

VOTO CONCURRENTENTE DE LA JUEZA MARGARETTE MAY MACAULAY EN EL CASO FURLAN Y FAMILIARES VS. ARGENTINA

1. He votado por la adopción de esta sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*. Sin embargo, quiero presentar en este voto concurrente mi opinión sobre la posibilidad de resolver parte del conflicto desde una perspectiva que contempla la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales bajo el alcance del artículo 26 de la Convención Americana. Aunque estoy de acuerdo con la decisión de la Corte, deseo analizar el tema de la obligación de respetar y garantizar el derecho a la salud y a la seguridad social, con el fin de contribuir a las discusiones futuras que tendrá la Corte en relación con este tema.

2. El capítulo III de la Convención Americana se titula "Derechos Económicos, Sociales y Culturales". Este capítulo incluye el artículo 26 como su única cláusula, llamada "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.

3. La jurisprudencia de la Corte ha establecido criterios específicos que le permiten obtener un entendimiento del alcance de la referencia que hace el artículo 26 a las normas "contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires." De hecho, en la opinión consultiva sobre el alcance de la Declaración Americana, la Corte indicó que los "los Estados Miembros han entendido que la Declaración" Americana de los Derechos y Deberes del Hombre "contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración"¹. En relación al presente caso la Declaración Americana contiene estándares sobre el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social².

4. Adicionalmente, la Declaración Americana indica en el Artículo XI que toda persona tiene el 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". El Artículo 45 de la Carta de la

¹ *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* en el marco del Artículo 64 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, para. 39.

² Artículo 34 i) de la Carta de la OEA, que incluye dentro de sus metas de lograr desarrollo integral la "[d]efensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica".

OEA requiere que los Estados Miembros “dedi[quen] sus máximos esfuerzos [... para el] [d]esarrollo de una política eficiente de seguridad social”. Adicionalmente, el Artículo XVI de la Declaración Americana indica que “[t]oda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

5. Por otra parte, la Corte ha mencionado las diferentes obligaciones que se derivan de estos derechos dentro del marco de la Convención Americana. La Corte ha especificado varios aspectos de los conceptos de progresividad y no-regresividad en temas de derechos sociales³. Adicionalmente, la Corte ha interpretado e indicado que aparte de regular el desarrollo progresivo de estos derechos, una interpretación sistemática de la Convención Americana requiere entender que las obligaciones de respeto y garantía se aplican a los derechos económicos, sociales y culturales. De hecho, la Corte ha indicado que este artículo “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”⁴. En ese sentido, la obligación establecida en artículo 26 funciona como una norma especial en relación a la norma general contemplada en el artículo 2 sobre la adopción de disposiciones de derecho interno.

6. En el presente caso hay leyes y reglamentos mediante los cuales se ha establecido el acceso a varios beneficios relacionados con el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social. Sin embargo, las partes alegaron supuestos obstáculos al acceso a dichos beneficios. Al respecto, en mi opinión el problema no es una discusión sobre la realización progresiva o regresión de estos derechos, más bien gira en torno al deber de garantizarlos. Por lo tanto, sería útil basarse en las fuentes que permiten una interpretación al contenido de esta obligación de garantizar el derecho a la salud y a la seguridad social. Generalmente estas fuentes especifican la manera en que el Estado debe garantizar el uso efectivo de los derechos sociales y la obligación de adoptar medidas para quitar cualquier potencial obstáculo al goce de estos derechos⁵.

7. Para determinar estas fuentes se debe aplicar el principio *pro persona* y considerar que, de acuerdo al contenido del artículo 29(b) del Pacto de San José, las disposiciones de la Convención Americana no se pueden interpretar de una manera que “limit[e] el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”⁶. Por lo tanto, con el objetivo de brindarle contenido a ambos derechos, es necesario hacer referencia a tratados tales como el Pacto de San Salvador, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷ y aquellos especificados por la entidad a cargo de su interpretación, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

8. Considerando que el Protocolo de San Salvador podría ser utilizado para la interpretación del alcance de las disposiciones de la Convención Americana, en mi opinión

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, párrs. 102 y 103.

⁴ *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú,* párr. 100.

⁵ Este es el alcance general de la obligación de respetar todos los derechos humanos. *Cfr. Caso Velásquez-Rodríguez v. Honduras.* Fondo. Sentencia del 29 de Julio de 1988. Serie C No. 4.

⁶ *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Series A No. 5, párr. 52.

⁷ Aprobado por Argentina mediante la Ley 23.313, ratificada el 8 de agosto de 1986.

es necesario establecer los detalles específicos. Aunque el Protocolo de San Salvador establece que entre los derechos sociales que éste consagra solamente el derecho a la educación y ciertos derechos sindicales serán justiciables (artículo 19), este Protocolo no establece ninguna disposición cuya intención fuera limitar el alcance de la Convención Americana. Por ende, al interpretar la Convención, se debe realizar una interpretación sistemática de ambos tratados, tomando en cuenta su propósito. Además, la Convención de Viena exige una interpretación de buena fe de los términos del artículo 26, tal y como se realizó anteriormente para determinar el alcance de la remisión textual que se llevó a cabo sobre el artículo mencionado anteriormente en relación a la Carta de la OEA y su relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Esta interpretación de buena requiere del reconocimiento de que la Convención Americana no establece distinciones al señalar que su jurisdicción cubre todos los derechos establecidos entre los artículos 3 y 26 de la Convención. Además, el artículo 4 del Protocolo de San Salvador establece que ningún derecho reconocido o vigente en un Estado puede ser restringido o infringido en virtud de los instrumentos internacionales, con la excusa de que el Protocolo mencionado anteriormente no lo reconoce o lo reconoce a un menor grado. Finalmente, la Convención de Viena declara que una interpretación no debería derivar en un resultado manifiestamente absurdo o irracional. En este sentido, la conclusión que el Protocolo de San Salvador limita el alcance de la Convención, derivaría en la absurda consideración de que la Convención Americana podría tener ciertos efectos entre los Estados Partes del Protocolo de San Salvador, y a la vez tener otro efecto distinto para los Estados que no son partes en dicho Protocolo.⁸

9. También me gustaría enfatizar que es necesario que la Corte, como intérprete autorizado de la Convención, actualice el sentido normativo del artículo 26. Mi opinión es que lo que importa no es la intención subjetiva de los delegados de los Estados en el momento de la Conferencia de San José o durante la discusión del Protocolo de San Salvador, sino la intención objetivada del texto de la convención americana, tomando en cuenta que el deber del intérprete es actualizar el sentido normativo del instrumento internacional. Además, usando una interpretación histórica, basada en la intención hipotética que se habría tenido respecto a la Convención Americana por parte de los delegados que adoptaron el Protocolo de San Salvador no se puede desacreditar el contenido explícito de dicha Convención Americana.

10. Por otra parte, las reglas de interpretación de la Convención de Viena también están sujetas a interpretación. La "intención del Estado" es un aspecto susceptible a interpretación. De ahí la importancia de armonizar la regla del sentido literal con las otras reglas relacionadas al contexto, objeto y propósito del tratado, y además los trabajos preparatorios. En el caso *Campo Algodonero* la Corte desarrolló una visión más integral de los medios de interpretación considerados en la Convención de Viena.⁹ Esto es de la mayor importancia, teniendo en cuenta que procede interpretar una convención como la Convención Americana, que tiene ya más de 40 años en vigencia, y un protocolo, como el Protocolo de San Salvador, adoptado hace más de 20 años, con el fin de dar pleno efecto a los derechos reconocidos en el mismo.

11. En el presente caso, como se mencionó anteriormente, se podría dar a entender que aunque el Estado se refirió a la existencia de leyes y políticas que podrían haberle permitido a Sebastián Furlan obtener acceso a esquemas de seguridad social y a servicios gratuitos de salud pública, no hay información sobre las regulaciones y evidencia específica

⁸ Únicamente 15 Estados han ratificado el Protocolo de El Salvador. Fuente: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos4.htm>

⁹ Corte IDH, *Caso González et al. ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

que desmienta los problemas de accesibilidad enfrentados por Sebastián Furlan ni teniendo en cuenta el comportamiento de Danilo Furlan considerado como irracional en dichas ocasiones en que él y su familia no comparecieron ante las autoridades de salud. Se entiende claramente que varias de las obligaciones del Estado, establecidas por el derecho internacional y también en la esfera interna, se asumieron de manera desproporcional, por el grupo familiar de Sebastián Furlan, cuyos miembros no tuvieron suficientes recursos económicos para manejar la discapacidad mental de la víctima.

12. Las omisiones y deficiencias en la atención médica provista por los hospitales y la falta de orientación adicional por las distintas instituciones del estado involucradas en este caso, particularmente al principio, luego del accidente, obstaculizaron el acceso a los beneficios de seguridad social y a un tratamiento oportuno, real, permanente, integral y adecuadamente supervisado, el cual hubiera prevenido o disminuido el deterioro de la salud física y mental de Sebastián Furlan. Estos obstáculos de alguna forma están relacionados a la evidente situación de vulnerabilidad de Sebastián Furlan en ese momento, lo cual resultó en varios intentos de suicidio y en un acto de agresión contra su abuela.

13. Además, estas omisiones e insuficiencias limitaron la posibilidad de alcanzar una rehabilitación, lo cual probablemente hubiera instaurado actitudes más positivas en Sebastián Furlan sobre su discapacidad, el logro del mayor grado de integración posible, autonomía y el fortalecimiento de sus capacidades con atributos positivos en su personalidad. Además, algunos de los planes de bienestar en los cuales el Estado basó su defensa fueron brindados en instituciones a distancias sustanciales de la residencia de la familia Furlan, lo cual demostró los serios problemas de accesibilidad y de disponibilidad en los tratamientos considerados necesarios en su situación.

14. A pesar de que Sebastián Furlan pudo haber recibido acceso a un plan de salud y seguridad social con distintos beneficios relacionados, dicho acceso no ocurrió dentro de un plazo razonable posterior al accidente. Esto se debió en parte a la falta de apoyo por parte del asesor de menores y porque él no recibió en el momento adecuado la compensación que pudo haber contribuido al otorgamiento del cuidado integral que se requería.

15. Finalmente, en el presente caso, las consecuencias de las violaciones cometidas en relación al derecho a la salud y al derecho a seguridad social tuvieron un efecto negativo en la integridad física, emocional y mental de Sebastián Furlan. Además, estas violaciones se explican por la falta de mayor diligencia en cuanto a la adopción de medidas especiales de protección requeridas por el principio de no discriminación en estos tipos de casos. Por ende, en mi opinión, podría decirse que el Estado violó el artículo 26 en relación a los artículos 5 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Sebastián Furlan.

Margarette May Macaulay
Jueza

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario