

**VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE DEL
JUEZ HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO**

**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. En el marco de mi usual respeto por las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo adelante “la Corte” o “el Tribunal”), formulo el presente voto para reafirmar y profundizar sobre las diversas contradicciones e inconsistencias lógicas y jurídicas de las que adolece la teoría de la justiciabilidad directa y autónoma de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en lo adelante “DESCA”) a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo adelante “la Convención”), que ha sido asumida por la mayoría de los jueces del Tribunal desde el caso *Lagos del Campo Vs. Perú*. En particular, explicaré mis discrepancias respecto al análisis de fondo que realizó la Corte para determinar la responsabilidad internacional de la República Argentina (en adelante “el Estado”) por la violación del derecho a la salud, declarada en el punto resolutivo 3 de la sentencia del caso *Hernández Vs. Argentina* (en lo adelante “la Sentencia” o “el caso Hernández”).

2. De tal suerte, este voto complementa los razonamientos de mis votos parcialmente disidentes a los casos *Lagos del Campo Vs. Perú*¹, *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú*², *San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*³, *Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*⁴, *Muelle Flores Vs. Perú*⁵ y *Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*⁶, así como de mis votos concurrentes a los casos *Gonzales Llu y otros*

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. Voto parcialmente disidente del Juez Antonio Humberto Sierra Porto.

² 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. Voto parcialmente disidente del Juez Antonio Humberto Sierra Porto.

³ Cfr. *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

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. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵ Cfr. *Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶ 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. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

*Vs. Ecuador*⁷, *Poblete Vilches y otros Vs. Chile*⁸, y *Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala*⁹.

3. El desarrollo de mi análisis seguirá el orden siguiente: i) la naturaleza prestacional del derecho a la salud, ii) la inversión de la carga de la prueba en casos de relaciones de especial sujeción, y iii) el cambio abrupto en la modalidad de declaración de las violaciones en los puntos resolutivos.

II. Naturaleza prestacional del derecho a la salud

4. En la Sentencia, el principal problema jurídico identificado por la Corte es el alcance del derecho a la salud como un derecho autónomo que deriva del artículo 26 de la Convención Americana. Como lo he expresado en los votos antes mencionados, el razonamiento adoptado por el Tribunal a partir del caso *Lagos del Campo Vs. Perú*, según el cual los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en lo adelante “DESCA”) son directamente justiciables por la vía de peticiones individuales, carece de sustento normativo porque no se incluye dentro de las competencias expresamente otorgadas al Tribunal tanto por la Convención Americana como por el artículo 19.6 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en lo adelante “Protocolo de San Salvador”), interpretados a la luz de los artículos 30 y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

5. Además de los límites claramente definidos en los referidos tratados respecto a la competencia contenciosa de la Corte en materia de DESCAs, en primer lugar, es necesario señalar que, contrario lo razonado por la Corte en la Sentencia, y que fue propuesto desde el caso *Poblete Vilches y Cuscul Pivaral y otros*, no es cierto que los artículos 34.i, 34.l y 45.h de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en lo adelante “Carta de la OEA”) contemplen una referencia “con suficiente grado de especificidad” a la salud como para derivar la existencia de un derecho concreto. Tales disposiciones ni siquiera hacen mención general de un concepto que pueda asimilarse a un derecho individual, sino simples declaraciones genéricas sobre la “[d]efensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica”¹⁰, y las “[c]ondiciones que hagan posible una vida sana, productiva y digna”¹¹. Esto no significa que no exista un derecho a la salud reconocido en el ámbito internacional, pues el propio Protocolo de San Salvador lo prevé en su artículo 10, sino que no es posible “derivar” ese derecho de la Carta de la OEA.

⁷ Cfr. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298. Voto concurrente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ Cfr. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349. Voto concurrente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

⁹ Cfr. *Caso Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 387. Voto concurrente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁰ Carta de la Organización de Estados Americanos. Firmada en la IX Conferencia Internacional Americana de 30 de abril de 1948 y reformada, *inter alia*, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de Estados Americanos (Protocolo de Managua), suscrito en el XIX período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de 10 de junio de 1993. Artículo 34.i

¹¹ *Ibidem*. Artículo 34.l

6. En segundo lugar, me parece igualmente cuestionable el modo en que la Corte utiliza el artículo 29 de la Convención para extender el alcance de su competencia, particularmente en lo atinente a la remisión al *corpus iuris* internacional. Si bien en la Sentencia se señala que la normativa internacional "(...) se utilizará en forma complementaria a la normativa convencional" y que la Corte "(...) no está asumiendo competencias sobre tratados en los que no la tiene, ni tampoco está otorgando jerarquía convencional a normas contenidas en otros instrumentos nacionales o internacionales relacionados con los DESCAs", en realidad lo que se hace es extrapolar las obligaciones allí contenidas al artículo 26 de la Convención para dotarlo de un contenido que explícitamente no dispone. Es decir, a partir de *Lagos del Campo Vs. Perú*, la Corte ha pretendido utilizar el artículo 26 como una carta en blanco para trasponer a la Convención obligaciones consagradas en otros tratados respecto a los cuales el Tribunal carece expresamente de competencia.

