en cuestión ha sostenido que la salud es un bien público, cuya protección está a cargo del Estado y éste tiene la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. De esta forma, los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado. La obligación del Estado no se agota en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca a toda y cualquier institución en salud⁶.

En consideración, el Tribunal concluye que el Estado incumplió con su deber de regulación de los servicios de salud a través de la disposición de la Circular No. 7 de 1 de julio de 2005 y, por ende, con sus obligaciones de protección de los derechos. Esta disposición permitió la exclusión de la cobertura del RHD de Martina Vera mediante la decisión de la Isapre MasVida, la cual era necesaria para su adecuado tratamiento médico, más aun considerando su condición de niña con discapacidad. La decisión de la aseguradora privada, resultado del incumplimiento del deber de regulación del Estado, puso en riesgo los derechos a la vida, la vida digna, la integridad personal, la niñez, la salud y la seguridad social, en relación con la obligación de garantizar los derechos sin discriminación y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, en perjuicio de Martina Vera, protegidos por los artículos 4, 5, 19 y 26 de la Convención Americana, en relación con los

6 Caso “Ximenes Lopes Vs. Brasil”. Sentencia de fecha 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 89, y Caso “Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298., párr. 175.

artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento. Asimismo, la existencia de dicha norma constituyó un incumplimiento de las obligaciones de desarrollo progresivo del Estado, en los términos del artículo 26 de la Convención Americana.

No debe pasarse por alto, el especial tratamiento dispensado y reconocido por la Corte a los familiares de las víctimas de violaciones de derechos humanos, lo que pueden ser, a su vez, víctimas. En ese sentido, el Tribunal ha considerado violado el derecho a la integridad psíquica y moral de familiares de víctimas con motivo del sufrimiento adicional que éstos han padecido como producto de las circunstancias particulares de las violaciones perpetradas contra sus seres queridos, y a causa de las posteriores actuaciones u omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos, tomando en cuenta, entre otros, las gestiones realizadas para obtener justicia y la existencia de un estrecho vínculo familiar. Adicionalmente, se ha señalado que la contribución por parte del Estado al crear o agravar la situación de vulnerabilidad de una persona, tiene un impacto significativo en la integridad de quienes la rodean, en especial de familiares cercanos que se ven enfrentados a la incertidumbre e inseguridad generada por la vulneración de su familia nuclear o cercana.

En el caso de *marras*, la Corte advierte que los padres de Martina, Ramiro Vera y Carolina Rojas, experimentaron momentos de importante estrés, dolor y abandono, todo provocado por la incertidumbre que produjo el riesgo en que se encontró su hija tras el anuncio del retiro del RHD, así como por los diferentes procesos ante la Isapre y las instancias que siguieron para lograr el restablecimiento de la hospitalización domiciliaria; y, en consecuencia, concluye que el Estado es responsable por la violación al artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento, en perjuicio de Ramiro Vera Luza y Carolina Rojas Farias.

III. Marco normativo aplicable

En relación a este punto, el Tribunal destaca que el artículo 19 de la Constitución Política de la República, número 9, asegura a todas las personas “el derecho a la protección de la salud”, en los siguientes términos: “El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”.

Esta norma constitucional dio origen a un sistema de seguridad social mixto, que permite la participación de prestadores privados de salud. El Decreto con Fuerza de Ley No. 1 de 2005 (en adelante, D.F.L. No. 1), prevé que el Sistema Nacional de Servicios de Salud está constituido por “las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que laboran en salud coordinadamente, dentro de los marcos fijados por el Ministerio de Salud para el cumplimiento de las normas y planes que éste apruebe”. La participación pública en el sistema de salud se da a través del Fondo Nacional de Salud (Fonasa), en cambio la participación privada se produce por medio de las Instituciones de Salud Previsional (Isapres),

7 Constitución Política de la República de Chile, texto actualizado a octubre de 2010, artículo 19.9.

las cuales están habilitadas para recibir las contribuciones provenientes de las cotizaciones obligatorias de salud. De esta forma, las personas pueden optar por mantenerse en el Fonasa o, bien, pueden afiliarse a una Isapre.

