

Derecho a la salud. Prestadores privados. Discapacidad

Corte IDH. Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1° de octubre de 2021. Serie C No. 439

Por Sebastián Smart¹

1. Introducción

El presente trabajo analiza el razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o la Corte) en su sentencia en el caso Vera Rojas vs. Chile, emitida en octubre del año 2021, que interpretó los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad. La Corte se pronunció sobre el derecho a la vida e integridad personal y el derecho a la salud de la niña Martina Vera Rojas, particularmente en relación con la responsabilidad del Estado chileno para regular el sistema privado de salud y la potencial afectación cometida por agentes privados.

Según los hechos del caso, en el año 2011, Martina Vera Rojas, una niña que actualmente habita en la ciudad de Arica y que padece el Síndrome de Leigh –una enfermedad neurológica progresiva– interpuso, junto a su familia, diversas acciones judiciales contra la Isapre Más Vida, una entidad privada de salud. La demanda se basaba en el hecho de que en 2010 la Isapre Más Vida decidió retirar unilateral y arbitrariamente el régimen de hospitalización domiciliaria que la niña requería para el tratamiento de

¹ Abogado (Universidad Católica de Chile). Magister en Derechos Humanos y doctor en Derechos Humanos y Estudios Latinoamericanos (University College of London). Profesor de la Universidad Austral de Chile y funcionario del Instituto Nacional de Derechos Humanos. Este trabajo ha sido financiado por el Fondecyt de Iniciación, Proyecto 11200195.

su enfermedad, así como para los cuidados especiales que pretendía por su condición de niña en situación de discapacidad.

La Corte IDH dictaminó que el Estado debe garantizar la continuidad del tratamiento médico de Martina, así como el que pueda necesitar en el futuro. Se trata de la primera vez que se responsabiliza internacionalmente a un Estado por la decisión realizada por una aseguradora sanitaria, lo que abre un amplio margen de litigio en casos similares. El Tribunal señaló que la decisión de la aseguradora se adoptó en base a una disposición normativa contraria a los derechos humanos, especialmente en lo que se refiere a la obligación de regular los servicios sanitarios prestados por particulares. Además, el Tribunal señaló que, aunque el régimen de hospitalización domiciliaria fue restituido posteriormente a Martina en virtud de un laudo arbitral, el riesgo de afectación de los derechos de la niña continúa hasta el día de hoy.

La decisión de la Corte IDH tiene especial relevancia en el avance de estándares de derechos humanos en, al menos, dos áreas. Por una parte, trata en extenso el derecho a la vida e integridad personal, en su relación con el derecho a la salud (Cabrera y Ayala, 2013; Keener y Vásquez, 2008). Cuestión de especial relevancia en un sistema de salud hiperprivatizado como el chileno (Crispi, Cherla, Vivaldi y Mossialos, 2020). Por otra parte, trata sobre las obligaciones del Estado en la supervisión de agentes privados, en este caso del sistema de Isapres (Gonza, 2017). En este sentido se transforma en un avance concreto del fin policéntrico de los estándares sobre derechos humanos y empresas (Rodríguez-Garavito, 2017). El objetivo de este trabajo es analizar los argumentos utilizados por la Corte IDH en su aplicación de dichos estándares.

Para ello, luego de esta introducción, en la segunda parte se hace un breve resumen procesal de los esfuerzos que llevaron a la familia Vera Rojas a presentar este caso en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En la tercera parte se analiza el desarrollo del derecho a la salud, particularmente en relación con niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad. En la cuarta parte se analizan los estándares aplicados a la fecha por la Corte IDH en materia de derechos humanos y empresas. Por último, a modo de conclusión, se hace una revisión crítica sobre las medidas propuestas por la Corte, así como sobre sus potenciales problemas de implementación.

2. El caso de Martina Vera Rojas

Al momento del fallo de la Corte IDH Martina Vera Rojas tenía 15 años de edad. A los tres meses de vida fue adoptada por Carolina Rojas y por Ramiro Vera y una vez que cumplió un año de edad fue diagnosticada con el Síndrome de Leigh, una patología neurodegenerativa que le generó secuelas neurológicas y musculares. El mismo año en que fue diagnosticada, el padre de Martina contrató con la empresa privada Isapre Más Vida un seguro de salud con una cobertura especial para enfermedades catastróficas, lo que permitió la hospitalización domiciliaria desde el 28 de noviembre de 2007 por medio de la empresa Clinical Service. Tres años después, en octubre de 2010, la Isapre envió una carta al Sr. Vera comunicándole la terminación del servicio de hospitalización domiciliaria, argumentando

que se excluyen de ella los tratamientos de enfermedades crónicas. En este caso, de acuerdo a lo señalado por la Isapre, el prestador de servicios de salud debiera ser el Hospital de Arica.

El mismo día de la notificación de la Isapre, la familia Vera Rojas inició trámites administrativos y judiciales. Primero presentó un reclamo ante la Superintendencia de Salud, que derivó los antecedentes a la Isapre, resultando definitivamente en la negación de la prestación solicitada. En paralelo, la familia presentó un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Concepción, alegando la arbitrariedad e ilegalidad de la decisión de la Isapre. La Corte de Apelaciones resolvió a favor de las pretensiones de la familia Vera Rojas, al señalar que la posibilidad de excluir enfermedades crónicas “no puede incluir aquellas prestaciones que son necesarias para mantener la vida y la salud del paciente, máxime si ello se pondría en riesgo al ser atendido en un establecimiento hospitalario”.²

La Isapre Más Vida apeló a la Corte Suprema, que accedió a sus pretensiones. En el fallo de mayo de 2011, señaló que “la Isapre Más Vida S. A. ha podido legítimamente negar la aplicación del seguro catastrófico, pues ha actuado bajo el amparo de las normas que regulan el otorgamiento de este beneficio excepcional”. Asimismo, consideró que “no le asiste a los recurrentes algún título o derecho para exigir que la mencionada entidad privada de salud otorgue la cobertura requerida si no concurren los supuestos establecidos en la normativa para acceder a ella”. En consecuencia, estableció que “la actuación cuestionada no adolec[ía] de ilegalidad ni arbitrariedad, pues se ha sujetado a la reglamentación vigente”.³

Agotadas las instancias judiciales, la familia formuló una solicitud de arbitraje ante la Superintendencia de Salud. En este caso, la jueza árbitro que conoció del caso resolvió a favor de la reinstalación de la hospitalización domiciliaria para Martina Vera Rojas. Entre los argumentos sostenidos, se encuentra el hecho de que (a) privar a la niña de su hospitalización domiciliaria, y mantenerla solamente con el plan de salud, haría insostenible para sus padres mantener la prestación, y (b) este hecho obligaría a Martina a reingresar al Hospital de Arica, que no tiene la capacidad técnica para acogerla, o (c) hospitalizarla en un prestador fuera de la región, que sería insostenible económicamente tanto para la Isapre como para los padres; (d) por último, la decisión de la Isapre resulta contraria al derecho a la vida y a la salud.⁴

Los recursos de reposición y de apelación interpuestos por la Isapre no fueron efectivos, por lo que desde 2012 a la fecha se ha mantenido el régimen de hospitalización domiciliaria. Sin embargo, la familia de Martina ha reclamado ante la Isapre y la Superintendencia de Salud la discontinuidad de los servicios y la incertidumbre de los mismos; alegando retrasos, falta de medicamentos, falta de especialistas, entre otros. Lo que llevó a la familia a utilizar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

2 Corte de Apelaciones de Concepción, ROL 520-2010, 26 de enero de 2011, considerando noveno.

3 Corte Suprema de Chile, rol 1263-2011, 9 de mayo de 2011, considerandos segundo, tercero y cuarto respectivamente.

4 Sentencia de la jueza árbitro Liliana Escobar Alegría, intendenta de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, 19 de abril de 2012.

3. Derecho a la salud

El derecho a la salud ha sido abordado por la Corte IDH mediante dos enfoques. El primero, en conexión con otros derechos a la luz del artículo 26 de la CADH.⁵ El segundo, y más reciente, de manera autónoma.⁶ Ambos enfoques de justiciabilidad del derecho a la salud siguen siendo complementarios. En todos ellos, la Corte IDH ha incorporado a su jurisprudencia lo establecido por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas (Comité DESC) en materia de elementos esenciales del derecho a la salud: accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad.⁷

Además, la Corte IDH también ha distinguido entre obligaciones de exigibilidad inmediata⁸ y obligaciones de realización progresiva.⁹ Por último, la jurisprudencia del tribunal interamericano también ha determinado en diferentes oportunidades que los Estados tienen un deber de regular, supervisar y fiscalizar los servicios de salud, incluso cuando el servicio es prestado por una entidad privada.¹⁰ Al respecto, ha señalado que el Estado tiene el deber de regular de manera específica las actividades que implican riesgos significativos para la salud de las personas.¹¹

En Chile la atención médica se brinda bajo un sistema mixto de seguridad social, es decir, la prestación de los servicios médicos está a cargo de instituciones públicas. La participación pública es a través de Fonasa y la participación privada es a través de Isapres. Estos últimos pueden recibir cotizaciones de seguro médico obligatorio, lo que permite que las instituciones privadas proporcionen y financien servicios médicos. Luego, la Isapre es supervisada por un inspector de salud que establece los estándares regulatorios y establece un mecanismo de reclamo que se puede activar después de que la propia Isapre conozca y resuelva previamente una queja privada (ver Smart y Letelier, 2019).¹²

En conocimiento de dicho sistema, la Corte IDH vuelve a enfatizar en el caso Vera Rojas que los Estados tienen dos tipos de obligaciones que derivan del reconocimiento de los DESC, conforme al artículo 26 de la CADH: aquellas de exigibilidad inmediata y aquellas de carácter progresivo. En

5 Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 173.

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

7 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

8 *Idem*, nota 6, párr. 104. Respecto de las obligaciones de exigibilidad inmediata, y siguiendo los lineamientos del Comité DESC, la Corte IDH ha entendido que los Estados tienen dos obligaciones: (i) la garantía de no discriminación, y (ii) la obligación de adoptar medidas a fin de lograr la plena realización del derecho a la salud. Conf. Corte IDH. *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus Familiares Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020, párr. 20.

9 Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párrs. 141-148. En cuanto a las denominadas obligaciones de realización progresiva, y en lo relativo al derecho a la salud, la Corte ha considerado que “el Estado incumple sus obligaciones convencionales de realización progresiva al no contar con políticas públicas o programas que de facto –y no sólo de jure– le permitan avanzar en el cumplimiento de su obligación de lograr la plena efectividad del derecho a la salud” y que “la determinación sobre cuándo el Estado ha incumplido con este deber deberá realizarse atendiendo las circunstancias particulares de la legislación de un Estado y los recursos disponibles”.

10 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrs. 95 y 141.

11 *Idem*, nota 5, párr. 178.

12 Corte IDH. *Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1º de octubre de 2021. Serie C No. 439, párr. 80.

consecuencia, y tal como se señala en el párrafo 124 del fallo *en comento*, los Estados tienen el deber de garantizar la prestación de salud, al igual que la de regular y fiscalizar la actividad de las empresas privadas de servicios de salud, incluidos los servicios de las aseguradoras, en tanto su actuación se encuentra en la esfera de un servicio de naturaleza pública, por lo que actúa a nombre del Estado, algo que se analizará en detalle en la siguiente sección.

Antes de ello, es preciso mencionar que el hecho de que la Superintendencia de Salud considerara la posibilidad de retirar la hospitalización domiciliaria ante enfermedades crónicas, constituye una potencial violación a los derechos humanos. En particular, la Corte IDH señala que esta disposición, refiriéndose a la circular número 7 de la Superintendencia,

al no establecer ningún requisito adicional para el retiro del hospital domiciliario, más allá de la consideración acerca de la naturaleza “crónica” de la enfermedad, constituía un riesgo para los derechos humanos, pues podía restringir el acceso a un tratamiento médico que podía ser fundamental para preservar la salud, integridad y vida de las personas, y particularmente de niñas y niños que tuvieran enfermedades como la de Martina, y que tenían alguna discapacidad que los hacía especialmente vulnerables.¹³

En este sentido, la Corte IDH argumenta que en disposiciones generales de salud se debe contemplar la situación particular de grupos de especial protección, además de señalar expresamente que una circular de características generales, tal como la mencionada, puede llevar a interpretaciones que pongan en riesgo los derechos humanos; considerando particularmente que la exclusión de “enfermedades crónicas” es arbitraria toda vez que la progresión de las distintas enfermedades no debiese ser determinante para el tratamiento de la misma.

En cuanto a la accesibilidad del derecho a la salud, la Corte IDH determina que “los tratamientos de rehabilitación y cuidados paliativos pediátricos deben privilegiar, en la medida de lo posible, la atención domiciliaria, o en un lugar cercano al domicilio de la niña o el niño”, lo que obviamente se veía perjudicado por la determinación inicial de la Isapre. En cuanto a la aceptabilidad, la decisión inicial de la Isapre amparada por la circular número 7, también sería vulneratoria, toda vez que el mejor tratamiento que se puede dar a una niña con discapacidad es dentro de su entorno familiar. En materia de calidad, queda en evidencia que la alternativa de someterse al Hospital de Arica constituía una vulneración evidente a los derechos humanos, toda vez que no existían las competencias técnicas ni médicas para asegurarla.¹⁴

Señala la Corte IDH, además, que la decisión de la Superintendencia de Salud del año 2012 ha permitido la continuidad del servicio de salud, y constatando que la circular que permitía la exclusión de las “enfermedades crónicas” fue modificada,¹⁵ se ha logrado reparar, en parte, las violaciones al derecho a

13 *Idem*, nota 12, párr. 126.

14 *Idem*, nota 12, párrs. 130-135.

15 Circular IF/282 de la Intendencia de Fondos y Seguros de Chile, del 26 de enero de 2017.

la salud. Sin embargo, la persistencia en la falta de personal médico, las demoras en los mismos y otras han llevado a que los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de salud, particularmente referidos a niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad, no se vean del todo satisfechos.

En este sentido, la Corte IDH estima que el Estado es responsable por la violación de los derechos a la salud en relación con los derechos a la vida, la vida digna, la integridad personal y la niñez. Sin embargo, desecha las pretensiones de la parte solicitante en cuanto a establecer la responsabilidad del Estado por las alegadas violaciones al derecho a acceder a un recurso sencillo y eficaz. El argumento fue la existencia del fallo de la jueza árbitro y del cambio en la circular de la Superintendencia, indicativos de la fiscalización de las acciones de la Isapre Más Vida por parte del Estado.¹⁶

4. Derechos humanos y empresas

En este caso, tal como hemos visto, el responsable directo de las vulneraciones a los derechos humanos es un agente privado, particularmente asociado a la decisión de la Isapre Más Vida. A diez años de aprobados los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos (en adelante Principios Rectores), esta decisión de la Corte IDH vuelve concreto el fin policéntrico de los Principios Rectores, un conjunto de normas no vinculantes que busca precisamente su fuerza normativa a través de las decisiones de casos y la legislación nacional (Wettstein, 2015). Se trata precisamente de la capacidad y la agencia que deben tener Estados, organizaciones privadas o individuos afectados en sus derechos humanos por agentes privados de requerir administrativa o judicialmente el avance e implementación de principios que carecen de efecto vinculante y de progresivamente ir adaptándolos a nivel local.

La Corte IDH ha reconocido históricamente la potencial responsabilidad de agentes no estatales en las violaciones de derechos humanos. Basta leer la primera sentencia de la Corte –el caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras–, para observar cómo ha ido adoptando estándares en el ámbito de la obligación y garantía de prevención que le corresponde al Estado, al señalar expresamente que

la segunda obligación de los Estados Partes es la de ‘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.¹⁷

¹⁶ *Idem*, nota 12, párrs. 148 y 149.

¹⁷ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166.

Sin embargo, la primera vez que la Corte IDH utilizó los Principios Rectores fue en 2015 en el caso *Kaliña y Lokono vs. Surinam*, en el que adoptó una visión clásica de los derechos humanos. Sin entrar en el Pilar II de los Principios Rectores, esto es en la responsabilidad de las empresas, toma en consideración las obligaciones del Estado en virtud de “adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar, mediante políticas adecuadas, los abusos que aquellas [las empresas] puedan cometer”.¹⁸ Un segundo fallo se da en el año 2020 en el denominado *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus familiares Vs. Brasil*. Este caso trajo consigo quizás la decisión más importante en la materia realizada por la Corte IDH, pues si bien reconoce que no es la primera vez que se utilizan los Principios Rectores, reconoce expresamente que estos se deben interpretar en armonía con los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José, así como con otros instrumentos internacionales (como los convenios de la Organización Internacional del Trabajo).

Esta decisión, además, contempla las obligaciones del Estado en materia de

- i) deber de prevenir violaciones a los derechos humanos en el marco de actividades empresariales, ii) deber de regular y adoptar disposiciones de derecho interno, iii) deber de fiscalizar tales actividades y iv) deber de investigar, sancionar y asegurar el acceso a reparaciones integrales para víctimas en dichos contextos.¹⁹

De este modo, abre, como veremos, oportunidades para seguir expandiendo la incorporación de los Principios Rectores en la jurisprudencia de la Corte IDH.

En el caso *Vera Rojas vs. Chile*, la Corte elabora su argumento en materia de derechos humanos y empresas en los párrafos 81 a 88 de la sentencia. Como veremos, la Corte adopta una visión Estado-céntrica clásica de las obligaciones en materia de derechos humanos y deriva la responsabilidad de la empresa de la obligación de garantizar los derechos humanos que corresponde al Estado. Esto en cuanto “la obligación de garantía 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”. Esta obligación de garantizar se ve reflejada en la ya conocida doctrina del control de convencionalidad amplio que aplica la Corte IDH, que promueve la idea de que todas las autoridades del Estado tienen la obligación de interpretar el derecho nacional en concordancia con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.

En este sentido, la Corte IDH decide adoptar una posición más bien clásica de la discusión sobre derechos humanos y empresas, siguiendo una línea Estado-céntrica. Así lo señala en su considerando 85 al establecer que

¹⁸ Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 224.

¹⁹ Corte IDH. *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus Familiares Vs. Brasil*, nota 8, párr. 10.

los Estados tienen el deber de prevenir las violaciones a derechos humanos producidas por empresas privadas, por lo que deben adoptar medidas legislativas y de otro carácter para prevenir dichas violaciones, e investigar, castigar y reparar tales violaciones cuando ocurran.

La novedad en el caso Vera Rojas, en materia de derechos humanos y empresas, aparece desde el párrafo 89 en adelante, donde la Corte elabora estándares para empresas que cumplen una función pública, en este caso la provisión de servicios de salud. Allí le cabría una responsabilidad especial al Estado en materia de regulación. El argumento es el siguiente:

dado que la salud es un bien público, cuya protección está a cargo del Estado, 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.²⁰

De dicha frase surgen tres temas de relevancia. El primero es la especial protección de un bien público, en este caso la salud. El segundo, la obligación de prevenir que se traduce principalmente, como veremos, en el deber de regular. Y tercero, la calidad de persona vulnerable de la víctima. Desarrollaremos cada uno de estos argumentos a la luz de las obligaciones y responsabilidades en materia de empresas y derechos humanos.

Como ya hemos visto, la salud como bien público ha sido tratado en diversos fallos de la Corte IDH. Esta obligación supone el ejercicio del respeto, protección y cumplimiento por parte del Estado de este derecho. En otras palabras, el Estado debe abstenerse de realizar acciones que puedan perjudicar la salud; debe generar medidas para que terceros no interfieran con el derecho a la salud y, por último, debe generar medidas legislativas, administrativas y judiciales para dar cumplimiento a este derecho.²¹ Como se vislumbra en este caso, el Estado chileno ha delegado la función de la garantía del derecho a salud en instituciones privadas, incluidas las Isapres.

Es precisamente de esta delegación de funciones para garantizar un bien público que se deriva la obligación de regular y fiscalizar la operación de privados. Esta obligación estatal recae en el “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”.²² En el contexto particular de Chile, la Corte señala que

20 *Idem*, nota 12, párr. 89.

21 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de actividades empresariales, 10 de agosto de 2017, párr. 33.

22 *Idem*, nota 10, párr. 89, y nota 5, párr. 175.

en el sistema de seguridad social chileno, en tanto el financiamiento es un elemento central en el acceso a los servicios de salud que ofrecen las instituciones particulares, el Estado está obligado a regular y fiscalizar sus acciones, pues sus actividades pueden implicar graves riesgos al acceso a la salud de las personas, e incluso comprometer la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento del deber de respetar los derechos.²³

Esto último es especialmente relevante cuando una empresa privada presta un servicio de naturaleza pública y está ejerciendo funciones inherentes al poder público, como es el caso de las Isapres en el sistema de salud chileno (ver Chapman, 2014).

En ese sentido, el Tribunal recuerda que, dado que la salud es un bien público, los Estados tienen la obligación de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada por particulares, como deber especial de protección de los derechos que se pueden ver afectados por la inadecuada prestación de los servicios de salud. De igual forma, resulta pertinente señalar que son las empresas privadas las primeras encargadas en tener un comportamiento responsable respecto de las actividades que realicen, lo que implica que deben adoptar las medidas necesarias para que sus actividades no tengan impactos negativos en los derechos humanos de las personas, subsanar dichas violaciones cuando ocurran y adoptar prácticas con un enfoque dirigido a que sus actividades respeten los derechos humanos. Esto último es especialmente relevante cuando una empresa privada presta un servicio de naturaleza pública y está ejerciendo funciones inherentes al poder público, como es el caso de las Isapres en el sistema de salud chileno.

5. Conclusión

Como hemos visto, el fallo hace avances importantes en el reconocimiento del derecho a la salud y en el avance de estándares sobre derechos humanos y empresas. Respecto del primer punto, se hace un reconocimiento de la exigibilidad del derecho a la salud en relación con los derechos a la vida, integridad personal, niñez y discapacidad. Además, el fallo es enfático en señalar estándares específicos en materia de accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de salud, señalando que la normativa aplicable en Chile y al caso específico no es suficiente para garantizar dichos atributos del contenido del derecho a la salud. A pesar de ello, en su parte resolutive, la Corte IDH determina que habiéndose mantenido la situación de hospitalización domiciliaria y no habiéndose determinado la responsabilidad internacional del Estado por la normativa constitucional o legal que regula el sistema de salud chileno en general, se considera que no existen elementos para ordenar medidas de reparación relativas a la regulación de dicho tratamiento médico.²⁴ Esta es definitivamente una oportunidad perdida, toda vez que el propio Comité DESC viene señalando al menos desde 2015 que el sistema de

²³ *Idem*, nota 12, párr. 92.

²⁴ *Idem*, nota 12, párr. 178.

salud en Chile no asegura la accesibilidad a servicios básicos de salud particularmente para los grupos marginados y desfavorecidos.²⁵

Y aunque la sentencia *en comento* destaca el avance de los Principios Rectores en materia de empresas y derechos humanos, tiende a someter todos los estándares a obligaciones estatales. Así en virtud de la obligación de garantía, la Corte estima que los Estados deben adoptar medidas legislativas y de otro carácter para prevenir violaciones a los derechos humanos (en concordancia con el Pilar I de los Principios Rectores) e investigar, castigar y reparar tales violaciones cuando ocurran (en concordancia con el Pilar III de los Principios Rectores).

Sin embargo, en su posición Estado-céntrica atribuye la responsabilidad de las empresas a la obligación de garantía del Estado, es decir, considera que es una obligación del Estado generar las medidas internas que aseguren la responsabilidad de las empresas de tener políticas de derechos humanos, de generar procesos de debida diligencia y de reparar cuando hayan cometido violaciones a los derechos humanos. Nada dice la Corte respecto de la obligación que recae también sobre las entidades privadas. Esto sin duda es un retroceso en el contexto actual de los estándares en materia de derechos humanos y empresas.

En primer lugar, las discusiones a nivel de Naciones Unidas respecto de la responsabilidad de las empresas trascienden lo que el Estado debe o no hacer en materia de legislación interna. Los Principios Rectores se transforman en un avance precisamente por establecer un mecanismo policéntrico de los derechos humanos, atribuyendo la responsabilidad a las empresas sin importar el contexto jurídico en el que actúen. Este principio fundamental se da precisamente para controlar a empresas que se aprovechan de marcos jurídicos y regulatorios débiles para operar sin perjuicio de su potencial responsabilidad en materia de derechos humanos (Bilchitz, 2016).

A pesar de esta visión Estado-céntrica, la Corte IDH intenta atribuir cierto grado de responsabilidad en la operación de las empresas. Así lo afirma expresamente en el párrafo 85, al señalar que “son las empresas las primeras encargadas de tener un comportamiento responsable en las actividades que realicen, pues su participación activa resulta fundamental para el respeto y la vigencia de los derechos humanos”. Sin embargo, en su parte resolutive nada dice respecto de dicha obligación. Esperamos que, en un contexto global de creciente privatización de bienes públicos, la Corte asuma el rol de garante de derechos que puede tener en este ámbito.

25 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile, 55º período de sesiones, 1 a 19 de junio de 2015, E/C.12/CHL/CO/4, párr. 28.

Bibliografía

- Bilchitz, D. (2016). The Necessity for a Business and Human Rights Treaty. *Business and Human Rights Journal*, 1(2), 203-227.
- Cabrera, O. A. y Ayala, A. S. (septiembre de 2013). Advancing the Right to Health through Litigation. En J. M. Zuniga, S. P. Marks y L. O. Gostin (eds.), *Advancing the Human Right to Health*. Oxford: Oxford Scholarship Online. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199661619.003.0002> [29 de marzo de 2022].
- Chapman, A. R. (2014). The Impact of Reliance on Private Sector Health Services on the Right to Health. *Health & Hum. Rts. J.*, 16, 122.
- Crispi, F.; Cherla, A.; Vivaldi, E. A. y Mossialos, E. (2020). Rebuilding the Broken Health Contract in Chile. *The Lancet*, 395(10233), 1342.
- Gonza, A. (2016). Integrating Business and Human Rights in the Inter-American Human Rights System. *Business and Human Rights Journal*, 1(2), 357-365. doi:10.1017/bhj.2016.18.
- Keener, S. R. y Vasquez, J. (2008). A Life Worth Living: Enforcement of the Right to Health Through the Right to Life in the Inter-American Court of Human Rights. *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 40, 595.
- Smart, J. y Letelier, A. (2019). Bridging Human Rights and Social Determinants of Health: Argentina, Chile, Paraguay, and Uruguay. *International Journal of Human Rights in Healthcare*.
- Wettstein, F. (2015). Normativity, Ethics, and the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Critical Assessment. *Journal of Human Rights*, 14(2), 162-182.