7. De la misma manera, se recurre a la interpretación evolutiva, según la cual los tratados son "instrumentos vivos", para justificar la creación *ex post* de estos derechos, cuando el espíritu del artículo 26 de la Convención es que "los recursos disponibles" de los Estados se orienten siempre a ampliar el espectro de protección de los derechos ya reconocidos por la Convención, no pudiendo, salvo bajo circunstancias extraordinarias de interés social, disminuir sus garantías luego de alcanzado determinado nivel de tutela o cercenar por completo un derecho particular luego de su consagración positiva. En atención a los últimos precedentes de la Corte en materia de DESCAs, hay que preguntarse razonablemente cuál es el alcance del artículo 26 de la Convención dado que carece de contenido específico y que la tendencia del Tribunal es expandir las obligaciones que presuntamente de allí se derivan.

8. Por otro lado, en lo que refiere específicamente al derecho a la salud, en la Sentencia se reitera que este "(...) se refiere al derecho de toda persona a gozar del más alto nivel de bienestar físico, mental y social" y que "(...) abarca la atención de salud oportuna y apropiada conforme a los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad". Igualmente, la Sentencia afirma que "(...) la naturaleza y alcance de las obligaciones que derivan de la protección del derecho a la salud incluyen aspectos que tienen una exigibilidad inmediata, así como aspectos que tienen un carácter progresivo".

9. En relación con dichas obligaciones, la Corte consideró que el señor Hernández sufrió graves daños a su salud como resultado de la enfermedad que contrajo mientras se encontraba detenido y que continuaron con posterioridad al cumplimiento de la pena. En particular, se refirió a que: i) en al menos tres ocasiones, el 29 de agosto de 1990, el 27 de septiembre de 1990, y el 24 de octubre de 1990, el señor Hernández no pudo ser internado en el hospital correspondiente en virtud de la falta de disponibilidad de camas; ii) existieron lapsos de tiempo prolongado, atendiendo a la naturaleza de la enfermedad que padeció, en que dejó de recibir atención médica, y iii) padeció sufrimientos y afectaciones a su salud y sus capacidades físicas y psíquicas como resultado de su enfermedad.

10. Por otra parte, la Corte concluyó que el Estado era responsable por haber violado el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana. Al respecto, la Corte señaló que: i) el Estado no cumplió oportunamente las órdenes del Juez de la causa de que se le brindara atención médica al señor Hernández antes las denuncias de su madre respecto a su estado gripal, dolor de oído y dolores encefálicos en 1989 y 1990, y ii) estuvo detenido en la Comisaría de Monte Grande desde

el 7 de febrero de 1989 hasta el 3 de agosto de 1990, aun cuando no existía espacio físico suficiente para albergar al número de detenidos.

11. De la lectura de tales extractos de la Sentencia, se observa que, al igual que lo ha hecho en otros casos¹², el análisis de la violación al derecho a la salud está íntimamente ligado a las afectaciones a la integridad personal. En realidad, resulta bastante difícil, discernir dónde comienzan y dónde terminan las obligaciones atinentes a cada derecho, cuyo incumplimiento derivó en la declaración de la responsabilidad internacional del Estado. Así, es posible afirmar que las consideraciones vertidas en la Sentencia en cuanto a las obligaciones del Estado en materia de salud cobran sentido práctico una vez que se reflejan en el análisis del artículo 5 de la Convención.

12. Al igual que sucedió en el caso *Poblete Vilches y Cuscul Pivaral*, resulta innecesario el análisis del artículo 26 de manera autónoma. La inutilidad de dicho análisis se pone de manifiesto, por ejemplo, con ocasión del reciente caso *Rodríguez Revolorio Vs. Guatemala*, en el que los estándares en materia de atención médica de las personas privadas de libertad se subsumen en el examen del artículo 5 de la Convención y configuran uno de los elementos por los que es declarada la violación a la integridad personal¹³, como tradicionalmente se había hecho en casos de similar naturaleza¹⁴. En efecto, en el caso *sub examine*, este análisis conlleva una duplicidad innecesaria en cuanto a la declaratoria de los derechos violados, lo que se evidencia en el hecho de las actuaciones y omisiones estatales que configuran la violación del derecho a la salud y de la integridad personal son, en esencia, las mismas. De hecho, si se suprime lo concerniente a la falta de atención médica adecuada y oportuna del análisis del artículo 5, este queda prácticamente desprovisto de elementos contundentes que justifiquen la violación de la integridad personal.