Asimismo, las Isapres financian las prestaciones y beneficios de salud con cargo al aporte de la cotización legal o una superior, convenida a través de un contrato privado con la Isapre, que la persona elija, de plazo indefinido y sujeto a determinadas normas que son vigiladas por la Superintendencia de Salud. La coordinación del sistema se da mediante el Ministerio de Salud y diversos órganos que constituyen el sector de la salud.

A la época de los hechos que motivaron el presente caso, dicha regulación se producía por la Circular No. 7 del 1 de julio de 2005, la cual establecía las condiciones para la procedencia de la hospitalización domiciliaria. En su parte pertinente, esta Circular señala que: "(...) 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 debe tratar de un paciente que esté hospitalizado, sometido a un tratamiento que requiera presencia del médico tratante. El médico tratante debe ser distinto del médico supervisor de la empresa que da el servicio de hospitalización domiciliaria y debe tratarse de un paciente sin Alta, sólo se trata de traslado desde un prestador de la Red, con continuidad de prestaciones como una sustitución de una hospitalización de nivel intermedio y/o intensivo y que la hospitalización no se justifique exclusivamente por la administración de medicamentos. Debe tratarse de patologías que justifiquen la hospitalización domiciliaria y la indicación de la hospitalización domiciliaria y su duración debe ser efectuada por el médico tratante. La Isapre derivará a un servicio de hospitalización domiciliaria señalando la duración de la misma, y considerando para ello la indicación del médico tratante de la RED.

La empresa que preste el servicio de hospitalización domiciliaria, deberá estar acreditada y cumplir con las disposiciones legales y reglamentarias de orden sanitario que sean pertinentes, además de contar con dirección médica responsable y llevar la ficha del paciente. La Isapre está facultada para evaluar periódicamente el cumplimiento de las condiciones que ameritan la Hospitalización Domiciliaria, para efecto de reingreso al hospital, Alta o término por no revestir ya las condiciones que requiere la Hospitalización Domiciliaria señaladas precedentemente. Se excluyen los tratamientos de enfermedades crónicas y tratamientos de antibióticos".

Además de la normativa mencionada, cabe señalar que el artículo 117 del D.F.L. No. 1 prevé que "la Superintendencia, a través del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, quien actuará en calidad de árbitro, resolverá las controversias que surjan entre las instituciones de salud previsional o el Fondo Nacional de Salud y sus cotizantes o beneficiarios, siempre que queden dentro de la esfera de supervigilancia y control que le compete a la Superintendencia, y sin perjuicio de que el afiliado pueda optar por recurrir a la instancia a la que se refiere el artículo 120 o a la justicia ordinaria". Dicho procedimiento de reclamo se encuentra previsto en los artículos 117 a 120 del D.F.L. No.1, y en específico, en la Circular IF/No. 8 del 8 de julio de 2005.

A todo lo señalado se suma que, la Corte destaca que el derecho a la vida juega un papel fundamental en la Convención Americana, por ser el presupuesto esencial para el ejer-

cicio de los demás derechos. En consonancia, cita expresamente que la observancia del artículo 4, relacionado con el artículo 1.1 de la Convención Americana, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva). Por otro lado, la Convención Americana reconoce expresamente el derecho a la integridad personal, física y psíquica, cuya infracción “es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta”⁸.

También conforma el marco normativo sobre el cual se sentaron los argumentos y bases del fallo analizado y comentado, el artículo 26 la Convención Americana, que incorporó en su catálogo de derechos protegidos los denominados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante DESCAs).

La Corte ha reiterado que existen dos tipos de obligaciones que derivan del reconocimiento de los DESCAs: aquellas de exigibilidad inmediata y las de carácter progresivo. Al respecto, la Corte recuerda que, en relación con las primeras, los Estados deberán adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para el derecho a la salud, garantizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, y en general avanzar hacia la plena efectividad de los DESCAs. Respecto a las segundas, la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

De lo expuesto, advertimos palmariamente que el caso que nos ocupa, se encuentra inmerso en las denominadas obligaciones de exigibilidad inmediata.

Respecto al contenido y alcance del Derecho a la Salud, el Tribunal expone que el artículo XI de la Declaración Americana permite identificar este derecho, al referir que toda persona tiene derecho “a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a (...) la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”. De igual manera, el artículo 10 del Protocolo de San Salvador establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público.

También, el marco normativo se compone por la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la cual fue ratificada por Chile el 26 de febrero de 2002. Dicha Convención tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que esta última no se define –exclusivamente– por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva.

