

**VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE DEL
JUEZ PATRICIO PAZMIÑO FREIRE**

**A LA SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2019
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

EN EL CASO HERNÁNDEZ VS. ARGENTINA

I. Introducción

1. La sentencia del caso *Hernández Vs. Argentina* en general consolida la tesis adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del caso *Lagos del Campo Vs. Perú*¹ en lo relativo a la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales “DESCA”, a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En la referida sentencia se sostuvo que Argentina era responsable internacionalmente por la violación del derecho a la salud del señor Hernández como consecuencia de la enfermedad que contrajo mientras estuvo privado de libertad, las secuelas permanentes por esta ocasionadas y la falta de elementos probatorios por parte del Estado que demostraran que, en su posición especial de garante, había provisto al señor Hernández de atención médica oportuna y adecuada ante las múltiples denuncias sobre el deterioro de su estado de salud, conforme los estándares de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad reconocidos en la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales².

2. Para llegar a esta conclusión, la Corte siguió el razonamiento vertido en *Poblete Vilches Vs. Chile*³ y en *Cuscul Pivaral Vs. Guatemala*⁴ a fin de desarrollar el contenido del derecho a la salud a partir de los artículos 34.i y 34.l de la Carta de la Organización de Estados Americanos, interpretados a la luz de otros instrumentos internacionales⁵, la legislación

¹ Cfr. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.

² Cfr. ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), Observación General (OG) No. 14: “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 12

³ Cfr. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349.

⁴ Cfr. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359.

⁵ La Sentencia se remite, *inter alia*, al artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 5.e) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; el artículo 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el artículo 28 de la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, y el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

interna de los Estados de la región⁶ y la propia Constitución argentina⁷. La Sentencia reitera de esta forma que la salud es un derecho protegido por la Convención Americana en virtud de una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva de su artículo 26, del cual se desprenden obligaciones inmediatas y progresivas: las primeras denotan el acceso efectivo, sin discriminación alguna, a los servicios de salud y las prestaciones de seguridad social, mientras que las segundas se refieren al deber estatal de evidenciar de manera inequívoca que con sus decisiones de política pública avanza hacia la concreción y efectividad material plena del mencionado derecho, no pudiendo mermar las garantías ya adoptadas y así configurar la no regresividad.

3. La anterior es la tesis adecuada para continuar fortaleciendo la protección de los DESCAs en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. En este sentido, concuerdo fundamentalmente con los criterios adoptados en la Sentencia para determinar la responsabilidad del Estado por la transgresión al derecho a la salud como un derecho autónomo y justiciable mediante el artículo 26 de la Convención Americana. No discrepo con la *ratio decidendi* ni con la *obiter dicta* de la Sentencia, sino que emito el presente voto para advertir sobre un aspecto de su parte resolutive que me resulta inconveniente en la medida en que podría prestarse a confusiones innecesarias sobre el alcance de la justiciabilidad directa del artículo 26 y una eventual relación respecto de la conexidad o la intersección con la violación de otros derechos consagrados en la Convención Americana. En particular, mi reserva se dirige a la forma en que fueron adoptados los puntos resolutive 2 y 3 de la Sentencia, los cuales voté en contra. Para exponer las razones de mi reserva, preciso hacer algunas acotaciones sobre la evolución jurisprudencial de la Corte en cuanto a la justiciabilidad y acceso directo de los DESCAs.

II. Desarrollo jurisprudencial en materia de DESCAs

4. Es importante recordar que previo al año 2017 la Corte no se había pronunciado directamente sobre la violación del artículo 26 de la Convención, sino que se había limitado a recalcar la interdependencia de los DESCAs con los derechos civiles y políticos, siempre manteniendo la responsabilidad del Estado por la vulneración de estos últimos. Por ejemplo, en *Cinco Pensionistas Vs. Perú*⁸, un caso que, al igual que en *Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*⁹, versaba sobre los derechos pensionarios reconocidos por sentencias internas a favor de un grupo de pensionistas de una entidad estatal, la Corte no esgrimió ninguna consideración sobre el derecho a la seguridad social, sino que se limitó a resaltar la dimensión individual y colectiva de los DESCAs y señaló que su desarrollo progresivo se mide “en función

⁶ En la Sentencia, se menciona que entre las Constituciones de los Estados Partes de la Convención Americana que consagran el derecho a la salud descuellan las siguientes: Barbados (art. 17.2.A); Bolivia (art. 35); Brasil (art. 196); Chile (art. 19); Colombia (art. 49); Costa Rica (art. 46); Ecuador (art. 32); El Salvador (art. 65); Guatemala (arts. 93 y 94); Haití (art. 19); Honduras (art. 145); México (art. 4); Nicaragua (art. 59); Panamá (art. 109); Paraguay (art. 68); Perú (art. 70); República Dominicana (art. 61); Surinam (art. 36); Uruguay (art. 44), y Venezuela (art. 83).