13. Lo anterior refuerza la prudencia de la tesis que sostiene que el derecho a la salud debe ser analizado, en su faceta "individual", en relación con los derechos civiles y políticos conexos que puedan verse afectados, en este caso el derecho a la integridad personal, y en su faceta "progresiva", en relación con la suficiencia de los servicios de salud que el Estado provee. Enfocar el análisis de esta forma le permitiría a la Corte identificar, por un lado, cuándo es posible vincular las acciones del Estado en materia de prestación de servicios de salud con la violación a la integridad personal para así declarar la violación de este derecho en relación con el artículo 26 de la Convención, como se hizo por ejemplo en *Poblete Vilches*¹⁵ y *Cuscul Pivaral*¹⁶.

¹² Cfr. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349. Voto concurrente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto, párr. 6, y *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto, párr. 5.

¹³ Cfr. *Caso Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 387, párr. 90.

¹⁴ Cfr. *Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 26, párr. 44, y *Caso Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312, párrs. 188 y 189.

¹⁵ Cfr. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, puntos resolutivos 3 y 4.

¹⁶ 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, puntos resolutivos 5 y 6.

14. Desde esta perspectiva, me parece útil el análisis del artículo 26 en la medida en que permite ampliar el alcance de los propios derechos consagrados expresamente en la Convención y, en tal sentido, me resulta razonable la fórmula utilizada por los puntos resolutivos de dichos casos para declarar la violación de la integridad personal y la vida en conexidad con el deber de progresividad. Finalmente, dicho enfoque permitiría también que la Corte evalúe directamente cuándo la política pública en materia de DESCA en el Estado es, *per se*, violatoria de las obligaciones de progresividad establecidas en el artículo 26 de la Convención¹⁷.

III. Inversión de la carga de la prueba en casos de relaciones de especial sujeción

15. La Sentencia afirma que en el caso "(...) no está controvertido que el daño sufrido en la salud por parte del señor Hernández tiene un nexo causal con la enfermedad que padeció mientras estuvo bajo la custodia estatal, y correspondía al Estado aportar elementos probatorios que demostrasen la provisión de un tratamiento adecuado y oportuno mientras la presunta víctima estuvo privada de su libertad, lo cual no ocurrió en el presente caso". Considero importante hacer énfasis en que esta inversión de la carga de la prueba en relación con la responsabilidad internacional del Estado, se corresponde con un criterio ampliamente desarrollado por la Corte¹⁸, que solo se justifica dada la relación de especial sujeción en la cual se encontraba el señor Hernández por su condición de persona privada de la libertad. La aclaración resulta pertinente, sobre todo porque esta consideración fue por primera vez fundamento de la declaración de responsabilidad por vulneración del derecho a la salud, y no a la integridad personal. Lo anterior no debe desdibujar los objetivos concretos de la previsión jurisprudencial, ni tener efectos en casos posteriores donde no se cumplan estrictamente los criterios que fundamentan esta relación entre los individuos y el Estado.

IV. Cambio abrupto en la modalidad de declaración de las violaciones en los puntos resolutivos

16. Los problemas resaltados en la sección II de este voto –que he recalcado reiteradamente en otros votos- han derivado en una multiplicidad de modalidades para declarar las violaciones en los puntos resolutivos que, por la falta de motivos que justifiquen los cambios en uno y otro caso, pareciera obedecer más al ánimo de la mayoría que a un ejercicio reflexivo por parte de la Corte. Como señalé en mi voto respecto al caso *Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*, en esa ocasión se agruparon todas las violaciones declaradas en un mismo punto resolutivo. Sin embargo, en el caso *Hernández* se colocó la violación de la integridad personal y de la salud en puntos resolutivos distintos, pero repitiendo la vulneración del primero en la declaración del segundo.

17. Ante lo abrupto de tales cambios (debe recordarse que ambas sentencias votadas con un día de diferencia), hay que preguntarse por qué, si ambos abordan la violación

¹⁷ Cfr. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349. Voto concurrente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto, párr. 12, y *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto, párr. 6.

¹⁸ Cfr. *Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 138, y *Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312, párr. 173.

del artículo 26 de modo autónomo, en *Hernández* la Corte declaró la vulneración del derecho a la salud junto a la de la integridad personal, reiterando dos veces la declaración de responsabilidad respecto a este último. Como fue redactado, el punto resolutivo 3 parece entrever que la violación del derecho a la salud no puede subsistir por sí misma, sino en conexidad con la del derecho a la integridad personal, que es justamente lo que se había hecho (pero sin colocarlo en los puntos resolutivos) en los casos *Vera Vera y otra Vs. Ecuador* y *Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala*, por mencionar dos ejemplos. Una vez más se evidencia la inutilidad del análisis del artículo 26 de la Convención de la manera en que lo ha hecho la Corte a partir de *Lagos del Campo*.

Humberto Antonio Sierra Porto
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario