

DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS:
ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA
DE LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS
EN CASO VERA ROJAS Y OTROS VS. CHILE

HUMAN RIGHTS AND BUSINESS:
SPECIAL REFERENCE TO THE JUDGMENT
OF THE INTER-AMERICAN COURT
OF HUMAN RIGHTS IN THE CASE
OF VERA ROJAS AND OTHERS VS. CHILE

*María Lorena Rossel Castagneto**

RESUMEN: El presente trabajo analiza el fallo de la Corte Interamericana de Derechos humanos, denominado caso Vera Rojas y otros vs. Chile, que condena a Chile por vulnerar derechos contenidos en la Convención Americana en contra de Martina Vera Rojas y su familia.

El fallo que se comentará establece la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos, en especial, cuando las empresas se encargan de la realización y concreción de dichos derechos, como el derecho a la salud y la responsabilidad del Estado de Chile de regular y fiscalizar estas empresas, de modo de evitar que la acción de privados lesione o ponga en peligro la realización del derecho a la salud y el derecho a la seguridad social, como en el caso de Martina Vera Rojas y su familia.

PALABRAS CLAVES: derechos humanos, empresas, derecho de niños y niñas con discapacidad.

ABSTRACT: This paper analyzes the ruling of the Inter-American Court of Human Rights, called the Vera Rojas *et al.* vs. Chile case, which condemns Chile

* Abogada. Doctora en Derecho. Académica investigadora, Facultad de Derecho, Universidad de las Américas, Chile. Correo electrónico: mrossel@udla.cl

for violating rights contained in the American Convention against Martina Vera Rojas and her family.

The ruling that will be analyzed also establishes the obligation of companies to respect human rights, especially when they are in charge of the realization and concretion of essential rights, such as the right to health and the responsibility of the Chilean state to regulate and supervise these companies, in order to prevent private action from harming or endangering the realization of the right to health and the right to social security, as in the case of Martina Vera Rojas and her family.

KEYWORDS: human rights, companies, rights of children with disabilities.

INTRODUCCIÓN

La Constitución chilena reconoce a todas las personas el derecho a la protección de la salud y el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación del individuo, sin embargo, la reciente condena a Chile por la Corte Interamericana de Derechos Humanos da cuenta de la necesidad del Estado de revisar las normas internas que dan efectividad a estos derechos.

Chile cuenta con un sistema mixto de salud, en parte cubierto por el Estado a través de FONASA y, en parte, cubierto por aseguradoras privadas, instituciones de salud previsual o ISAPRES. De tal manera, las personas pueden escoger libremente el sistema de salud, personas que sufren enfermedades crónicas o catastróficas suelen preferir el sistema privado en cuanto este le ofrece una mejor cobertura, en centros privados de salud, gracias a seguros complementarios o cobertura adicional para enfermedades catastróficas CAEC. A todo ello es importante tener presente que Chile es uno de los países de la OCDE que menos invierte en salud (7,7 % de su PIB, contando con 2,2 camas por cada mil habitantes, mientras que las recomendaciones de la OCDE es que los Estados inviertan al menos 9,3 % del PIB y cuenten con al menos 4,9 camas por cada mil habitantes), por lo que las personas que requieren prestaciones de salud permanente por lo motivos antes indicados optan por el sistema de salud privado.

En Chile solo en un año pueden recibir hospitalización domiciliaria más de tres mil¹ personas, de las cuales el 60 % son adultos y el 40 % son niños. Si bien la hospitalización domiciliaria es una alternativa viable y efectiva fren-

¹ ROJAS-GOLDSACK *et al.* (2023), pp. 532-533.

te a la escasez de camas, y como posibilidad para mejorar la atención y la calidad de vida e intimidad y bienestar de las personas que necesitan cuidados especiales, las ISAPRES pueden rechazar esta alternativa en virtud de las facultades que le otorga la normativa chilena.

En un caso reciente (Vera Rojas y familia vs. Chile), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) condenó a Chile (caso Vera Rojas y familia vs. Chile), ya que consideró que Chile había vulnerado la Convención Americana, en especial, el derecho a la vida, vida digna, integridad personal, niñez, la salud y la seguridad social, entre otros.

Este fallo constituye un gran avance en la realización de los derechos sociales, pero también, en constatar las obligaciones del Estado de fiscalizar a las empresas privadas que deben prestar esta cobertura como, asimismo, las obligaciones de las empresas de respetar los derechos fundamentales de las personas, sobre todo cuando su labor incida en ámbitos tan esenciales como el derecho a la salud y a la seguridad social.

En el presente artículo se analizará el fallo y las consecuencias que acarrea para la realización de estos derechos, en particular para las empresas que realizan una función social en el ámbito de la salud y la seguridad social.

I. EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

Tradicionalmente el derecho internacional ha sido un ámbito reservado a los Estados, como sujetos primarios y plenos de derechos internacional, cada vez adopta más fuerza la idea de que los derechos fundamentales también constituyen obligaciones para entes no estatales, organizaciones no gubernamentales y empresas². Estas últimas, las empresas, pueden ejercer un impacto en la realización de derechos fundamentales y, en ese sentido, desde hace más de una década organizaciones internacionales han aportado lineamientos y declaraciones internacionales, que imponen obligaciones concretas a las empresas en este ámbito.