En ese sentido, el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que

⁸ Caso “Loayza Tamayo Vs. Perú”. Fondo. Sentencia de fecha 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 57, y Caso “Vicky Hernández y otras Vs. Honduras”, supra, párr. 86.

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. Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado, en su observación número 14, que el concepto del interés superior del niño implica garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención de los Derechos del Niño. Atento a esta última normativa, el Tribunal considera que, en atención al interés superior de la niña, que constituye un mandato de priorización de sus derechos, la mejor forma de cuidar y atender a una niña con discapacidad es dentro de su entorno familiar; lo que en el presente caso resultaba fundamental, tanto desde la perspectiva del derecho a la salud de Martina, como del cumplimiento de la obligación de apoyar a su familia a cargo del cuidado. El mismo cuerpo normativo también establece, en su artículo 24, que: “los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”.

Otra normativa tenida en cuenta por el Tribunal para dictar sentencia ha sido el artículo 19 de la Convención Americana, conforme al cual, el Estado se encuentra obligado a adoptar medidas especiales de protección que resguarden el interés superior del niño y la niña, atendiendo a su situación especial de vulnerabilidad. En ese sentido, este Tribunal ha establecido que los niños y las niñas tienen derechos especiales, a los que corresponden deberes especiales de la familia, de la sociedad y del Estado. De esta forma, debido a que pueden verse afectados en su desarrollo por decisiones de aseguradoras privadas que determinen aspectos relacionados con la atención de su salud, este Tribunal considera pertinente ordenar que el Estado adopte, en un plazo razonable, las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para que la Defensoría de la Niñez tenga conocimiento y participe, de ser necesario, en todos los procesos ante la Superintendencia de Salud, o en los procesos judiciales en los que se pudieran ver afectados los derechos de niños o niñas, por actuaciones de las aseguradoras privadas.

IV. Principio de Complementariedad

En primer lugar, corresponde reiterar que el sistema interamericano comparte con los sistemas nacionales la competencia para garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención, e investigar y en su caso juzgar y sancionar las infracciones que se cometieren; y, en segundo lugar, si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en el que los órganos principales son la Comisión y la Corte. En este sentido, este último tribunal ha indicado que, cuando una cuestión fue resuelta en el orden interno, según las cláusulas de la Convención, no es necesario traerla ante el Tribunal Interamericano para su aprobación o confirmación. Lo anterior se asienta en el principio de complementariedad, que informa transversalmente el sistema interamericano de derechos humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la protección que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

El referido carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana no sustituye a las jurisdic-

ciones nacionales, sino que las complementa⁹. De tal manera, el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, por lo que, si se produce un acto violatorio los mismos, es él quien debe de resolver el asunto a nivel interno y, de ser el caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales. De esa manera, reciente jurisprudencia ha reconocido que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención, tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.

En tal marco, la complementariedad es un límite a la jurisdicción de los organismos internacionales y una salvaguarda de la soberanía de los estados (García Ramírez, 2004:1). De lo anterior se desprende que, en el sistema interamericano, existe un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria); de modo que los criterios de decisión y los mecanismos de protección, tanto los nacionales como los internacionales, puedan ser conformados y adecuados entre sí.

En este sentido, la Corte ha señalado que la responsabilidad estatal bajo la Convención solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un derecho, y de reparar por sus propios medios los daños ocasionados.

En el presente caso, el Tribunal constata que la decisión de la Jueza Árbitro de fecha 19 de abril de 2012 fue que la Isapre, al privar a Martina Vera de la CAEC para su hospitalización domiciliaria, hizo insostenible el mantenimiento de tal prestación en el tiempo, por el estado de salud de la paciente, la tecnología e infraestructura que requiere para seguir con vida, y los costos aparejados; por lo que consideró que, la conclusión de la Isapre de rechazar la CAEC, que incluía el RHD, no encontraba sustento económico y asimismo resultaba contraria al derecho a la vida y a la salud de la niña.

De esta forma y atento el principio mencionado, la Corte debería no solo abstenerse de intervenir cuando evidencie este comportamiento por parte de las autoridades internas, sino reconocer la relevancia de su compromiso con honrar las obligaciones internacionales adquiridas.

V. Análisis del Caso desde la Perspectiva del Derecho de la Niñez

Consideración especial merece el análisis efectuado por el Dr. Ricardo C. Perez Manrique, en su voto concurrente, al brindar una evaluación del caso a la luz del Derecho a la Niñez. En este orden, repasa que Martina es una niña que sufre una enfermedad denominada síndrome de Leigh; la que resulta incapacitante y obliga a asistencia permanente, que se presta en régimen de asistencia domiciliaria. Tan es así que sus dos padres han acondicionado su hogar de manera de que, en ese lugar, Martina reciba el tratamiento adecuado, siempre rodeada de la atención y el cariño de su familia. Destaca que durante las audiencias diligenciadas en el caso, permanentemente sus padres la estuvieron acompañando.

⁹ Caso "Tarazona Arrieta y otros Vs. Perú". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 15 de octubre de 2014. Serie C No. 286, párr. 137, y Caso "Petro Urrego Vs. Colombia", supra, párr. 103.

A criterio del juzgador *ut supra* mencionado, la intervención de la Isapre en el marco de un sistema de salud que actúa en notoria desigualdad con los prestatarios, constituyó una violación de varios derechos de Martina, como se dispone en la sentencia. Ello fue posible por defectos de reglamentación y de fiscalización, imputables al Estado de Chile, que tampoco garantizó la igualdad de armas entre prestador y prestataria, para permitir que Martina y su familia pudieran impugnar y anular la decisión de la Isapre. Tal como se plantea en la resolución judicial, las violaciones a los derechos a la vida, la vida digna, la integridad personal y la salud, y las obligaciones del Estado respecto a ellos, deben interpretarse a la luz del *corpus juris internacional* de protección de las niñas y los niños. El interés superior debe ser el principio rector para interpretar el alcance de la protección especial que debe garantizar el Estado, respecto de las niñas y los niños. Ello se funda en la condición especial de vulnerabilidad que presentan, como sujetos en desarrollo. Así, la Corte ha establecido que la protección de la niñez tiene como objetivo último el desarrollo de la personalidad de las niñas y los niños, y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos.

Como se observa, este voto concurrente se destaca, al resaltar el aspecto fundamental que constituye la consideración de la niña como sujeto de derecho en desarrollo, conjuntamente con la concepción de desarrollo progresivo y la inserción del interés superior de la niña para evaluar el daño a su bienestar; concepción que, según sostiene el magistrado, relaciona el interés superior de la niña con su derecho a ser oída.

Es importante tener presente también la tesis sostenida por el Dr. Ricardo C. Pérez Manrique, al consagrar enfáticamente que: “oír a los niños y las niñas no solo implica tomar sus declaraciones en cuenta, sino (...) juzgar con una perspectiva generacional que considere y contemple sus características, vulnerabilidades y necesidades como sujeto en desarrollo”.

Para un correcto análisis de lo señalado, debe recurrirse al artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y a la Observación General Número 14 del Comité de Derechos del Niño. En este marco, el sentenciante refiere que el interés superior del niño es un concepto que abarca tres aspectos: un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental, y una norma de procedimiento. Por lo tanto, debe ser el centro de todas las decisiones del Estado que afecten la salud y el desarrollo de las niñas y los niños.

En relación al presente caso, el Estado también es responsable en las hipótesis en que delegue la protección de alguno de los derechos en agentes no estatales. La Corte asimismo plantea que, el ámbito de aplicación del interés superior de la niña y del niño, refiere a los ámbitos judicial, administrativo y legislativo; de forma tal que, el alcance de la obligación estatal sea garantizar que las normas y actos estatales y de terceros, no afecten el derecho de las niñas y niños a gozar del más alto nivel de salud y acceso a tratamientos de enfermedades, cuando ello fuere necesario.

De tal guisa, la definición sustancial y por sí misma del interés superior del niño, en cuanto concepto indeterminado, plantea una dificultad (Pérez Manrique, 2002:81); razón por la cual se recurre a una definición relacional en lo que respecta a los derechos establecidos en la Convención. Es por ese motivo que, el Comité de Derechos del Niño ha

señalado que se trata de un concepto dinámico, que debe evaluarse en cada contexto¹⁰, pero siempre el interés superior de la niña y del niño es esencialmente un mandato de prioridad, encontrándose involucrados derechos de la infancia que, en relación a otros derechos, deben predominar en la aplicación e interpretación del derecho en el caso concreto, prefiriéndose las soluciones que mejor contemplen y, en su caso, amplíen los primeros.

Así, el interés superior del niño es una situación jurídica positiva, que se identifica con aquellas situaciones por las cuales determinadas personas o sectores deben ser preferentemente contemplados en sus derechos, por los operadores jurídicos (Cairolí Martínez, 1996:1). Entonces, el interés superior del niño impone a todo el mundo adulto (instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades legislativas u órganos legislativos, y padres) una consideración especial, que consiste en la protección integral y respetuosa de los derechos de las niñas y los niños como seres en desarrollo. De esa manera, el interés superior del niño es un concepto que si bien debe ser evaluado en cada caso en concreto, abarca todos los derechos de aquél en cuanto es un sujeto de derechos y está vinculado con necesidades psicológicas, educativas, sociales, jurídicas, medio ambientales y de recursos (Lora, 2006:479).

En fin, consideramos relevante destacar el referido voto en cuanto proclama a las niñas y los niños como sujetos de derecho especialmente protegidos por su condición de ser sujetos en desarrollo, y aplica adecuadamente el principio del interés superior de la niña y del niño, tanto para el análisis del caso como para el establecimiento de reparaciones que no sean solo adulto céntricas, sino que también tengan perspectiva generacional.

VI. Reflexión Final

Como colofón del fallo analizado, podemos concluir -sin miedo a equivocarnos- que un Estado no puede pretender eximirse de responsabilidad internacional por vulnerar derechos humanos básicos y elementales de todo ordenamiento jurídico, bajo la mera manifestación que el objeto del litigio se tornó abstracto atento su posterior reparación, ya que previamente, es necesario corroborar si la misma fue integral, es decir, contemplando todas las consecuencias indemnizables.

Además, es importante destacar el expreso mandato de Responsabilidad Social Empresaria que contempla la resolución bajo análisis, al sostener: "(...)en este marco de acción, los Estados deben impulsar que las empresas incorporen prácticas de buen gobierno corporativo con enfoque *stakeholder* (interesado o parte interesada), que supongan acciones dirigidas a orientar la actividad empresarial hacia el cumplimiento de las normas y los derechos humanos, incluyendo y promoviendo la participación y compromiso de todos los interesados vinculados, y la reparación de las personas afectadas". Y, continúa sosteniendo: "las empresas deben adoptar, por su cuenta, medidas preventivas para la protección de los derechos humanos de sus trabajadoras y trabajadores, así como aquellas dirigidas a evitar que sus actividades tengan impactos negativos en las comunidades en que se desarrollen o en el medio ambiente"¹¹.

10 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) CRC/C/GC/14.

11 Caso "De los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras", supra, párr. 51, y Comité Jurídico Interamericano. Guía de Principios sobre Responsabilidad Social de las Empresas en el Campo de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en las Américas, supra, punto a.

En ese sentido, es incuestionable y queda claro que el Estado ha estado en falta porque, de haber sido diferentes o menores sus posibilidades de espacio social y familiar, la omisión estatal podría haber sido fatal, lo que pone de relieve una selectividad grave en la prestación y en la protección de los derechos de la niña.

Finalmente, podemos advertir que los Derechos Humanos son interdependientes e indivisibles debido a que los derechos civiles y políticos se encuentran entrelazados con los económicos, sociales, culturales y ambientales, resultando inescindibles entre sí.

Referencias bibliográficas

- Cairolí Martínez, Milton. Reflexiones sobre la Ley de Seguridad Ciudadana, Ed. Universidad, Montevideo, 1996.
- García Ramírez, Sergio. El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, [S.l.], jan. 2004. ISSN 2448-7872.
- Lora, Laura N. Discurso jurídico sobre El interés superior del niño. En: Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios. Ediciones Suarez, Mar del Plata, 2006, pp. 479-488.
- Pérez Manrique, Ricardo. El interés superior del Niño en Revista Uruguaya de Derecho de Familia, N° 16, 2002, p. 81 y ss.
- Sbdar, C. La transversalización de la perspectiva de género: un enfoque necesario. Revista La Ley, 2017, año LXXXI N° 112.