

VOTO CONCURRENTE DEL JUEZ HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
CASO CASO GONZALES LLUY Y OTROS VS. ECUADOR
SENTENCIA DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 2015
(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

A. Introducción

1. La finalidad del presente voto concurrente es ampliar y complementar las razones por las cuales considero que no es necesario declarar la violación del artículo 26 de la Convención de la Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención" o "la Convención Americana") para alcanzar la efectiva protección y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante "DESC"). Por el contrario, mi opinión jurídica sobre la materia es que esta vía para intentar hacer justiciables los DESC, en el marco del sistema interamericano, puede llegar a ser incluso más problemática que otras vías existentes y ya aplicadas por la Corte. Por ejemplo, en el presente caso la Corte protegió el derecho a la salud vía conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, al declarar vulnerada "la obligación de fiscalización y supervisión de la prestación de servicios de salud, en el marco del derecho a la integridad personal y de la obligación de no poner en riesgo la vida"¹.

2. Al respecto, quisiera aclarar que parto de la premisa según la cual es necesario que existan mecanismos para proteger estos derechos, razón por la cual entiendo la buena intención de los jueces y académicos que propenden por una aplicación directa del artículo 26 de la Convención. Sin embargo, me parece importante señalar los principales problemas que, en mi opinión, surgen de esta propuesta y que son, a su vez, las razones por las cuales estimo que la Corte Interamericana no debe adoptar esta posición.

3. Para sustentar lo anterior procederé entonces a analizar: i) los alcances del artículo 26 de la Convención Americana; ii) la limitación de competencia establecida en el Protocolo de San Salvador, y iii) la utilización de la interpretación evolutiva y el principio *pro homine*. Finalmente y a manera de conclusión, realizaré algunas consideraciones generales sobre la naturaleza y competencias de los tribunales de derechos humanos.

B. Alcances del artículo 26 de la Convención Americana

4. Antes de comenzar con el estudio del artículo 26 de la Convención quisiera aclarar que mi posición sobre este tema se refiere exclusivamente a la competencia que la Corte Interamericana tiene para declarar vulnerados los derechos establecidos en el Protocolo de San Salvador, por lo que no me referiré de manera amplia a algunas

¹ Párr. 191 de la Sentencia.

discusiones que se dan en el marco del debate sobre la justiciabilidad de los DESC. En particular, pienso que no es relevante ahondar en la discusión sobre el carácter prestacional de los DESC, por cuanto es claro que todos los tipos de derechos lo son en mayor o menor medida. Tampoco considero que con mi posición se desconozca la naturaleza indivisible de los derechos humanos, dado que distingo entre las obligaciones que se le generan a un Estado por la firma y ratificación del tratado, y las competencias que ese mismo tratado pueda otorgar al órgano o tribunal que lo supervise. Al respecto, es cierto que los derechos están intrínsecamente conectados y no deben ser vistos de manera aislada, razón por la cual apoyo la justiciabilidad de los DESC vía conexidad, pero la indivisibilidad de los derechos no es suficiente para modificar la competencia de un tribunal, como lo proponen quienes pretenden una justiciabilidad directa por medio de la interpretación amplia del artículo 26 de la Convención.

5. Una vez precisado lo anterior, me parece pertinente en primer lugar establecer cuáles son las obligaciones que se generan del artículo 26 de la Convención. Este artículo estipula que:

CAPITULO III
DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Artículo 26. Desarrollo Progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. (Subrayado fuera del texto)

6. Sobre el alcance del artículo 26, la Corte ha indicado que la obligación principal que se desprende de este artículo es el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales², el cual conlleva “un deber – si bien condicionado – de no-regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho”³. Además, la Corte manifestó que las obligaciones generales de los artículos 1 y 2 de la Convención también son aplicables a este artículo⁴.

7. Ahora bien, el artículo 26 no establece un catálogo de derechos, sino que realiza una remisión directa a la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante “Carta” o “Carta de la OEA”). De una lectura de la Carta se puede concluir que esta tampoco contiene un catálogo de derechos subjetivos claros y precisos, sino que por el contrario se trata de un listado de metas y expectativas que persiguen los Estados de la región, lo cual dificulta vislumbrar cuáles son los derechos a los que se hace mención en el artículo. En concreto, no hay referencias expresas a los DESC y para afirmar que efectivamente se encuentran consagrados en la Carta es necesario realizar

² Cfr. *Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 147.

³ *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 103.

⁴ “[R]esulta pertinente observar que si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado ‘Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, se ubica, también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado ‘Deberes de los Estados y Derechos Protegidos’ y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado ‘Enumeración de Deberes’), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado ‘Derechos Civiles y Políticos’).” *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*, párr. 100.

una labor interpretativa bastante extensa. Ejemplo de lo anterior es el derecho a la salud, el cual fue materia de análisis en el presente caso. Algunos autores afirman que dicho derecho está notoriamente consagrado en la Carta, no obstante, cuando se busca en el texto de la misma, se encuentran solamente dos referencias vagas en los artículos 34⁵ y 45⁶. Al respecto, concuerdo plenamente con que “no es suficiente con solo inferir un derecho por su nombre desde la Carta, también es necesario que la Carta establezca el contenido mínimo de ese derecho. Este contenido mínimo podría ser clarificado luego - hasta cierto punto - por otros instrumentos internacionales. Definir todo el contenido y el alcance de un derecho por medio de otros instrumentos resultaría inevitablemente en una modificación de la Carta”⁷.

8. En este sentido, cabe recalcar que:

“La inclusión [del artículo 26] en el texto convencional requiere el esfuerzo teórico por dotarla de sentido, acorde con las demás normas de la Convención y los principios que rigen su interpretación, evitando dos posturas que entendemos incorrectas [entre ellas], la tentación de introducir mediante este artículo un catálogo completo de derechos sociales que evidentemente los Estados no tuvieron intención de incorporar en el sistema de la Convención, diseñado principalmente para la tutela de derechos civiles y políticos”⁸.

9. Si bien hubiera sido deseable cuando se estableció el artículo 26 que se utilizara una técnica legislativa menos problemática como lo es el sistema de remisiones complejo a la Carta de la OEA, lo cierto es que la remisión es a la Carta y no a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, lo cual podría haber producido una interpretación distinta, debido a que la declaración sí cuenta con referencias más claras a los DESC⁹. Lamentablemente, este no es el caso¹⁰.

10. Por otra parte, se ha afirmado que la Corte Interamericana ya habría aceptado en el caso *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú* que el artículo 26 de la Convención contiene en catálogo preciso de DESC, los cuales serían exigibles de manera directa. En mi opinión, el alcance que se le está tratando de

⁵ El artículo 34. i) de la Carta de la OEA establece entre los “objetivos básicos del desarrollo integral” la “[d]efensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica” (Subrayado fuera del texto).

⁶ El artículo 45 de la Carta de la OEA señala: “Los Estados miembros [...] convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: [...] h) Desarrollo de una política eficiente de seguridad social”.

⁷ “[I]t is not enough just to infer a right by its name from the Charter, it is also necessary that the Charter provides a minimum content for that right. This minimum content could then be clarified – to a certain extent – by other international instruments. Defining the entire content and scope of a right by means of other instruments would invariably result in a modification of the Charter”. (Traducción propia) Oswaldo Ruiz Chiriboga, *The American Convention And The Protocol Of San Salvador: Two Intertwined Treaties Non-Enforceability Of Economic, Social And Cultural Rights In The Inter-American System*, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 31/2 (2013), p. 171.

⁸ Víctor Abramovich, y Julieta Rossi, ‘La Tutela de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos’, *Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 9, 2007, p. 37.

⁹ A manera de ejemplo, el artículo XI establece que: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

¹⁰ Al respecto, “[e]n el camino que debe seguirse para determinar si un derecho se encuentra implícito en la Carta es necesario, a nuestro entender, evitar el atajo de apelar directamente a la Declaración Americana como instrumento que informa el contenido de los derechos humanos consagrados en la Carta. [Esto teniendo en cuenta que] el artículo 26 habla de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales, y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta y no remite a la Declaración”. Víctor Abramovich, y Julieta Rossi, ‘La Tutela de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos’, *Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 9, 2007, p. 47.

dar a esta Sentencia es excesivo. En primer lugar, en la Sentencia no se declara la violación del artículo 26 y el estudio que se realiza es precisamente en torno a la obligación de desarrollo progresivo y no respecto a una exigibilidad directa de algún derecho en particular. En segundo lugar, la Sentencia no define ni aclara cuál sería el DESC que se estaría tutelando, ni su alcance o contenido mínimo. En tercer lugar, incluso si se quisiera derivar algún tipo de justiciabilidad directa de la afirmación de que las obligaciones de respeto y garantía son aplicables al artículo 26 de la Convención, cabe recalcar que estas afirmaciones son un *obiter dictum* de la Sentencia, por cuanto no tienen relación directa con la decisión final que fue la de no declarar violado el artículo 26¹¹. Además, este punto de la Sentencia no fue reiterada en la jurisprudencia posterior de la Corte a pesar de que se han presentado casos en la que las violaciones alegadas podrían haberle permitido a la Corte reafirmar su posición, por lo que quedan dudas si después de seis años de adoptado el Fallo se puede considerar un precedente constante. Finalmente, esta Sentencia tiene un problema de base importante, porque no hizo mención alguna al Protocolo de San Salvador, lo cual como se estudiará más adelante, es fundamental para entender la competencia de la Corte en esta materia.

11. Teniendo en cuenta lo anterior, es posible arribar a una primera conclusión y es que el artículo 26 de la Convención Americana no contiene un catálogo de derechos subjetivos establecido de manera clara, precisamente por los problemas que genera la remisión a la Carta de la OEA. Por tanto, la obligación que este artículo implica y que la Corte puede supervisar de manera directa es el cumplimiento de la obligación de desarrollo progresivo y su consecuente deber de no regresividad, de los derechos que se pudieran derivar de la Carta más allá de la simple referencia al nombre, como lo podría ser el derecho al trabajo¹².

C. El Protocolo de San Salvador

12. Como se señaló anteriormente, no es posible abordar los debates sobre la competencia de la Corte Interamericana en materia de DESC sin tener en cuenta al Protocolo de San Salvador. En efecto, en el decimoctavo período ordinario de sesiones celebrado en 1988, la Asamblea General de la OEA abrió a firma el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). El texto del Protocolo se basó en un borrador de trabajo preparado por la Comisión Interamericana¹³ y fue adoptado el 17 de noviembre de 1988. El Protocolo entró en vigor el 16 de noviembre de 1999 después de la ratificación de 11 Estados y a la fecha ha sido ratificado por 16 Estados¹⁴.

¹¹ En efecto, la razón por la cual la Sentencia decide que no hay violación es que “teniendo en cuenta que lo que está bajo análisis no es alguna providencia adoptada por el Estado que haya impedido el desarrollo progresivo del derecho a una pensión, sino más bien el incumplimiento estatal del pago ordenado por sus órganos judiciales, el Tribunal considera que los derechos afectados son aquellos protegidos en los artículos 25 y 21 de la Convención y no encuentra motivo para declarar adicionalmente el incumplimiento del artículo 26 de dicho instrumento”. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*, párr. 106.

¹² Por ejemplo, el artículo 45.b de la Carta establece que: “El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar”.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano (Actualizado a febrero de 2012)*, 2012, pp 11.

¹⁴ Los Estados que han ratificado el Protocolo son: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, El Salvador, Guatemala, Suriname y

13. Sobre la naturaleza de los protocolos, cabe recordar que éstos en el derecho internacional público son acuerdos independientes pero subsidiarios a un tratado que adicionan, aclaran, modifican o complementan el contenido procedimental o sustancial del mismo. La existencia de un protocolo está directamente ligada a la existencia del tratado, es decir, sin tratado base no existe protocolo¹⁵.

14. La relevancia del Protocolo radica en que es mediante este tratado que los Estados de la región tomaron la decisión de definir cuáles son los DESC que están obligados a cumplir. Asimismo, establecieron de manera clara y precisa el contenido de dichos derechos. Por ejemplo, el artículo 10 del Protocolo consagra el derecho a la salud de la siguiente manera:

Artículo 10
Derecho a la Salud

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
 - a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
 - b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
 - c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
 - d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
 - e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
 - f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

15. Sin embargo, los Estados tomaron la decisión soberana de restringir cuáles de los DESC consagrados en el Protocolo podían ser objeto de supervisión por medio del mecanismo de peticiones individuales al establecer en el artículo 19.6 que:

6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Subrayado fuera del texto)

16. Es así como, mediante esta disposición, los Estados resolvieron limitar la competencia de la Comisión y de la Corte para conocer de casos contenciosos que no se encuentren relacionados con algunos derechos sindicales y con el derecho a la educación. En efecto, en el presente caso la Corte ejerciendo la competencia que le otorga este artículo declaró la vulneración del derecho a la educación consagrado en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador¹⁶.

Uruguay. Extraído el 10 de septiembre de 2015 desde <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html>.

¹⁵ Véase, Definiciones de términos fundamentales en la Colección de Tratados de las Naciones Unidas. Consultado en: <http://www.un.org/es/treaty/untc.shtml#protocols>.

¹⁶ Párr. 291 de la Sentencia. .

17. Ahora bien, esta limitación de competencia no debe entenderse como contradictoria con lo dispuesto con el artículo 26 de la Convención Americana, si se tiene en cuenta que esta norma expresa la voluntad posterior y más específica de los Estados sobre la competencia de la Corte Interamericana sobre DESC. Tampoco se debe leer la Convención Americana de forma aislada sin tener en cuenta su Protocolo, por cuanto son tratados complementarios que deben ser leídos e interpretados de manera conjunta. De manera que la Corte puede conocer de casos contenciosos en los que se argumente la violación de la obligación de desarrollo progresivo de los derechos que se pudieran derivar de la Carta, en virtud el artículo 26 de la Convención, así como de aquellos casos en que se alegue la vulneración de los artículos 8.a y 13 del Protocolo.

18. Asimismo, es relevante señalar que las obligaciones generadas por el Protocolo a los Estados Parte son independientes al hecho de que la Corte tenga competencia para declarar violaciones en el marco de su función contenciosa. Simplemente para la vigilancia de cumplimiento de estos derechos los Estados dispusieron otros mecanismos, como lo son los establecidos en los demás incisos del artículo 19 del Protocolo, tales como la posibilidad de formular observaciones y recomendaciones sobre la situación de los DESC en el informe anual de la Comisión Interamericana.

19. No obstante a que la disposición del artículo 19.6 del Protocolo deja establecida la limitación de competencia de forma clara y precisa, algunos autores han señalado que se debe acudir al método de interpretación evolutiva y al principio *pro homine* con la finalidad de actualizar el sentido y alcance normativo del artículo 26 de la Convención. Por ello, a continuación procederé a estudiar algunos de los argumentos que se exponen para justificar esta posición.

D. Interpretación evolutiva y principio *pro homine*

20. Sobre este punto, quienes propenden por una justiciabilidad directa de los DESC por vía de la aplicación del artículo 26 de la Convención, han argumentado que una manera de superar la barrera de competencia estipulada en el Protocolo sería mediante la aplicación de una interpretación evolutiva. En particular, utilizan el derecho comparado como herramienta, debido a que varios tribunales constitucionales de los países de la región han aceptado la justiciabilidad directa de los DESC. Al respecto, considero que esta temática debe ser abordada por dos vías. La primera implica un examen de los demás métodos interpretativos con los que se cuenta en el derecho internacional, ya que el método evolutivo no es el único que debe ser tenido en cuenta. En segundo lugar, expondré mi opinión sobre cómo debe ser valorado el derecho comparado en este tema.

21. Sobre los métodos de interpretación que deben ser tenidos en cuenta, los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establecen los principales métodos. Esto ha sido acogido por la Corte Interamericana en su jurisprudencia, de manera que además del método evolutivo ha utilizado otros criterios de interpretación, tales como la interpretación literal, la interpretación sistemática y la interpretación teleológica. Al respecto, la Corte ha entendido que la interpretación literal es aquella que se realiza de buena fe conforme al sentido corriente de los términos. Este tipo de interpretación ha sido usada por la Corte a través del significado literal de algunas expresiones o palabras de la Convención y otros tratados¹⁷. De otra

¹⁷ Ver, por ejemplo, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr.

parte, según la interpretación sistemática, la Corte ha sostenido que las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen¹⁸. En el marco de este tipo de interpretación, el Tribunal ha analizado los trabajos preparatorios de la Declaración Americana y de la Convención Americana, así como algunos de los instrumentos del sistema universal de derechos humanos y otros sistemas regionales de protección como el europeo y el africano¹⁹. Asimismo, la Corte también ha utilizado la interpretación teleológica. Respecto a esta interpretación, la Corte ha analizado el propósito de las normas involucradas en la interpretación, considerado pertinente el objeto y fin del tratado mismo y los propósitos del sistema interamericano de derechos humanos. Por último, la interpretación evolutiva implica que:

los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Al efectuar una interpretación evolutiva la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos²⁰.

22. Al respecto, cabe señalar que los métodos de interpretación deben ser utilizados cuando una norma es ambigua, situación que no considero que se dé respecto a la limitación de competencia que estipula el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador respecto al artículo 26 de la Convención, puesto que, como se indicó anteriormente, la norma es clara en su sentido. Sin perjuicio de lo anterior, si se quisiera hacer una interpretación de la norma no es suficiente con hacer uso de uno de los diversos métodos de interpretación existentes, por cuanto estos son complementarios entre sí y ninguno tiene una mayor jerarquía que el otro.

23. A manera de ejemplo utilizaré los otros métodos de interpretación para demostrar que estos, en vez de sustentar la justiciabilidad directa de los DESC por medio del artículo 26 de la Convención, apoyan la posición que he venido defendiendo en el presente voto. Respecto a la interpretación literal de las dos normas, a saber el artículo 26 de la Convención y el 19.6 del Protocolo, implica justamente lo que he venido realizando, y es concluir que de la lectura de las dos normas se puede derivar que no fue voluntad de los Estados establecer una opción de justiciabilidad directa en el artículo 26 y, por el contrario, en el artículo 19.6 determinaron una limitación de competencia. La interpretación literal hace referencia a la buena fe con que se deben interpretar los tratados y, esto es relevante en este punto, por cuanto pareciera que la intención de llegar a un resultado concreto en algunos casos desorienta el sentido literal de la norma o lleva a hacer caso omiso de normas o factores relevantes para la interpretación.

24. Con relación a la interpretación sistemática, para determinar los alcances del artículo 26 de la Convención no se debe obviar lo establecido en el Protocolo, ya que,

178, y *Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 23 de noviembre de 2012. Serie C No. 255, párr. 93.

¹⁸ Cfr. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*, párr. 191, y *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 43.

¹⁹ Cfr. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*, párrs. 191 a 244.

²⁰ *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*, párr. 245, y *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114.

como se manifestó anteriormente, los dos tratados deben ser leídos de forma conjunta. Por esto, una interpretación sistemática que solo utilice a otros artículos de la Convención no puede ser considerada válida. Por otra parte, algunos autores manifiestan que de una interpretación sistemática con base en el artículo 4 del Protocolo se podría llegar a concluir la inaplicación del artículo 19.6 del Protocolo. Al respecto, el mencionado artículo indica que:

Artículo 4
No Admisión de Restricciones

No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado.

25. Al respecto, considero que esta norma sería aplicable si en el artículo 26 de la Convención se hubiese estipulado un catálogo donde estuvieran los DESC claramente establecidos, pero como ya se expresó, esto no es así, por lo que no se puede argumentar que son dos normas que realmente estén compitiendo. Además, no sería lógico pensar que este artículo cancela o deroga la limitación de competencia del artículo 19.6, por cuanto éste no restringe derechos, sino competencias de la Comisión y de la Corte. Confundir la restricción de un derecho con las limitaciones de competencias podría conllevar al resultado absurdo de abrir completamente la competencia de la Corte, incluso en contravía de la voluntad de los Estados.

26. Con relación a la interpretación teleológica, algunos han afirmado que este método es favorable a la justiciabilidad directa de los DESC por dos vías, a saber: i) el fin último del sistema interamericano es la protección de los derechos humanos y esto implica intentar hacer exigibles el mayor número de derechos posibles, y ii) cuando se creó el artículo 26 de la Convención la intención de los Estados no era la de excluir la posibilidad de la exigibilidad directa de los DESC. Sobre el primer punto, cabe señalar que precisamente el Protocolo de San Salvador tuvo como finalidad incorporar en el sistema interamericano de manera más exacta los DESC y ampliar el ámbito de protección del sistema, por lo que no es justo posicionar al Protocolo como un tratado que atentaría contra el fin del sistema interamericano por simplemente establecer reglas de competencia. Además, sobre este punto debe recalcarse que “[s]i el sentido corriente de una disposición es claro en no otorgar jurisdicción a los órganos del sistema interamericano, el objeto y fin de la Convención no se pueden utilizar para derribar ese resultado”²¹.

27. Con relación al segundo argumento, si bien los trabajos preparatorios son medios de interpretación complementarios, la Corte Interamericana en algunos casos los ha usado para intentar vislumbrar la finalidad o propósito que perseguían los Estados al momento de crear el tratado. En efecto, en la Sentencia del *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú* se hizo referencia a los mismos con la intención de mostrar que los Estados habrían podido estar de acuerdo con la justiciabilidad directa de los DESC cuando se discutió el artículo 26 de la Convención. Al respecto, cabe resaltar que:

El Tribunal solo presentó los puntos de vista de aquellos Estados que trataron de materializar el ejercicio de los DESC por medio de la actividad de la Corte. No se hizo mención de los países que se

²¹ “If the ordinary meaning of a provision is clear in not granting jurisdiction to the IAS bodies, the object and purpose of the Convention cannot be used to overthrow that result”. (Traducción propia) Oswaldo Ruiz Chiriboga, *The American Convention And The Protocol Of San Salvador: Two Intertwined Treaties Non-Enforceability Of Economic, Social And Cultural Rights In The Inter-American System*, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 31/2 (2013), p. 170.

opusieron a la exigibilidad de los DESC y, más importante, como Burgorgue-Larsen recalca: nada se dijo sobre el proceso por el cual en última instancia se dio lugar a la elaboración de Artículo 26 como tal. Tampoco se dijo nada sobre el alcance que los diferentes Estados estaban dispuestos a otorgar a este artículo. ¿Significa esto que el artículo era el resultado de un compromiso, o esto representa aquellos Estados que estaban a favor de dar a los derechos económicos y sociales un lugar tan importante? Claramente, los silencios de la Corte fueron parte de su estrategia para llegar a su objetivo, pase lo que pase, es decir, confiriendo el alcance más amplio posible sobre el artículo 26. Sin embargo, dejando fuera a Brasil y Guatemala, los trabajos preparatorios muestran cuán reacios fueron la mayoría de los Estados para reconocer que lo que iba a convertirse en el artículo 26 debería ser procesable²². (Subrayado fuera del texto)

28. Respecto al uso del derecho comparado como una vía para fortalecer una posible interpretación evolutiva en la materia, si bien es cierto que la mayoría de la Constituciones de los países de la región consagran catálogos de DESC y en muchos se concede la posibilidad de justiciabilidad directa de los mismos, estimo que esto no es un argumento suficiente para ampliar el alcance del artículo 26 de la Convención. Al respecto, reitero que son los mismos Estados los que tomaron la decisión de no garantizar una justiciabilidad directa en este artículo y, por el contrario, cuando crearon el catálogo de derechos mediante el Protocolo resolvieron limitar la competencia de la Corte. Entonces, si bien internamente los Estados han ido ampliando su posición, no le compete a la Corte modificar la voluntad que fue inicialmente expresada en el Protocolo. En este sentido, la Convención Americana en sus artículos 31, 76 y 77 determina que, en caso de querer reconocer otros derechos, es posible realizar enmiendas o protocolos que lo permitan. Por ello, concuerdo con que “[s]i los Estados quieren realmente tomarse en serio el tema es urgente una revisión de los tratados en la materia para que sean ellos mismos quienes decidan actualizar sus obligaciones sobre el tema”²³.

29. Por otra parte, algunos autores acuden al principio *pro homine* establecido en el artículo 29 de la Convención para afirmar que este propende por la exigibilidad directa de los DESC vía el artículo 26, dado que esta posición sería más garantista. Sobre este principio, la Corte ha establecido que “el sistema de protección internacional debe ser entendido como una integralidad, principio recogido en el artículo 29 de la Convención Americana, el cual impone un marco de protección que siempre da preferencia a la interpretación o a la norma que más favorezca los derechos de la persona humana, objetivo angular de protección de todo el [s]istema [i]nteramericano. En este sentido, la adopción de una interpretación restrictiva en cuanto al alcance de la competencia de este Tribunal no sólo iría contra el objeto y fin de la Convención, sino que además afectaría el efecto útil del tratado mismo y de la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas para la presunta víctima en el ejercicio de su derecho de

²² “The Court put forward the points of view of only those States which tried to materialise the exercise of ESC rights by means of the activity of the Court. No mention was made of the countries which opposed the enforceability of ESC rights and, more importantly, as Burgorgue-Larsen recalls: nothing was said about the process which ultimately gave rise to the drafting of Article 26 as such. Nor was anything said about the scope the different States were prepared to confer on this article. Does this mean that the article was the result of a compromise, or did it represent those States which were in favour of giving economic and social rights such an important place? Clearly, the silences of the Court were part of its strategy to reach its objective, come what may, namely conferring the widest scope possible on Article 26. But Brazil and Guatemala aside, the preparatory works show just how reluctant the majority of States were to recognize that what was to become Article 26 should be actionable” (Traducción propia) Oswaldo Ruiz Chiriboga, *The American Convention And The Protocol Of San Salvador: Two Intertwined Treaties Non-Enforceability Of Economic, Social And Cultural Rights In The Inter-American System*, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 31/2 (2013), p. 170.

²³ Juan Carlos Upegui Mejía, *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Garantía de los Derechos Humanos*. Barcelona, España, 26 de febrero de 2015. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=7cAls8PSzmo&feature=youtu.be>

acceso a la justicia”²⁴. En efecto, el principio *pro homine* debe ser aplicado cuando la Corte se encuentre frente a dos posibles interpretaciones válidas y ciertas. Justamente, lo que ha demostrado el análisis llevado a cabo en el presente voto es que la justiciabilidad directa de los DESC a partir del artículo 26 de la Convención no es una interpretación válida, dado que lo que se está intentando es derivar un enunciado normativo que no corresponde a la norma²⁵.

E. Conclusión y consideraciones finales

30. Una vez expuestos los argumentos jurídicos que sustentan mi decisión en la presente Sentencia, me parece adecuado además presentar otras razones que refuerzan el sentido de mi posición. Para empezar, uno de los motivos por los cuales los argumentos de quienes están en pro de la justiciabilidad directa de los DESC a través del artículo 26 no me parecen persuasivos, es porque no logran fundamentar cómo esta vía, que implica ir en contravía de lo expresamente señalado por el Protocolo, es una mejor opción que las otras vías de protección que ha utilizado la Corte como la conexidad con el derecho a la vida o a la integridad personal, o el concepto de “vida digna”. Algunos autores manifiestan que esto es necesario para dar un ámbito de protección específico de los DESC, sin tener en cuenta que el Protocolo de San Salvador creó dicho ámbito de protección, mas concluyó que la Corte sólo conocería de manera directa de los derechos consagrados en el artículo 8.a y 13 del Protocolo. Además, no se ha demostrado que la utilización de la conexidad o del concepto de “vida digna” como mecanismos de protección indirecta de los DESC²⁶ no sea efectivo para la protección y garantía de los derechos de las víctimas, o que no sea una opción garantista. Coincido con que es importante que las líneas jurisprudenciales sean garantistas y de avanzada, pero en estos casos donde la protección se puede alcanzar por vías menos gravosas y controvertidas es mejor optar por medios más efectivos y dejar de lado algunas pretensiones académicas.

31. En efecto, en la presente Sentencia la Corte decidió analizar las afectaciones a la salud de Talía Gonzales Lluy por ser una persona con VIH a través de los derechos a la vida y a integridad personal consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención. Esta vía argumentativa no impidió que la Corte realizará importantes avances con relación a los requisitos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad en la prestación de los servicios de salud, así como a la obligación de regular, fiscalizar y supervisar la prestación de servicios en centros de salud privados. Lo anterior no implica la creación de un nuevo derecho, sino darle contenido y alcance a derechos como la vida e integridad que sí se hallan consagrados en la Convención y, por tanto, aceptado por los Estados Parte.

32. Por otra parte, otra de mis preocupaciones se centra en que expandir la competencia de la Corte desconociendo la voluntad de los Estados conlleva la deslegitimación del Tribunal y pone en tela de juicio los avances jurisprudenciales que ya se han conseguido en otros temas con mucho esfuerzo. La legitimidad de los Tribunales está dada, en primer lugar, por la voluntad de los Estados que decidieron

²⁴ *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 34.

²⁵ En el mismo sentido, ver: *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 79.

²⁶ En similar sentido, el perito Curtis en la audiencia pública del presente caso manifestó que: “No [...] obje[ta] de[sde] el punto de vista conceptual [que se interprete el derecho a la salud a través del derecho a la integridad física porque] los derechos [son] indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”.

crearlos, así como por sus sentencias, la motivación que presenten en ellas y su apego al Derecho. Si la Corte se extralimita de las funciones que le son dadas por la Convención Americana y demás tratados del sistema interamericano, estaría minando la legitimidad y confianza que los Estados depositaron en ella. Una decisión que implicara desconocer la voluntad de los Estados en este punto puede acarrear una reacción negativa o un malestar que pone en peligro el sistema. Si bien la Corte no fue creada para complacer a los Estados, pues tiene la misión de juzgar su responsabilidad internacional, tampoco puede generar un desbalance tal que pudiera implicar la desprotección de los derechos humanos que busca salvaguardar. En este sentido, concuerdo con que:

"una interpretación de la Corte sobre el alcance del artículo 26 que permita el acceso directo a violaciones de los DESC podría constituir tanto la ampliación de la jurisdicción como la ampliación de las 'oportunidades para detectar, denunciar o remediar el incumplimiento', en cualquier caso, es posible que produzca una reacción hostil por parte del Estado. Una vez más, en ambos casos, la hostilidad de un estado surgiría principalmente de su creencia de que el organismo supranacional está participando en más o en un tipo diferente de supervisión de la aceptada inicialmente por parte del Estado. En este modelo, la percepción del estado es más importante que la corrección (en la medida en que esto puede ser juzgado de manera objetiva) de la decisión supranacional. Si, como se argumenta, los estados entienden los términos de la Convención Americana y la decisión de la Corte en el caso Cinco Pensionistas y casos posteriores, como límites en el acceso directo para litigar los DESC a través del artículo 26, una interpretación más amplia de dicho artículo por parte de la Corte constituiría una extra-legalización"²⁷.

33. Finalmente, considero que los tribunales de derechos humanos, como la Corte Interamericana, no pueden entrar a suplir las deficiencias democráticas de los países, razón por la cual se debe ser cauteloso en la materia²⁸. Los tribunales de derechos humanos deben buscar la protección de los derechos de las minorías, pero ateniéndose siempre a las competencias que les han sido atribuidas. Del balance que la Corte logre entre la tentación de expandir en demasía sus competencias y la necesidad de avanzar en los estándares jurídicos para la efectiva protección y garantía de los derechos humanos, depende en gran medida la estabilidad y futuro del sistema interamericano.

Humberto Antonio Sierra Porto
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

²⁷ "a Court interpretation of the scope of article 26 that would permit direct access for ESC violations could constitute either broadening of the jurisdiction, or expansion of the "opportunities to detect, expose or remedy noncompliance"-in either case, results likely to produce hostile state reaction. Again, in both cases, a given state's hostility would flow primarily from its belief that the supranational body is engaging in more or a different kind of oversight than the state initially accepted. In this model, state perception is more important than the correctness (to the extent that this may be judged objectively) of the supranational decision. If, as we argue, states understand the terms of the American Convention and the Court's rulings in Five Pensioners and subsequent cases as limits on direct access for ESC litigation via article 26, a broader interpretation of that article by the Court would constitute overlegalization" (Traducción propia) James L. Cavallaro, and Emily Schaffer. Rejoinder: Justice before Justiciability: Inter-American Litigation and Social Change, New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 39, Issue 2 (Winter 2006), p. 365.

²⁸ Al respecto, ver: "Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman". Roberto Gargarella (2012).