Las Directrices Generales para Empresas Multinacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE); la Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y Política Social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); y Principios Rectores sobre Empresas y Derechos humanos de las Naciones Unidas (ONU), reflexionan sobre el papel de la empresas en la realización de los derechos fundamentales, y ofrecen orientaciones de política social a los Estados.

² BILCHITZ (2010), pp. 209-2010.

En 2005, la Comisión de Derechos humanos de las Naciones Unidas, pidió al secretario general que designara un representante sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, por un periodo inicial de dos años, que luego fue extendido y que dio como resultado la elaboración de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en adelante, Principios rectores), que aporta una normativa internacional para prevenir y abordar las repercusiones negativas sobre los derechos fundamentales que pueden tener las actividades empresariales³.

Como señala este instrumento, que se aplica a los Estados, empresas transnacionales y empresas en general, los principios rectores se basan en tres pilares: el deber de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y libertades fundamentales; el papel de las empresas como órganos especializados que deben respetar las leyes y los derechos fundamentales y el acceso a mecanismos de reparación.

En un comienzo se interpretaron estos lineamientos como las obligaciones de las empresas de respetar los derechos humanos, sin embargo, cada vez adopta más fuerza la idea de que las empresas no solo tienen obligaciones negativas, sino que tienen obligaciones concretas en el ámbito de la protección e, incluso, en la realización de los derechos fundamentales.

En el contexto interamericano, cabe mencionar el Informe Empresas y Derechos Humanos: estándares interamericanos, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2019 y que impone a los Estados la obligación de diligencia debida en lo relativo a los derechos esenciales y empresas, en el sentido de contar con mecanismos de prevención, fiscalización, supervisión y monitoreo de dichos derechos en el marco de actividades empresariales, entre otros. Si bien este instrumento tiene el carácter de recomendaciones a los Estados en ámbito de empresas y derechos humanos, la Corte IDH ha impuesto obligaciones a los Estados, relacionando estos instrumentos de *soft law* con instrumentos vinculantes como la Convención Americana.

En este sentido la Corte IDH resolvió en caso de los buzos Miskitos (Lemmoth Morris y otros) vs. Honduras, sentencia de 31 de agosto de 2021, que los Estados tienen el deber de prevenir las violaciones a los derechos humanos que pudieran provocar las empresas privadas, de manera de prevenir dichas violaciones, investigarlas, castigarlas y reparar a las víctimas de tales violaciones. Dichas obligaciones de garantía y deber de adoptar disposiciones de carácter interno, derivan de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Agrega la Corte que ello implica el deber de los Estados:

³ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (2023).

“de adoptar medidas destinadas a que las empresas cuenten con: a) políticas apropiadas para la protección de los derechos humanos; b) procesos de diligencia debida para la identificación, prevención y corrección de violaciones a los derechos humanos, así como para garantizar el trabajo digno y decente; y c) procesos que permitan a la empresa reparar las violaciones a derechos humanos que ocurran con motivo de las actividades que realicen, especialmente cuando estas afectan a personas que viven en situación de pobreza o pertenecen a grupos en situación de vulnerabilidad”⁴.

Del mismo modo, señala que de conformidad al artículo 25 de la Convención Americana, los Estados tienen el deber de garantizar mecanismos judiciales o extrajudiciales, eficaces para remediar violaciones a los derechos humanos. De esta manera impone a los Estados la obligación de “eliminar las barreras legales y administrativas existentes que limiten el acceso a la justicia, y adopten aquellas destinadas a lograr su efectividad”⁵.

A continuación, se analizará el reciente fallo de la Corte IDH que condena a Chile por no fiscalizar de manera adecuada a las empresas encargadas de otorgar hospitalización domiciliaria, lo que constituyó una violación a la Convención Americana y, en consecuencia, generó responsabilidad internacional para Chile.

II. ANÁLISIS DEL CASO VERA ROJAS Y OTROS VS. CHILE

1. Contexto del caso Vera Rojas vs. Chile, octubre de 2021

Cuando el caso fue elevado ante la Corte, Martina Vera Rojas, una niña que padece el síndrome de Leigh –patología mitocondrial y neurodegenerativa que produce una pérdida aguda de habilidades psicomotoras– se le había negado hospitalización domiciliaria por parte de la ISAPRE, ante lo cual su familia había interpuesto varias acciones para lograr dicha cobertura. Como señala el fallo, debido a su enfermedad –afectación multisistémica–, Martina tiene afectadas sus capacidades cognitivas, sus funciones motoras, sus extremidades se ven atrofiadas, tiene rigidez auditiva y escasa capacidad auditiva y de contacto social, entre otras afectaciones a sus capacidades físicas y mentales, incluidos episodios de epilepsia. Debido a ello, ha requerido de una constante atención médica multidisciplinaria y una terapia de rehabilitación. Estos tratamientos, aunque

⁴ CORTE IDH (2021), par. 49.

⁵ *Op. cit.*, par. 50.

no sean curativos, permiten prolongar la vida de Martina, retrasando el proceso degenerativo de la enfermedad.

En este escenario, los padres de Martina contrataron un seguro de salud con una cobertura especial para enfermedades catastróficas, por lo que pudo ser sometida a un régimen de hospitalización domiciliaria desde el 28 de noviembre de 2007, que le permitiera tener la atención médica para su enfermedad. Sin embargo, en 2010, la ISAPRE comunicó que, a partir de la nueva normativa, no seguiría cubriendo la hospitalización domiciliaria. Asimismo, se le informó que, en caso de que experimentara complicaciones médicas que requieran internación hospitalaria, estas serían atendidas en el hospital de Arica. Sin embargo, los centros de salud de Arica, no ofrecían las condiciones necesarias para que pudiera ser atendida, lo que obligaba a la familia a trasladarse grandes distancias para poder optar a dicha atención.

Ante esa comunicación, el padre de la niña presentó un reclamo en la Superintendencia de Salud, la cual envió los antecedentes a la ISAPRE, la que, a su vez, negó el reclamo. La familia de Martina presentó un recurso de protección, que fue resuelto en última instancia por la Corte Suprema de Justicia, rechazando el mismo. En razón de esta decisión, los padres, a través de un fondo de la empresa donde trabajaba Ramiro Vera, cubrieron el costo de la hospitalización domiciliaria.

A pesar de que la Superintendencia de Salud, mediante resolución de 27 de agosto de 2012 ordenó el restablecimiento del régimen de hospitalización domiciliaria para la niña, durante todo el tiempo en que se otorgó la cobertura los padres interpusieron varios reclamos en contra la ISAPRE, ya que los trabajadores de la empresa encargada de brindar el servicio de salud no se encontraban disponibles y los insumos mensuales para la atención de Martina se retrasan, además, la inconformidad respecto de la ausencia de visita de un fonoaudiólogo orientado a deglución, o la denuncia respecto de la falta de medicamentos, la existencia de ventiladores sin mantenimiento, la falta de comunicación con la empresa a cargo o la falta de especialistas. Asimismo, el padre de Martina denunció ante la Comisión Interamericana una comunicación de la ISAPRE en que le informaba que “la Isapre está facultada para evaluar periódicamente el cumplimiento de las condiciones que ameritan la hospitalización domiciliaria”, lo que generaba en la familia sensación de inseguridad y temor a que la cobertura le fuera rechazada de nuevo.

Frente a todos estos antecedentes, la Corte IDH debió resolver si el Estado incumplió su obligación de garantizar el derecho a la vida, la vida digna, la integridad personal, la niñez, la salud y la seguridad social y prohibición de discriminación de Martina Vera Rojas. La Corte también analizó si en particular el Estado incumplió su deber de regulación y fiscalización de los servicios de salud, respecto de la ISAPRE.

En el presente artículo solo se analizará la responsabilidad de las empresas en la realización de los derechos fundamentales.

3. *Derechos involucrados* *en caso Vera Rojas y Familia vs. Chile*

La Corte IDH en el presente caso debió determinar una serie de derechos que están relacionados con el caso de Martina como, asimismo, reflexiona sobre el deber del Estado en el reconocimiento, protección y garantía del derecho a la vida, a la salud, a la rehabilitación, derechos de la niñez, pero además de regular, fiscalizar y supervisar los servicios que prestan las aseguradoras privadas y consecuentemente de estas, en la realización de esos derechos. A continuación, se identificarán los estándares internacionales determinados por la Corte en este fallo.

1. La obligación del Estado de regular, fiscalizar y supervisar los servicios de las aseguradoras privadas

Como ha señalado la Corte en reiterados fallos, la primera obligación de los Estados parte que emana del artículo 1.1 de la Convención Americana es la de “respetar los derechos y libertades” consagradas en dicho instrumento. Pero el Estado tiene la obligación de

“garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a todo individuo, sujeto a su jurisdicción y prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos”.

Sin embargo, la Corte IDH reconoce que la responsabilidad del Estado respecto de las acciones de terceros no es una responsabilidad ilimitada, sino un asunto que debe ser determinado de acuerdo con las circunstancias del caso y la concreción de las obligaciones que el estado debe garantizar⁶.

A continuación, la Corte enumera las obligaciones de las empresas en el marco de los “Principios Rectores sobre Empresa y Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’ ” destacando los tres pilares que contienen estas normas⁷:

- I. El deber del Estado de proteger los derechos humanos
 - Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar

⁶ CORTE IDH (2021), par. 83.

⁷ *Op. cit.*, par. 84.

esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.

- Los Estados deben enunciar claramente qué se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades.

II. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos.

Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación.

La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos, que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas:

- a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan;
 - b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso, cuando no hayan contribuido a generarlos.
- La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se aplica a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. Sin embargo, la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos.
 - Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber:
 - a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos;

- b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos;
- c) Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar.

III. El acceso a mecanismos de reparación

Como parte de su deber de protección contra las violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces.

De lo anterior se desprende que los Estados, en el marco de sus obligaciones internacionales, tienen el deber de prevenir las violaciones a los derechos humanos provocadas por las empresas privadas, y en el caso que curran deben investigar, remediar, castigar y reparar dichas violaciones cuando ocurran (par. 85).

Del mismo modo expresa que para conseguir los fines propuestos los Estados deben adoptar medidas para que las empresas:

- a) cuenten con políticas de protección de los derechos humanos;
- b) procesos de diligencia debida para la identificación, prevención y corrección de violación a los derechos humanos;
- c) procesos que permitan a las empresas reparar violaciones a derechos humanos que ocurran con ocasión de su labor, en especial cuando afecte a personas en situación de pobreza o grupos especialmente vulnerables.

En lo relativo a las empresas, señala que ellas son las primeras en tener un comportamiento responsable en las actividades que realizan por cuanto su actividad es indispensable en el respeto y vigencia de los derechos fundamentales. De este modo, las empresas deben adoptar medidas preventivas para la protección de los derechos humanos de sus trabajadores, así como aquellas que tengan repercusiones negativas en las comunidades en que se desarrollen o en el ambiente. Agrega que ello no implica una obligación de resultado, sino que realicen evaluaciones continuas respecto del riesgo que su actividad puede tener en los derechos humanos y adoptar medidas que mitiguen los riesgos causados por sus actividades, en consideración a sus recursos y posibilidades, así como mecanismos de rendición de cuentas respecto de los daños producidos. Indica que esas obligaciones deben ser adoptadas por las empresas, pero

regulada por el Estado, tal como lo había señalado en el caso Buzos Miskitos (Lemonth Morris y otros) vs Honduras⁸.

Las empresas que otorgan prestaciones de salud, en la medida que contribuyen a realizar derechos humanos cuya protección está a cargo del Estado, este tiene la obligación de regular y fiscalizar toda asistencia de salud prestada por estas entidades, en particular cuando lo que está en juego es el derecho a la vida y la integridad personal de los usuarios del sistema, de modo que, declara, que la obligación del Estado no se agota en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud⁹.

La Corte recuerda que el Estado de Chile ha delegado la garantía del derecho a la salud en instituciones privadas, como las ISAPRES, las que pueden administrar cotizaciones obligatorias de salud, financiando con ello la prestación de salud y el pago de las licencias médicas. Por todo el Estado está obligado a regular y fiscalizar sus acciones, por cuanto las actividades que realizan estas entidades pueden implicar riesgos para la salud de las personas e, incluso, comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

“Esto es así porque, en situaciones como la presente, la institución privada, aunque realice una función de aseguramiento, actúa en la esfera de un servicio de naturaleza pública, ejerciendo atribuciones inherentes al poder público, como lo es la atención a la salud”¹⁰.

Asimismo, de conformidad al artículo 25 de la Convención Americana, los Estados deben garantizar la existencia de mecanismos judiciales o extra-judiciales eficaces para remediar las violaciones a los derechos humanos, en especial, tratándose de personas que pertenecen a grupos en situación de vulnerabilidad. En este sentido, los Estados deben eliminar las barreras administrativas y legales que limiten el acceso a la justicia por circunstancias culturales, sociales, físicas o financieras en especial si se trata de personas pertenecientes a colectivos vulnerables¹¹.

2. Derecho a la vida en relación con la obligación de regular y fiscalizar los servicios de salud

Por otra parte, la Corte reconoce la obligación del Estado de regular y fiscalizar los servicios de salud, por cuanto el artículo 4 en relación con el artículo 1.1 de la Convención americana no solo implica para los Estados evitar que las personas sean privadas arbitrariamente de su vida (obligación negativa), sino la

⁸ CORTE IDH (2021), par. 88.

⁹ *Op. cit.*, par. 89.

¹⁰ *Op. cit.*, par. 92.

¹¹ *Op. cit.*, par. 87.

obligación adoptar todas las medidas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), como parte del deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas sus personas bajo su jurisdicción¹².

3. Derecho a la integridad personal en relación con la obligación de regular y fiscalizar los servicios de salud

Del mismo modo la Corte determina en el fallo que la integridad personal se relaciona con la atención a la salud humana y que la falta de atención médica podría conllevar la vulneración del artículo 5.1 y supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de la regulación.

4. Derecho a la salud en relación con la obligación de regular y fiscalizar los servicios de salud

La Corte expresa que de los distintos instrumentos que reconocen derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) y que forman parte del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos imponen obligaciones de exigibilidad inmediata y obligaciones de carácter progresivo. Respecto de 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 DESCAs¹³.”

Respecto de las obligaciones de carácter progresivo implica que los Estados partes tienen la obligación concreta de avanzar hacia la plena efectividad de dichos derechos, en la medida de sus recursos, por la vía legislativa o por cualquier otro medio apropiado, e impone la obligación de *no regresividad* frente a la realización de los derechos alcanzados.

Luego de recordar que el derecho a la salud está reconocido en numerosos instrumentos internacionales tales como la Carta de la OEA, la Declaración Americana de Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador y la propia Constitución chilena, señala que este derecho se traduce en el deber del Estado de asegurar el acceso de las personas al servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población y abarca, en consecuencia, la atención de salud oportuna y apropiada conforme a los principios

¹² CORTE IDH (2021), par. 93.

¹³ *Op. cit.*, par. 96.

de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, teniendo en especial consideración al cuidado de los grupos vulnerables¹⁴.

5. Derechos de las personas con discapacidad en relación con la obligación de regular y fiscalizar los servicios de salud

La Corte interpreta el artículo 1.1 de la Convención Americana que prohíbe cualquier tipo de discriminación, e impone obligaciones al Estado a no disminuir o restringir de manera discriminatoria los derechos de una persona debido a su discapacidad.

Por su parte, la Corte expresa que de conformidad a la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra Personas con Discapacidad que se refiere a las barreras o limitaciones que socialmente pueden impedir que las personas con discapacidad ejerzan sus derechos de manera efectiva¹⁵.

6. Derechos de la niñez y estándares específicos relativos al derecho a la vida, integridad personal, la salud, la niñez y las personas con discapacidad, en relación con la obligación de regular y fiscalizar los servicios de salud

En distintos pronunciamientos y de conformidad con el artículo 19 de la Convención Americana el tribunal ha reafirmado el deber del Estado de promover medidas especiales de protección orientadas al principio del interés superior del niño, consagrado en el *corpus iuris* de derecho internacional de los derechos del niño y en particular en el artículo 3.1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño. En lo relativo al derecho a la salud, y como lo ha señalado el Comité de Derechos del Niño, el principio del interés superior del niño implica para el Estado revisar el entorno normativo y enmendar las leyes y políticas públicas para garantizar este derecho y es responsable, incluso cuando delega su realización en agentes no estatales. Así, el Estado debe garantizar que las normas y actos estatales no afecte el derecho de los niños a gozar el más alto nivel de salud y acceso a tratamiento de enfermedades, y que este derecho no se vea afectado por la intervención de particulares¹⁶.

En lo relativo a los estándares específicos, la Corte determina que los Estados tienen la obligación de garantizar:

- Los tratamientos de rehabilitación por discapacidad y los cuidados paliativos como servicios esenciales respecto de la salud infantil y de

¹⁴ CORTE IDH (2021), par. 97 y ss.

¹⁵ *Op. cit.*, párrs. 101-102.

¹⁶ *Op. cit.*, párrs. 103-108.

conformidad a los estándares de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad;

- Respecto de la accesibilidad, en la medida de lo posible los tratamientos de rehabilitación y cuidados paliativos, deben privilegiar la atención domiciliaria o en un lugar cercano al domicilio, con equipo interdisciplinario de apoyo al niño y a su familia;
- Respecto del acceso a la información, en relación con la accesibilidad en la atención de salud, los niños, su familia y cuidadores deben tener acceso a la información relacionada con enfermedades o discapacidades que sufran, incluidas causas, cuidados y pronósticos relativo al tratamiento del niño.

7. Derecho a la seguridad social en relación con la obligación de regular y fiscalizar los servicios de salud

Respecto a la seguridad social, la Corte expresa que el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social están íntimamente relacionados e imponen a los Estados obligaciones que dicen relación con asegurar que las personas no sean sometidas a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura existente, ya sea que provengan del sector público o privado. Asimismo, este derecho requiere de la existencia de un sistema que se estructure y funcione bajo principios de disponibilidad y accesibilidad, que abarque la atención de salud y la discapacidad y que tenga un nivel suficiente en importe y duración¹⁷.

La Corte pone énfasis en el hecho que este derecho está reconocido en una serie de tratados internacionales tales como, la Carta de la OEA, Convención Americana, Declaración Americana, Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, pero sobre todo en el hecho de que el derecho a la seguridad social se encuentra consagrado por la Constitución chilena que en el artículo 19 número 18, señala:

“la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias. El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social”¹⁸.

4. Sentencia

En el presente fallo la Corte resolvió que el Estado de Chile es responsable por la violación de los derechos a la vida, la vida digna, la integridad personal, la

¹⁷ CORTE IDH (2021), par. 114.

¹⁸ *Op. cit.*, par. 118.

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, establecidos en los artículos 4.1, 5.1, 19 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Martina Vera Rojas.

También se declara que el Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal, reconocido en el artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la obligación garantizar dicho derecho, consagrada en el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Carolina Andrea del Pilar Rojas Farias y Ramiro Álvaro Vera Luza.

Por último, condena a Chile a una serie de medidas de reparación y satisfacción, tales como obligaciones del Estado relativas a garantizar tratamiento médico a Martina Vera Rojas y su familia, obligaciones de publicidad, que tienen relación con la publicación del fallo, obligaciones legislativas, que tienen relación con garantizar que la defensoría de la niñez participe en procesos judiciales en los que niños y niñas vean afectados sus derechos por las actuaciones de aseguradoras privadas, entre otras.

III. OBLIGACIONES PARA LA EMPRESAS EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES

Luego de la dictación del fallo por parte de la CIDH cabe preguntarse cuáles son las obligaciones concretas de las empresas en lo relativo a la realización de derechos fundamentales. En efecto, durante las últimas décadas se ha avanzado hacia la determinación de ciertas obligaciones de las empresas y entes no estatales en lo relativo a los derechos fundamentales. Sin embargo, ello no significa que las empresas puedan substituir al Estado en la protección de los derechos fundamentales, pues es el Estado el primer ente encargado de su realización.

En el razonamiento de la Corte IDH, el deber de las empresas es de abstenerse de violar los derechos humanos y responder frente a las consecuencias negativas de sus actos. En este sentido la Corte exige a las empresas que eviten que sus actos provoquen la lesión de un de los derechos fundamentales de las personas, que, en caso de lesionarlos, reparen las consecuencias negativas de sus actos y que traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas de sus actos.

Del mismo modo, al examinar el caso de Martina y la responsabilidad de la empresa, la Corte toma en especial consideración el hecho de que Martina es una niña con discapacidad, la que la hace más vulnerable a sufrir la violación de sus derechos. La Corte en sus fallos ha considerado la especial situa-

ción de ciertos grupos o colectivos vulnerables, esto es, aquellos que están más expuestos a sufrir la lesión de sus derechos fundamentales, en atención a pertenecer a lo que la Corte denomina “categoría sospechosa” como ocurre con las niñas, niños, niñas y adolescentes con discapacidad, niños, niñas y adolescentes migrantes o pertenecientes a pueblos originarios o a colectivos LGBTIQ+, por mencionar algunos. En el caso *Atala Riffo vs. Chile*, por mencionar uno de los casos en los que la Corte ha utilizado el término de “categoría sospechosa”, el tribunal ha llamado a los Estados a estar especialmente pendiente de estos colectivos, en el sentido de que:

“la eventual restricción de sus derechos exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio”¹⁹.

En el caso en estudio, la ISAPRE incumplió estas obligaciones, ya que al adoptar la decisión de excluir el régimen de hospitalización domiciliaria estaba poniendo en riesgo la salud, la integridad personal y la propia vida de Martina, y obligaba a su familia a continuar con un tratamiento médico en condiciones inadecuadas afectando las posibilidades de una existencia digna, tomando en consideración su condición de niña con discapacidad²⁰.

La Corte señala que la aseguradora conocía el riesgo que existía para Martina en caso de privarla de la hospitalización domiciliaria, por cuanto se había emitido un peritaje médico (Dr. Vargas) que concluía que la terapia de asistencia clínica en domicilio era fundamental para el bienestar de la menor. Del mismo modo, otro peritaje (Dr. Darrigrande) había determinado que en caso de privar a Martina de la hospitalización domiciliaria sus expectativas y condiciones de vida se verían seriamente deterioradas por cuanto la exponía a sufrir otras enfermedades. Estos antecedentes permiten concluir a la Corte que la acción de la aseguradora de retirar el régimen de hospitalización domiciliaria ponía en peligro el requisito de accesibilidad de la atención de salud.

Del mismo modo, el tribunal expresa que el actuar de la ISAPRE pone en riesgo la aceptabilidad de los servicios de salud, por cuanto Martina se hubiera visto obligada a trasladarse para recibir tratamiento médico que requería, tomando en consideración la condición de niña con discapacidad, circunstancias que debieron hacer que la empresa priorizara sus derechos.

En este mismo sentido, la aseguradora también falta al principio de la calidad en la atención de salud, pues al negarle la hospitalización domiciliaria,

¹⁹ CORTE IDH (2012), par. 125.

²⁰ CORTE IDH (2021), par. 130.

la familia se hubiera visto obligada a trasladarla a los centros de salud de Arica, los que no contaban con las condiciones adecuadas respecto de los cuidados paliativos y de rehabilitación que necesitaba, constituyendo un riesgo para la salud, la integridad y la propia vida de la niña²¹.

Del mismo modo, la Corte entiende que la obligación del Estado respecto de las actividades de antes no estatales no es ilimitada, sino que debe determinarse de acuerdo con las circunstancias del caso y las obligaciones que el Estado ha asumido.

En este sentido la Corte decretó que el Estado de Chile había faltado al deber de regular y fiscalizar los servicios de las aseguradoras privadas, por cuanto la circular número 7, en la que se fundó la aseguradora para privar a Martina de la hospitalización domiciliaria, permitía la exclusión de las enfermedades crónicas, dándole a las aseguradoras un amplio margen de discrecionalidad respecto de las enfermedades calificadas como tales. La Corte precisó que la ambigüedad de la disposición plantea un problema de previsibilidad y claridad para los contratantes del CAEC (Cobertura Adicional Enfermedades Catastróficas). Pero la Corte va más allá al señalar que el establecimiento de este tipo de disposiciones tan amplias y ambiguas ponía en peligro para los derechos humanos, por cuanto, le entrega a las aseguradoras el poder de restringir el acceso a tratamientos médicos que podrían ser fundamentales para la salud, la integridad y la vida de las personas y, en especial, de niños y niñas con discapacidad que, como se señaló, son circunstancias que los hace especialmente vulnerables y dignos de una protección adicional²².

Por lo anterior, la Corte expresa que este tipo de disposiciones –las de la circular número 7– eran arbitrarias respecto de los derechos a la salud, a la niñez, a la integridad personal y a la vida, por cuanto solo consideraban circunstancias relativas a la duración y progresión de la enfermedad, a pesar de que este tipo de enfermedades se encuentran cubiertas por una cobertura adicional que precisamente están previstos para gastos de atención médica de enfermedades graves y de alto costo necesaria para la salud. Por su parte, la referida circular no consideraba las necesidades de atención médica de personas con enfermedades graves como en el caso de Martina, que, en su condición de niña con discapacidad, requiere de una protección adicional²³.

También en el fallo la Corte detalla que el actuar del Estado, vulnera el derecho a la seguridad social, ya que los Estados están obligados a organizar su sistema de salud de tal modo de que todas las personas puedan acceder a servicios de salud adecuados, lo que incluye acceso a medidas preventivas y curativas y

²¹ CORTE IDH (2021), par. 132.

²² *Op. cit.*, párrs. 125-126.

²³ *Op. cit.*, par. 127.

el apoyo suficiente a personas con discapacidad. La circular número 7 afectaba el derecho a la seguridad social, en cuanto permitía que la ISAPRE adoptara una decisión arbitraria y discriminatoria del acceso a la salud de Martina. Asimismo, tomando en consideración que la referida circular contenía una regresión de derechos, en relación con la circular anterior, que no contenía una cláusula de esa naturaleza. La Corte advierte que esto constituye una violación al artículo 26 de la Convención Americana, en cuanto la referida circular número 7 contenía la posibilidad de excluir enfermedades crónicas del régimen de hospitalización domiciliaria, lo que constituía una medida regresiva, contraria a las obligaciones del Estado en lo relativo a los derechos económicos sociales y culturales²⁴.

Por tanto, el Estado faltó a su deber de regular los servicios de salud, al dictar la circular número 7, que trajo como consecuencia la exclusión de la cobertura por parte de la aseguradora, poniendo en riesgo el derecho a la vida, a la vida digna, a la integridad personal, a la salud, a la niñez y la seguridad social de Martina en relación con la obligación de garantizar los derechos sin discriminación y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno como, asimismo, obligaciones de desarrollo progresivo de dichos derechos, respecto de Martina.

Del mismo modo, la Corte estimó que la privación de estos derechos respecto de Martina dio lugar a un sufrimiento adicional a sus padres y a la familia de Martina como, asimismo, las omisiones de las autoridades estatales frente a los hechos, tomando en cuenta las gestiones realizadas para obtener justicia y la existencia de un estrecho vínculo familiar. Toda esta situación generó en el padre de la niña un cuadro crónico de ansiedad moderada y síntomas de estrés postraumático crónico y en la madre reacciones alérgicas y síntomas de estrés postraumático asociados a la privación de derechos sufrida. Así, la Corte consideró al Estado responsable de dicho sufrimiento adicional, lo que trajo como consecuencia que la Corte también estableciera una compensación respecto de la familia cercana de Martina.

CONCLUSIÓN

La Constitución chilena y una serie de tratados internacionales ratificados por Chile consagran el derecho a la salud y a la seguridad social. Sin perjuicio de ello, en el reciente fallo *Vera Rojas y familia vs. Chile* la Corte IDH condenó a Chile por haber vulnerado estos derechos que forman parte de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Sin embargo, la importancia del

²⁴ CORTE IDH (2021), parrs. 133-134.

fallo radica en el hecho de que la Corte atribuye la vulneración de estos derechos a las aseguradoras que, a pesar de tratarse de ~~son~~ entes privados, al contribuir a la realización de derechos fundamentales como el derecho a la salud y a la seguridad social, asumen obligaciones que la Corte constató en el presente fallo.

La Corte pone de manifiesto que la responsabilidad del Estado por hechos de terceros no es ilimitada, en consideración a que debe determinarse caso a caso, plantea que el Estado al delegar la realización de los derechos humanos no se desliga de su obligación de cumplimiento, de manera que, frente a un acto violatorio de estos derechos, debe actuar y resolver el asunto en el derecho interno y reparar a las víctimas de tales violaciones.

Pero en el caso en comentario, es más grave la actitud del Estado de Chile por cuanto fue este el que promovió la vulneración de los derechos de Martina y su familia al dictar una normativa discriminatoria y arbitraria, que facultaba a las aseguradoras a privar a personas con enfermedades crónicas de hospitalización domiciliaria, lo que, en el caso de Martina, niña y en situación de discapacidad, constituía un grave peligro para su vida, niñez, salud y seguridad social.

En este sentido llama la atención la deficiente legislación chilena en materia de acciones protectoras de derechos fundamentales. En efecto, frente a la decisión de la ISAPRE, de privar a Martina del régimen de hospitalización domiciliaria, la familia recurrió a la acción de protección que, a pesar de que fue acogida en primera instancia por la Corte de Apelaciones de Concepción, luego fue rechazada por la Corte Suprema, por considerar que la ISAPRE había actuado dentro del marco legal que regulaba esta materia, y que, en consecuencia, su actuar no había sido ilegal ni arbitrario, sin considerar el grave riesgo que significaba para la salud y la vida de la niña el privarla de este beneficio. Si bien la normativa vigente al momento de la dictación del fallo permitía a la ISAPRE limitar este beneficio a pacientes crónicos como Martina, la Corte Suprema debió razonar en torno a la vulneración de los derechos esenciales de la niña y advertir, como lo hizo la Corte de Apelaciones, que resolvió en primera instancia, que dicha normativa era contraria a la Constitución chilena y a los tratados internacionales que imponen obligaciones *erga omnes*. Así, al ponderar el derecho a la vida de Martina frente al derecho de la ISAPRE en la normativa vigente, debió primar el derecho a la vida de la niña. Cabe hacer presente en este punto que el derecho a la tutela judicial efectiva también es un derecho fundamental consagrado por la Convención Americana y, en este caso, resulta evidente que los mecanismos internos fueron insuficientes para proteger derechos tan esenciales.

Del mismo modo, la Corte considera indispensable la intervención de la Defensoría de la Niñez en procesos ante la superintendencia de salud, para garantizar el acceso a la justicia de niños y niñas. Esto pone de manifiesto la

necesidad de reforzar en Chile esta institución que vela la difusión promoción y protección de los derechos niños niñas y adolescentes en Chile, pero que cuenta con recursos humanos y financieros insuficientes para cumplir con tan importante labor.

Respecto de la empresas, si bien ellas no tienen la mismas obligaciones del Estado en la protección y promoción de los derechos fundamentales, la Corte concluyó, como lo había hecho con anterioridad en el caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras, que las empresas tienen responsabilidades en materia de derechos humanos, que tienen relación con abstenerse de violar los derechos fundamentales de terceros y responder frente a las consecuencias negativas que dicha violación provocare.

Pero también la Corte considera que las empresas tienen obligaciones que se relacionan con prevenir o tratar de mitigar las consecuencias negativas de sus actos, lo que constituye un proceso de diligencia debida frente a las posibles violaciones a los derechos humanos relacionados con su actividad. Ello no implica una obligación de resultado, sino la necesidad de prever las consecuencias negativas que podrían tener sus acciones respecto de sus trabajadores o de terceros, lo que implica realizar evaluaciones continuas respecto de los riesgos de sus actividades respecto de los derechos fundamentales y adoptar medidas de mitigación eficaces y proporcionales como, asimismo, obligación de rendición de cuentas sobre los daños producidos. Todas estas actividades de la empresa deben ser reguladas y fiscalizadas por los Estados, en especial cuando se trata de empresas que se encargan de la realización y vigencia de los derechos fundamentales, como el derecho a la salud.

BIBLIOGRAFÍA

- BILCHITZ, David (2010): *El marco Ruggie: ¿una propuesta adecuada para las obligaciones de derechos humanos de las empresas?* Disponible en www.Corteidh.or.cr/tablas/r26672.pdf
- PAZMINO FREIRE, Patricio (2019): "El derecho a la salud y la especial protección de las personas con VIH. Desarrollo jurisprudencial y desafíos del acceso directo, progresividad y la reparación". Disponible en www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/MentalHealth/HIVConsultation/Panellists/Mr.PatricioPazmiñoFreire.pdf
- ROJAS-GOLDSACK, María Francisca; LYNG, Teresita; AGUILERA, Ximena; HERRERA, Javiera; LEIVA, Juan Pablo & MENA, Viviana (2022): "Hospitalización domiciliaria: aspectos conceptuales y su aplicación en el Hospital Padre Hurtado, Santiago de Chile. Descripción de funcionamiento y su rol durante la primera ola de la pandemia COVID-19", *Revista médica de Chile*, vol. 150, n.º 4: pp. 532-540. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872022000400532>

Normas

Constitución Política de la República de Chile.

Jurisprudencia

CORTE IDH (2012): Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas). Disponible en https://Corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

CORTE IDH (2021): Caso Vera Rojas y otros vs. Chile, sentencia de 1 de octubre de 2021 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Disponible en www.Corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_439_esp.pdf

CORTE IDH (2021): Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras, sentencia de 31 de agosto de 2021. Disponible en www.Corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_432_esp.pdf

Otras fuentes

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (2023): “Representante especial del secretario general sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. Disponible en www.ohchr.org/es/special-procedures/wg-business/special-representative-secretary-general-human-rights-and-transnational-corporations-and-other [fecha de consulta: 30 de abril de 2023].