⁷ La Sentencia se remite a los artículos 10 y 11 de la Constitución, los cuales disponen respectivamente que “[e]l Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”, y que “[e]l Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas (...)”.

⁸ Cfr. *Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

⁹ Cfr. *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394.

de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social”¹⁰.

5. En *Cinco Pensionistas*, pese a que las sentencias de cuya inexecución se derivaban todas las violaciones alegadas reivindicaban el derecho a la seguridad social de los cinco pensionistas, la Corte no optó por pronunciarse sobre el deber de progresividad contemplado en el artículo 26 de la Convención Americana y, en su lugar, solo declaró la violación de los artículos 21, 25, 1.1 y 2 del citado instrumento¹¹. En el caso *Acevedo Buendía y Otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*¹² la Corte señaló que del artículo 26 de la Convención surge tanto una obligación de hacer a cargo de los Estados que supone “brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga”, como un deber de no regresividad que “resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate”¹³. Aún así, el Tribunal no encontró motivos para retener la violación de dicho artículo y únicamente declaró vulnerados los derechos a la protección judicial y la propiedad privada¹⁴.

6. En *Suarez Peralta Vs. Ecuador*¹⁵, un caso que versaba eminentemente sobre el derecho a la salud, aunque la Corte reiteró “la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos”¹⁶, subsumió el contenido de dicho derecho a la integridad personal y no declaró la violación del artículo 26 de la Convención. Y así sucedió con otros casos vinculados a algún DESC¹⁷, todo ello hasta que se conoció el caso *Lagos del Campo Vs. Perú*¹⁸. En dicha sentencia, la Corte utilizó el artículo 26 de la Convención para remitirse a las disposiciones de la Carta de la OEA y analizar si en ellas se podría encontrar mención específica a los elementos constitutivos del derecho a la estabilidad laboral con un grado de precisión que el mismo pudiera desprenderse del propio artículo 26. Luego se auxilió del *corpus iuris* internacional y nacional en la materia para delimitar el contenido del derecho a la estabilidad laboral y,

¹⁰ Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 147.

¹¹ Cfr. Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98, párr. 148 y puntos resolutiveos 1, 2 y 3.

¹² Cfr. 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.

¹³ Caso *Acevedo Buendía y Otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 102-103.

¹⁴ Cfr. Caso *Acevedo Buendía y Otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, puntos resolutiveos 2 y 3.

¹⁵ Cfr. Caso *Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261

¹⁶ Caso *Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr. 131.

¹⁷ Cfr. Caso *Canales Huapaya y Otros Vs. Perú*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C No. 296, y Caso *Gonzales Lluy y Otros Vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

¹⁸ Cfr. Caso *Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.

serviéndose de las reglas de interpretación del artículo 29 de la Convención, juzgó que dicho derecho se enmarcaba en el ámbito de protección del artículo 26 de la Convención.

7. El desarrollo del mencionado criterio prosiguió en posteriores decisiones como: *Trabajadores Cesados de Petroperú y Otros Vs. Perú*¹⁹, *San Miguel Sosa Vs. Venezuela*²⁰, *Poblete Vilches y Otros Vs. Chile*²¹, *Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*²², *Muelle Flores Vs. Perú*²³, y *Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*²⁴. Es preciso destacar que desde *Poblete Vilches*, la Corte reconoció lo siguiente:

“Así, resulta claro interpretar que la Convención Americana incorporó en su catálogo de derechos protegidos los denominados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), a través de una derivación de las normas reconocidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), así como de las normas de interpretación dispuestas en el propio artículo 29 de la Convención; particularmente, que impide limitar o excluir el goce de los derechos establecidos en la Declaración Americana e inclusive los reconocidos en materia interna. Asimismo, de conformidad con una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva, la Corte ha recurrido al corpus iuris internacional y nacional en la materia para dar contenido específico al alcance de los derechos tutelados por la Convención, a fin de derivar el alcance de las obligaciones específicas de cada derecho”²⁵.

III. Inconveniente reiteración de violaciones en el caso concreto

8. Una de las consecuencias más notables que tuvo este cambio jurisprudencial fue que ahora las violaciones a los DESCAs se analizan de manera autónoma, y por lo tanto se declara la responsabilidad internacional del Estado por violaciones al artículo 26 de la Convención en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento. Esto fue lo que sucedió en todos los casos antes mencionados. Por ejemplo, en *Cuscul Pivaral* se resolvió que “[e]l Estado es responsable por la violación al derecho a la salud, [...] en perjuicio de las 49 personas listadas como víctimas [...]”²⁶, y en *Muelle Flores* se resolvió que “[e]l Estado es responsable por la violación del derecho a la seguridad social [...] en perjuicio del señor Oscar Muelle Flores”²⁷. En consideración al cambio jurisprudencial introducido por *Lagos del Campo Vs. Perú*, llama la

¹⁹ Cfr. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y Otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344.

²⁰ Cfr. *Caso San Miguel Sosa y Otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348.

²¹ Cfr. *Caso Poblete Vilches y Otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349.

²² Cfr. *Caso Cuscul Pivaral y Otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359

²³ Cfr. *Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375

²⁴ Cfr. *Caso de la Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394.

²⁵ *Caso Poblete Vilches y Otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 103.

²⁶ *Caso Cuscul Pivaral y Otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, Punto Resolutivo 1.

²⁷ *Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, Punto Resolutivo 5

atención que en la Sentencia de *Hernández Vs. Argentina* la Corte haya establecido la violación del artículo 5.1 y 5.2 en el punto resolutivo 3 de la Sentencia, después de ya haberla declarado en el punto resolutivo 2. Además de ser repetitivo, resulta inconveniente porque en la violación del punto resolutivo 3 se declara conjuntamente con la del artículo 26 de la Convención, no de manera independiente, como ya lo había hecho de manera reiterada y clara en casos previos.

9. La reiteración que hace la Corte de la vulneración del derecho a la integridad personal junto a la del derecho a la salud pareciera indicar que esta última no se sostiene como una violación autónoma, sino en conexidad con la primera. Si el derecho a la salud es un derecho autónomo, justiciable en virtud del artículo 26 de la Convención, ¿por qué no podía declararse su violación en un punto resolutivo separado, como se hizo en *Poblete Vilches* y en *Cuscul Pivara*? Es decir, si ya la jurisprudencia ha superado la aproximación de la conexidad e interdependencia con los derechos civiles y políticos como única vía para conocer las violaciones de los DESCAs a través de la Convención y, en cambio, la protección de estos ha sido incorporada al catálogo de derechos protegidos por dicho instrumento, subyace la inquietud de porqué declarar la vulneración del derecho a la salud junto a la del derecho a la integridad personal, máxime si este aspecto ya había sido resuelto en el punto resolutivo anterior en la Sentencia.

10. Del modo en que consta en la Sentencia, la consignación de ambas violaciones en un mismo punto resolutivo eventualmente puede sugerir un retorno a la tesis de la conexidad, como si la vulneración del derecho a la salud no pudiera declararse con independencia de la violación al derecho a la integridad personal. Desde luego, esta eventual lectura implicaría un evidente retroceso en la efectividad de los DESCAs ante el Sistema Interamericano, relegando su justiciabilidad directa a un segundo plano, condicionado siempre a la transgresión primigenia de un derecho civil y político, como era razón sentada en fallos anteriores a la sentencia *Lagos del Campo Vs. Perú*. Adicionalmente, y de manera implícita, esto también podría denotar la superposición jerárquica de los derechos civiles y políticos por encima de los DESCAs, cuando para esta Corte entre las obligaciones atinentes a ambas categorías no puede ni debe existir jerarquía alguna por ser vinculantes en igual medida para los Estados suscribientes de la Convención Americana. Estas son las razones por las cuales me veo en la obligación de emitir mi voto parcialmente disidente.

IV. Conclusión

11. Como consecuencia del razonamiento desarrollado, es obligación de la Corte mantener congruencia con los precedentes consistentes, con los fallos y jurisprudencia que más garantizan los derechos en materia de protección y acceso directo al derecho a la salud, en tanto derecho autónomo, esforzándose en enriquecer progresivamente su contenido específico, con el fin de evitar interpretaciones que insinúen regresividad en su hermenéutica garantista y, para el caso específico, dejar en claro el mensaje de que no es suficiente la simple adopción gradual de providencias para mejorar el acceso por parte de la población, sino que son obligaciones de exigibilidad directa e inmediata vía el artículo 26 de la Convención, destacando que su incumplimiento conlleva la responsabilidad internacional de los Estados, razonamiento que a partir de *Lagos del Campo* ha sido aprobado de manera reiterada y mayoritaria por el Pleno de la Corte.

Patricio Pazmiño Freire

Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario