

**VOTO CONCURRENTENTE DEL JUEZ EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
A LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
EN EL CASO SUÁREZ PERALTA VS. ECUADOR, DE 21 DE MAYO DE 2013**

I. PREMISA INICIAL: LA POSIBILIDAD DE HABER ABORDADO EL DERECHO A LA SALUD DE MANERA DIRECTA Y AUTÓNOMA (ARTÍCULOS 26 Y 1.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA)

1. En el presente caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH” o “Tribunal Interamericano”) declaró responsable internacionalmente al Estado demandado por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial previstos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “Convención Americana” o “Pacto de San José”), así como al deber de garantía del derecho a la integridad personal contenido en el artículo 5.1, todos en relación con el artículo 1.1 del Pacto de San José.

2. Si bien concuro con el sentido del fallo asumido por unanimidad de votos, estimo que el Tribunal Interamericano pudo haber abordado la problemática teniendo en cuenta lo que realmente motivó que el presente caso llegara al Sistema Interamericano y particularmente a su instancia jurisdiccional, que fueron las implicaciones al “derecho a la salud” debido a una mala praxis médica con responsabilidad del Estado, que generó una afectación grave a la salud de una mujer de veintidós años y madre de tres hijos, lo que provocó distintas intervenciones quirúrgicas y padecimientos en detrimento de su dignidad humana.

3. Desde mi perspectiva, esta situación pudo haberse considerado de manera explícita para que dentro de las consideraciones de la Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (en adelante “la Sentencia”)¹, se abordara la cuestión con plenitud y se estudiaran las implicaciones en el caso del derecho a la salud de manera autónoma. Lo anterior, partiendo de reconocer la competencia que otorga a la Corte IDH el artículo 26 del Pacto de San José para pronunciarse sobre el derecho a la salud y entendiendo la justiciabilidad directa de dicho derecho social —y no sólo de manera tangencial y en conexión con otros derechos civiles—, lo que pudo, en su caso, haber derivado en declarar violado dicho dispositivo convencional en forma autónoma, en relación con las obligaciones de respeto y garantía previstas en el artículo 1.1 del Pacto de San José.

4. En efecto, las obligaciones generales de “respeto” y “garantía” que prevé el mencionado precepto convencional —conjuntamente con la obligación de “adecuación” del artículo 2 de la propia Convención Americana— aplican a *todos los derechos*, sean civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, a la luz de la interdependencia e indivisibilidad existente entre *todos los derechos humanos* reconocidos en el Pacto de San José; esta “interdependencia e indivisibilidad” fue expresamente reconocida con particular intensidad respecto al derecho a la salud en la Sentencia que motiva el presente voto razonado², lo

¹ Caso *Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013.

² Véase el párrafo 131 de la Sentencia, que textualmente señala que: “la Corte también considera pertinente recordar la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como

que implica una serie de consecuencias trascendentales, entre las que se encuentra el aceptar que los derechos humanos no tienen jerarquía entre sí, pudiendo ser justiciables de manera directa los derechos civiles y políticos, como los derechos económicos, sociales y culturales.

5. Partiendo de la premisa de que el Tribunal Interamericano tiene plena competencia para analizar violaciones de *todos los derechos* reconocidos en la Convención Americana incluyendo los relativos al artículo 26³, entre los cuales se encuentra el derecho al Desarrollo Progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que comprende el derecho a la salud —como se reconoce en la Sentencia que motiva el presente voto razonado⁴—, considero que en el presente caso se debió analizar directamente este derecho social, debido a la competencia que entiendo tiene esta Corte IDH para pronunciarse sobre una posible violación a la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente del derecho a la salud.

6. En efecto, la competencia de la Corte IDH para conocer del derecho a la salud se encuentra directamente en el artículo 26 (Desarrollo Progresivo)⁵ del Pacto de San José (a través de distintas vías interpretativas (*infra* párrs. 33-72), en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos)⁶ y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno)⁷, así como del artículo 29 (Normas de Interpretación)⁸ de la propia Convención

derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”; lo anterior, siguiendo el precedente del Tribunal Interamericano en el *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. 101.

³ Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)*, *supra*, párr. 16: “el Tribunal ha señalado anteriormente que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones”, y así decide entrar al fondo del asunto al desestimar la excepción preliminar planteada por el Estado, precisamente sobre la supuesta incompetencia de la Corte IDH respecto del artículo 26 de la Convención Americana.

⁴ Cfr. el párr. 131 de la Sentencia, que hace referencia a la Carta de la OEA y en nota 192 establece: “El artículo 26 de la Convención Americana (Pacto de San José) refiere al desarrollo progresivo ‘de los derechos que se derivan de las normas económicas [y] sociales [...], contenidas en la Carta de la [OEA] [...] en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados’. Contenido en dicha referencia se encuentra el derecho a la salud” (subrayado añadido).

⁵ “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”.

⁶ “Artículo 1. *Obligación de Respetar los Derechos*. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

⁷ “Artículo 2. *Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos

Americana. Además, considerando los artículos 34.i)⁹ y 45 h)¹⁰ de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el artículo XI¹¹ de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y el artículo 25.1¹² de la Declaración Universal de Derechos Humanos (los dos últimos instrumentos de conformidad con lo previsto en el artículo 29.d¹³ del Pacto de San José), así como otros instrumentos y fuentes internacionales que le otorgan contenido, definición y alcances al derecho a la salud —como lo ha hecho la Corte IDH respecto de los derechos civiles y políticos—¹⁴, como lo son los

constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

⁸ Convención Americana: “Artículo 29. *Normas de Interpretación*. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar 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; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

⁹ El artículo 34. i) de la Carta de la OEA establece entre los “objetivos básicos del desarrollo integral” la “defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica” (subrayado añadido).

¹⁰ 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”. En la Sentencia se utiliza este precepto en relación con el artículo 26 para derivar el derecho a la salud, véase el párr. 131 y la nota 176 de la Sentencia a que se refiere el presente voto razonado; si bien parece más relacionado sobre la temática el artículo 34. i) de la propia Carta de la OEA.

¹¹ Convención Americana: “Artículo XI. 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” (subrayado añadido).

¹² Convención Americana: “Artículo 25.1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”.

¹³ Expresamente se refiere a que no se puede limitar el efecto que puede producir la “Declaración Americana” y “otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

¹⁴ Por ejemplo, en el *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 153, se estableció: “El contenido y alcances del artículo 19 de la Convención Americana deben ser precisados, en casos como el presente, tomando en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular de sus artículos 6, 37, 38 y 39, y del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que los Estados deben respetar”.

Otro ejemplo es el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párrs. 147 y 148, este último señala: “Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de

artículos 10¹⁵ del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 17 y 33.2 de la Carta Social de las Américas¹⁶, 12.1 y 12.2.d)¹⁷ del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 12.1¹⁸ de

conformidad con el artículo 29.b de la Convención -que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua”.

De igual forma, en el *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No.221, párr. 121, la Corte IDH estableció que: “María Macarena Gelman tenía derecho a medidas especiales de protección [...] [por lo que] las alegadas violaciones a los derechos reconocidos en los artículos 3, 17, 18 y 20 de la Convención deben interpretarse a la luz del *corpus juris* de los derechos de la niñez y, en particular según las circunstancias especiales del caso, armónicamente con las demás normas que les atañen, en especial con los artículos 7, 8, 9, 11, 16, y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

¹⁵ Protocolo adicional a la Convención sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales: “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”.

¹⁶ Carta Social de las Américas, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 4 de junio de 2012, en Cochabamba, Bolivia.

“Capítulo III, Artículo 6. Los Estados Miembros reafirman que *el goce del grado máximo de salud que se puede lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin discriminación y reconocen que la salud es una condición fundamental para la inclusión y cohesión social, el desarrollo integral y el crecimiento económico con equidad*. En este contexto, los Estados Miembros reafirman su responsabilidad y compromiso de mejorar la disponibilidad, el acceso y la calidad de los *servicios de atención de la salud*. Los Estados están comprometidos con estos esfuerzos nacionales en materia de salud de acuerdo con los principios promovidos por la Agenda de Salud para las Américas 2008-2017: los derechos humanos, la universalidad, la integralidad, la accesibilidad e inclusión, la solidaridad panamericana, la equidad en salud y la participación social.

Los Estados Miembros afirman su compromiso de promover formas de vida sana y de fortalecer su capacidad para prevenir, detectar y responder a enfermedades crónicas no contagiosas, enfermedades infecciosas actuales y emergentes y a los problemas de salud relacionados con el medio ambiente. Los Estados Miembros también se comprometen a promover el bienestar de sus pueblos mediante estrategias de prevención y atención y, en asociaciones con organizaciones públicas o privadas, a mejorar el *acceso a la atención de salud*”.

“Capítulo V, Artículo 1: “El desarrollo integral abarca, entre otros, los campos económico, social, educativo, cultural, científico, tecnológico, laboral, *de la salud* y ambiental, en los cuales deben obtenerse las metas que cada país defina para lograrlo.”

¹⁷ Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales: “Artículo 12. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible

la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer,²⁴¹⁹ y 25²⁰ de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros instrumentos²¹ y fuentes internacionales²² —incluso nacionales vía el artículo 29.b)²³ de la Convención Americana²⁴—. Y lo anterior sin que sea obstáculo el artículo 19.6²⁵ del Protocolo de San

de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:...d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

¹⁸ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: “Artículo 12. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”.

¹⁹ Convención sobre los derechos del niño: “Artículo 24. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas [...]”.

²⁰ Convención sobre los derechos del niño: “Artículo 25. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación”.

²¹ Por ejemplo, la Convención sobre la protección de los trabajadores migratorios y sus familias: “Artículo 28. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esta atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo”. En general, véanse los instrumentos que se mencionan en la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)”, párr. 2.

²² Como pueden ser las recomendaciones y observaciones generales de distintos Comités. Especialmente resulta relevante para el derecho a la salud, la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que interpreta el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”. Así como los Principios de Limburgo, relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que señalan en su párrafo 25: “Se obliga a los Estados Partes a garantizar el respeto de los derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico”.

Asimismo, también resultan de interés los *Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador*, OEA/Ser.L/XXV.2.1, Doc 2/11 rev.2, 16 de diciembre de 2012.

²³ Convención Americana: “Artículo 29 b. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho que puedan estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes”.

²⁴ La mayoría de las Constituciones nacionales de los países que han suscrito el Pacto de San José regulan de manera explícita, implícita con otros preceptos o a través de la incorporación de tratados internacionales, la protección del derecho a la salud. Véase *infra* párrs. 74-75. Asimismo, conviene tener presente que la Corte IDH, ha utilizado los contenidos de las Constituciones nacionales

Salvador, que refiere sólo a la justiciabilidad de algunos derechos sindicales y de educación, toda vez que es el propio artículo 26 de la Convención Americana el que otorga esta posibilidad, como veremos más adelante.

7. Evidentemente, esta posición demanda un mayor escrutinio en la interpretación normativa interamericana en su conjunto y particularmente del artículo 26 del Pacto de San José, que prevé “la plena efectividad” de los derechos económicos, sociales y culturales, sin que los elementos de “progresividad” y de “recursos disponibles” a que alude este precepto, puedan configurarse como condicionantes normativos para la justiciabilidad de dichos derechos, sino en todo caso constituyen aspectos sobre su implementación de conformidad con las particularidades de cada Estado. De hecho, tal como se señaló en el caso *Acevedo Buendía*, pueden surgir casos donde el control judicial se concentre en alegadas medidas regresivas o en indebido manejo de los recursos disponibles (es decir, control judicial respecto al avance progresivo).

8. Además, esta exigencia argumentativa requiere una visión e interpretación evolutiva, acorde con los tiempos actuales, lo que exige considerar los avances del derecho comparado —especialmente de las altas jurisdicciones nacionales de los Estados Partes, incluso de la tendencia en otros países del mundo—, así como una interpretación que analice el *corpus juris* interamericano en su conjunto, especialmente la relación de la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador.

9. Es por ello que en términos del artículo 66.2 de la Convención Americana²⁶ y en atención de lo deliberado y debatido con mis apreciados colegas, me veo en la necesidad de agregar a la Sentencia mi opinión individual concurrente sobre algunas de las importantes implicaciones que el presente asunto tiene en relación directa y autónoma con el derecho a la salud en casos de mala praxis médica; temática sobre la cual versan los hechos del caso y que en definitivamente gravitó en el fondo del asunto para declarar la responsabilidad internacional del Estado concernido respecto de otros derechos civiles del propio Pacto de San José.

10. La intención del presente voto razonado es invitar a la reflexión sobre la necesaria evolución que en mi concepto debe darse en la jurisprudencia interamericana hacia la eficacia normativa plena del artículo 26 del Pacto de San José y así otorgar transparencia y tutela real a los derechos económicos, sociales y culturales, lo que exige aceptar su

para otorgar ciertos contenidos a los derechos civiles, por ejemplo “en aplicación del artículo 29 de la Convención, es considerable lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Colombia” (derechos fundamentales de los niños). *Caso de la “Masacre de Mapiripán”, supra*, párr. 153.

²⁵ Protocolo adicional a la Convención sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales: “Artículo 19. *Medios de Protección*. 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”.

²⁶ El artículo 66.2 de la Convención Americana establece: “Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual”. Asimismo, véanse los artículos 24.3 del Estatuto y 32.1 a), 65.2 y 67.4 del Reglamento, ambos de la Corte IDH.

justiciabilidad directa y, de ser el caso —como sucede con los derechos civiles y políticos—, llegar eventualmente a declarar la violación autónoma de estos derechos, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana cuando las circunstancias del caso concreto así lo exijan.

11. En efecto, sin negar los avances alcanzados en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales por la vía indirecta y en conexión con otros derechos civiles y políticos —que ha sido la reconocida práctica de este Tribunal Interamericano—; en mi opinión, este proceder no otorga una eficacia y efectividad plena de esos derechos, desnaturaliza su esencia, no abona al esclarecimiento de las obligaciones estatales sobre la materia y, en definitiva, provoca traslapes entre derechos, lo que lleva a confusiones innecesarias en los tiempos actuales de clara tendencia hacia el reconocimiento y eficacia normativa de *todos los derechos* conforme a los evidentes avances que se advierten en los ámbitos nacional y en el derecho internacional de los derechos humanos.

12. Teniendo en cuenta estas premisas iniciales, considero oportuno a continuación abordar (i) la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, entre ellos el derecho a la salud, a partir de la interdependencia e indivisibilidad con los derechos civiles y políticos (párrafos 13-32); (ii) las vías interpretativas del artículo 26 para la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales (párrafos 33-87); (iii) el principio *iura novit curia* y la justiciabilidad directa del derecho a la salud en el presente caso (párrafos 88-96); y (iv) algunas consideraciones a manera de conclusión (párrafos 97-108).

II. LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, ENTRE ELLOS EL DERECHO A LA SALUD, A PARTIR DE LA INTERDEPENDENCIA E INDIVISIBILIDAD CON LOS DERECHOS CIVILES Y POLITICOS

A) Precedentes y estado del debate

13. La Corte IDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse previamente sobre algunas de las implicaciones de la protección del derecho a la salud. En algunos casos en conexión con los derechos a la vida o integridad personal²⁷; en otros dentro del concepto de “vida digna”²⁸; en algunos mas con motivo de la atención médica prestada en centros de

²⁷ Con independencia de referencias precisas en medidas provisionales y en opiniones consultivas, resultan relevantes las siguientes sentencias: *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C No. 246; *Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2011, Serie C No. 226; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214; *Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C No. 171, y *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149.

²⁸ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, supra*; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C No. 125; *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, y *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y Otros) Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

reclusión o instituciones similares²⁹; incluso, en otros casos, en relación con los derechos sexuales o reproductivos³⁰.

14. En muy pocos casos ha entrado al análisis sobre los alcances del artículo 26 de la Convención Americana, limitándose en general a interpretar ciertas porciones normativas de dicho dispositivo convencional en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. En ningún caso ha declarado de manera directa y autónoma la violación de dicho precepto³¹.

B) La interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos como un elemento esencial para otorgar justiciabilidad directa a los derechos económicos, sociales y culturales

15. La posibilidad de que este Tribunal Interamericano se pronuncie sobre el derecho a la salud deriva, en primer término, de la “interdependencia e indivisibilidad” existente entre los derechos civiles y políticos con respecto de los económicos, sociales y culturales.³² En efecto, en la Sentencia que motiva el presente voto razonado, expresamente se reconoce ese carácter, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello³³.

²⁹ Cfr. *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226; *Caso Vera Vera y otra, supra*; *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218; *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, y *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”, supra*.

³⁰ Cfr. *Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257; *Caso Rosendo Cantú y Otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C no. 216; *Caso Fernández Ortega y Otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, supra*; *Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra*, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146.

³¹ Las referencias al artículo 26 de la Convención Americana y su análisis específico por la Corte IDH se han realizado en muy pocas ocasiones, especialmente en los siguientes casos: *Caso Acevedo Buendía y Otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”), supra*, párrs. 99 a 103; *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C no. 130, párr. 158, y *Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C No. 98, párrs. 147 y 148; y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, supra*, párr. 163. En este último caso, el Estado se allanó a su responsabilidad por la violación del artículo 26, pero la Corte sólo involucró dicho artículo en su narrativa sobre la violación del derecho a la vida.

³² El párrafo 5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, señaló en forma categórica que: “[t]odos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso”.

³³ Cfr. párr. 131 de la Sentencia.

16. Lo anterior lo consideramos de la mayor importancia para el desarrollo evolutivo y justiciable de los derechos económicos, sociales y culturales. El Tribunal Interamericano parte de un precedente del año 2009 —resuelto por la anterior integración de la Corte IDH— en el que ya había reconocido la “interdependencia” de los derechos humanos. En efecto, en aquella ocasión la Corte IDH expresó³⁴:

101. En este sentido, la Corte considera pertinente recordar la interdependencia 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 ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.

17. Además de establecer “la interdependencia” en dicho caso entre los derechos humanos, el Tribunal Interamericano hizo suyo el pronunciamiento de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre extensiones interpretativas hacia la tutela de los derechos sociales y económicos. En esa misma ocasión, expresó³⁵:

Al respecto, resulta oportuno citar la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos que, en el caso *Airey* señaló que:

El Tribunal no ignora que la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica. Por otro lado, el Convenio [Europeo] debe interpretarse a la luz de las condiciones del presente [...] y ha sido diseñado para salvaguardar al individuo de manera real y efectiva respecto de los derechos protegidos por este Convenio [...]. Si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio.³⁶

18. Lo importante de esta consideración sobre la interdependencia de los derechos civiles y políticos en relación con los económicos, sociales y culturales, realizada por la Corte IDH en el *Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú*, radica en que dicho pronunciamiento se efectúa al estudiar los alcances interpretativos del artículo 26 de la Convención Americana, respecto de un derecho (seguridad social) no reconocido expresamente como justiciable en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador³⁷. Previo al análisis de fondo, el Tribunal Interamericano expresamente había desestimado la excepción preliminar de falta de competencia *ratione materiae* opuesta por el Estado demandado³⁸:

[...] el Estado alegó que el derecho a la seguridad social queda fuera del alcance de la competencia de la Corte en razón de la materia, ya que éste no está contemplado en la

³⁴ *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)*, *supra*, párr. 101.

³⁵ *Idem*. En el mismo sentido, véase Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 9, E/C.12/1998/24, 3 de diciembre de 1998, párr. 10, y TEDH. *Sidabras and Dziautas Vs. Lituania*. Nos. 55480/00 y 59330/0. Sección segunda. Sentencia de 27 de julio de 2004, párr. 47.

³⁶ TEDH. *Airey Vs. Irlanda*. No. 6289/73. Sentencia de 9 de octubre de 1979, párr. 26.

³⁷ Véase el contenido de este precepto, *supra*, nota 25.

³⁸ *Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)*, *supra*, párr. 12.

Convención Americana ni es uno de los dos derechos (derechos sindicales y derecho a la educación) que excepcionalmente serían justiciables ante el Sistema Interamericano, de conformidad con lo señalado en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador.

19. La Corte IDH, sin hacer mención al Protocolo de San Salvador para determinar si tenía competencia sobre el mismo³⁹, al estimar que no era necesario toda vez que no se alegó violación directa a dicho instrumento internacional, desestimó la excepción preliminar del Estado, al considerar, por una parte, que como cualquier otro órgano con funciones jurisdiccionales, el Tribunal Interamericano tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence*); y, por otra parte, que “la Corte debe tener en cuenta que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver *cualquier controversia relativa a su jurisdicción*”⁴⁰. Además, el Tribunal ha señalado anteriormente que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una *jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones*”⁴¹.

20. En este importante precedente, la Corte IDH desestimó la excepción del Estado demandado que expresamente alegaba que carecía de competencia dicho órgano jurisdiccional para pronunciarse sobre un derecho no justiciable en términos del artículo 19.6⁴² del Protocolo de San Salvador. Es decir, el Tribunal Interamericano al desestimar dicha excepción preliminar y estudiar el fondo del asunto, consideró su competencia para conocer y resolver (incluso poder declarar violado) el artículo 26 del Pacto de San José. No obstante, en el caso particular estimó que no resultaba infracción a dicho precepto convencional⁴³. Al estudiar el fondo del asunto, la Corte IDH consideró que los derechos económicos, sociales y culturales a que se refiere el artículo 26 están sujetos a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, como lo están los derechos civiles y políticos previstos en los artículos 3 a 25⁴⁴.

³⁹ Sobre el particular, véanse las críticas de Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, *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, pp. 156-183, en p. 167.

⁴⁰ Cfr. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párrs. 32 y 34; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 23, y *Caso García Prieto y otros Vs. El Salvador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 168, párr. 38.

⁴¹ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 29, y *Caso de los 19 Comerciantes Vs. Colombia. Excepción Preliminar*. Sentencia de 12 de junio de 2002. Serie C No. 93, párr. 27.

⁴² Véase el contenido de este artículo, *supra* nota 25.

⁴³ Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)*, *supra*, Punto Resolutivo 3.

⁴⁴ Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)*, *supra*, párr. 100. No debe pasar inadvertido que en este asunto, la Comisión en su Informe de Fondo no estimó violado el contenido del artículo 26, como sí lo hicieron los representantes de las víctimas al solicitar expresamente que “el Estado es responsable por el incumplimiento del artículo 26 (Desarrollo Progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales) de la Convención, en relación con el

21. La competencia de la Corte IDH para pronunciarse sobre los derechos económicos, sociales y culturales, en términos del contenido normativo del artículo 26 del Pacto de San José, se advierte también con las consideraciones expresadas en el voto concurrente del antiguo presidente del Tribunal Interamericano Sergio García Ramírez, en el *Caso Acevedo Buendía y Otros Vs. Perú* de 2009, que de alguna manera explica lo resuelto por dicho órgano jurisdiccional⁴⁵.

22. Así, en su voto concurrente el ex juez interamericano reconoce que “ha sido muy limitada” hasta ese momento el tratamiento dado a los derechos económicos, sociales y culturales, y que el Tribunal Interamericano en ese caso “ha avanzado” en la temática de esos derechos al “reafirmar su competencia —que debe quedar bien establecida— para pronunciarse en torno a posibles incumplimientos del artículo 26” de la Convención Americana. Por ello el Tribunal Interamericano “entiende que es reclamable o exigible la observancia del artículo 26”.

23. En este sentido, el Tribunal Interamericano en el *Caso Acevedo Buendía* expresamente hizo referencia a la “interdependencia” de los derechos para entrar al estudio de los derechos económicos, sociales y culturales a que se refiere el artículo 26 del Pacto de San José⁴⁶. Sin embargo, estimo que junto con la interdependencia es necesario enfatizar el carácter “indivisible” de los derechos humanos, como expresamente lo establece en la Sentencia a que se refiere el presente voto razonado, al considerar ambos conceptos: “interdependencia e indivisibilidad”⁴⁷.

24. De acuerdo con la interdependencia —dependencia recíproca—, el disfrute de unos derechos depende de la realización de otros, mientras que la indivisibilidad niega cualquier separación, categorización o jerarquía entre derechos para efectos de su respeto, protección y garantía. Incluso, algunos jueces de anteriores integraciones de la Corte IDH se han referido a la “independencia e indivisibilidad” de los derechos humanos⁴⁸.

25. En ese sentido, considero que la “interdependencia e indivisibilidad” debe tratarse como un binomio inseparable, tal y como se señala en los principales instrumentos de

artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma”, párr. 4 de la misma Sentencia del *Caso Acevedo Buendía*.

⁴⁵ Voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez en relación con la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Acevedo Buendía y otros* (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) del 1 de julio de 2009, párrs. 15 a 21.

⁴⁶ *Cfr. Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú* (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”), *supra*, párr. 101.

⁴⁷ Párr. 131 de la Sentencia.

⁴⁸ Véanse, por ejemplo, el voto parcialmente concurrente y parcialmente disidente del Juez *ad hoc* Ramon Fogel, párrs. 23 y 30, en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *supra*, y el voto del Juez Antonio Cançado Trindade, párr. 7, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158.

derechos humanos⁴⁹. Esto con el fin de enfrentar el reto de su interpretación e implementación como una tarea holística, que nos obliga a no perder de vista las implicaciones que tienen el respeto, protección y garantía de los derechos civiles y políticos sobre los derechos económicos, sociales y culturales y viceversa. La aplicación, promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales exige la misma atención y urgente consideración que los derechos civiles y políticos⁵⁰.

26. El Tribunal Interamericano tuvo en el caso que motiva el presente voto razonado una oportunidad para desarrollar en su jurisprudencia los alcances que tienen los conceptos de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, al resultar herramientas muy útiles para lograr la justiciabilidad “directa” de los derechos económicos, sociales y culturales, particularmente el “derecho a la salud”, y otorgar su plena realización y efectividad.

27. Desde mi perspectiva, estos alcances implican: a) establecer una relación fuerte y de igual importancia entre derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales; b) obligar a interpretar todos los derechos de manera conjunta —que en algunos ocasiones arrojan contenidos traslapados o superpuestos— y a valorar las implicaciones que tiene el respeto, protección y garantía de unos derechos sobre otros para su implementación efectiva; c) otorgar una visión autónoma a los derechos económicos, sociales y culturales, conforme a su esencia y características propias; d) reconocer que pueden ser violados de manera autónoma, lo que podría conducir —como sucede con los derechos civiles y políticos— a declarar violado el deber de garantía de los derechos derivados del artículo 26 del Pacto de San José, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana; e) precisar las obligaciones que deben cumplir los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales; f) permitir una interpretación evolutiva del *corpus juris* interamericano y de manera sistemática, especialmente para advertir los alcances del artículo 26 de la Convención con respecto al Protocolo de San Salvador; y g) proporcionar un fundamento más para utilizar otros instrumentos e interpretaciones de organismos internacionales relativas a los derechos económicos, sociales y culturales con el fin de darles contenido.

C) Los alcances de la interdependencia e indivisibilidad del derecho a la salud en el presente caso

28. Ahora bien, en la Sentencia a que se refiere el presente voto razonado, el Tribunal Interamericano particularmente relacionó los conceptos de interdependencia e indivisibilidad para definir los alcances del derecho a la salud, al estudiar la violación al deber de garantía del derecho a la integridad personal (artículos 5.1 en relación con el 1.1 del Pacto de San José)⁵¹, en el que se concluye “que que si bien la regulación ecuatoriana en la materia

⁴⁹ Véase el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Proclamación de Teherán 1948, párr. 13.

⁵⁰ Cfr. Resolución 32/130 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 16 de septiembre de 1977, inciso 1, apartado a); Declaración sobre el derecho al Desarrollo Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986, párr. 10 del preámbulo y art. 6; Principios de Limburgo de 1986, en especial el núm. 3, y las Directrices de Maastricht sobre violaciones a los DESC de 1997, particularmente la núm. 3.

⁵¹ El análisis sobre el derecho a la integridad personal se desarrolla en los párrs. 123 a 160 de la Sentencia, si bien en muchos pasajes se relaciona con el derecho a la salud.

contemplaba mecanismos de control de la atención médica, dicha supervisión y fiscalización no fue efectuada en el presente caso, tanto en lo que refiere al control de las prestaciones brindadas en la entidad estatal, 'Policlínico de la Comisión de Tránsito del Guayas', como en lo que respecta a la institución privada, Clínica Minchala. La Corte estima que ello generó una situación de riesgo, conocida por el Estado, que se materializó en afectaciones en la salud de Melba Suárez Peralta"⁵². Asimismo, la Corte IDH sostuvo que "la fiscalización y supervisión estatal debe orientarse a la finalidad de asegurar los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de las prestaciones médicas", para lo cual destacó que "en cuanto a la calidad, [...] los establecimientos de salud deben presentar condiciones sanitarias adecuadas y contar con personal médico capacitado"⁵³.

29. Expresamente, la Corte IDH en dicho análisis se refirió a diversos instrumentos, resoluciones y fuentes internacionales que regulan o tienen implicaciones directas con la protección del derecho a la salud:

(i) Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵⁴;

(ii) Artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Ecuador el 25 de marzo de 1993, que establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público⁵⁵.

(iii) Artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que señala que toda persona tiene el derecho "a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a [...] la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad"⁵⁶;

(iv) Artículo 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, al referirse a que se requiere que los Estados Miembros "dedi[quen] sus máximos esfuerzos [...] para el] [d]esarrollo de una política eficiente de seguridad social"⁵⁷;

(v) Artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵⁸.

(vi) Carta Social de las Américas de junio de 2012, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en la que enfatizó en la calidad de los

⁵² Párr. 154 de la Sentencia.

⁵³ Párr. 152 de la Sentencia.

⁵⁴ Nota 176 de la Sentencia. En esta nota refiere a la mención que se hace de la Carta de la OEA en el párr. 131 y de la cual deriva la Corte IDH el derecho a la salud, si bien estimo que debió considerarse el artículo 34.i) de la Carta de la OEA.

⁵⁵ Cfr. párr. 131 de la Sentencia. Se cita el *Caso Vera Vera y otra*, *supra*, párr. 43.

⁵⁶ Cfr. párr. 131 de la Sentencia.

⁵⁷ Cfr. párr. 131 de la Sentencia.

⁵⁸ Cfr. párr. 152 de la Sentencia.

establecimientos, bienes y servicios de salud, lo cual requiere la presencia de personal médico capacitado, así como de condiciones sanitarias adecuadas⁵⁹;

(vii) Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador⁶⁰.

(viii) Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)”⁶¹;

(ix) Observación General número 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, sobre “La aplicación interna del Pacto”⁶².

(x) Observación General número 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, sobre “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del Artículo 2 del Pacto)”⁶³.

30. De igual forma, cuando en la Sentencia se estudia la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial previstos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones de respeto y garantía del artículo 1.1 de la misma, la Corte IDH determinó que existieron falencias, retrasos y omisiones en el procedimiento de la investigación penal, por lo que “las autoridades estatales no actuaron con la debida diligencia ni con arreglo a las obligaciones de investigar y de cumplir con una tutela judicial efectiva dentro de un plazo razonable, en función de garantizar a la señora Melba Suárez Peralta, de una reparación que podría, además, beneficiar su acceso a tratamiento médico necesario para su problema de salud”⁶⁴ (subrayado añadido).

⁵⁹ Cfr. párr. 131, *in fine*, de la Sentencia.

⁶⁰ Cfr. Nota 179 de la Sentencia: Organización de Estados Americanos, Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador, aprobados por la Asamblea General, Resolución 2713 (XLII-0/12), Cuadragésimo Segundo Período Ordinario de Sesiones, Cochabamba, Bolivia, junio de 2012, párrs. 66 y 67. En nota 179 de la Sentencia, la Corte IDH transcribe parte de este documento: “El Protocolo hace referencia a la satisfacción de derecho en un contexto de desarrollo de un sistema de salud, que por básico que sea, debe garantizar el acceso al sistema de Atención Primaria en Salud (APS) y el desarrollo progresivo y continuo de un sistema de cobertura para toda la población del país [...] además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados, en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas. Asimismo, dentro de los indicadores referidos se incluyen: Existencia de instancias administrativas para radicar denuncias en materia de incumplimiento de obligaciones vinculadas al derecho a la salud. Competencias de los Ministerios o de las Superintendencias para recibir quejas de los usuarios del sistema de salud. Políticas de capacitación de jueces y abogados en materia de derecho a la salud”.

⁶¹ Cfr. notas 174, 182, 217, 220, 221 y 222 de la Sentencia.

⁶² Cfr. notas 175 y 179 de la Sentencia.

⁶³ Nota 176 de la Sentencia.

⁶⁴ Párr. 122 de la Sentencia.

31. Estimo que con todas estas bases del *corpus juris* en materia de protección al derecho a la salud —en el ámbito de los Sistemas Interamericano y Universal—, mencionadas y utilizadas en la Sentencia que motiva el presente voto razonado, incluso acudiendo a resoluciones muy relevantes del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, así como de otras fuentes internacionales recientes, como la Carta Social de las Américas, adoptada en junio de 2012 por la Asamblea General de la OEA, la Corte IDH pudo haber abordado este derecho social de manera autónoma, en relación con las obligación de garantía a que se refiere el artículo 1.1 del Pacto de San José.

32. Lo anterior es así, porque, por un lado, se reconoció expresamente en la Sentencia la interdependencia e indivisibilidad de los derechos y la no jerarquización entre ellos, y, por otro, se utilizó la Carta de la OEA y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, incluso derivando el derecho a la salud de aquel instrumento en relación con lo previsto en el artículo 26 de la Convención Americana⁶⁵. Además se hizo referencia al artículo 10 del Protocolo de San Salvador, lo que estimo hubiera sido una oportunidad para realizar una interpretación evolutiva y sistemática sobre este precepto y el artículo 26 de la Convención Americana, a la luz de otros dispositivos convencionales, como los artículos 29 del Pacto de San José y los artículos 4 y 19.6 del Protocolo de San Salvador, entre otros.

III. LAS VÍAS INTERPRETATIVAS DEL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA PARA LA JUSTICIABILIDAD DIRECTA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

33. Además de la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos, expresamente reconocida en la Sentencia y cuyas implicaciones quedaron de manifiesto en el epígrafe anterior, la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, deriva de la propia Convención Americana, instrumento que representa el corazón del Sistema Interamericano y constituye el principal objeto de “aplicación e interpretación”⁶⁶ de la Corte IDH, teniendo competencia “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes”⁶⁷ del Pacto de San José.

34. Al pensar sobre las implicaciones del derecho a la salud, es necesaria una revaluación interpretativa del Artículo 26 de la Convención Americana, única norma de dicho Pacto que se refiere “a 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”, partiendo de que el Tribunal Interamericano ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones, entre los cuales se encuentra dicha disposición convencional.

35. Además, el artículo 26 está dentro de la Parte I (Deberes de los Estados y Derechos Protegidos) de la Convención Americana y, por lo tanto, le es aplicable las obligaciones generales de los Estados previstas en los artículos 1.1 y 2 del mismo Pacto, como fue

⁶⁵ La referencia se encuentra en la nota 176 del párr. 131 de la Sentencia, de donde la Corte IDH estima se deriva el derecho a la salud.

⁶⁶ Cfr. artículo 1º del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado en la Asamblea General de la OEA en octubre de 1979.

⁶⁷ Cfr. artículo 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

reconocido por el propio Tribunal Interamericano en el *Caso Acevedo Buendía Vs. Perú*⁶⁸. Existe, sin embargo, una aparente tensión interpretativa con los alcances que deben darse al artículo 26 del Pacto de San José en relación con el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador que limita la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a sólo a ciertos derechos.

A) La aparente tensión entre el Pacto de San José y el Protocolo de San Salvador

36. Desde mi perspectiva, se requiere un desarrollo interpretativo del Artículo 26 del Pacto de San José en la jurisprudencia de la Corte IDH que podría representar nuevos derroteros para la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, tanto en sus dimensiones individual y colectiva. Y podría configurarse un nuevo contenido en el futuro a través de interpretaciones evolutivas que refuercen el carácter interdependiente e indivisible de los derechos humanos.

37. En ese sentido, considero oportuno el llamado que la muy distinguida jueza Margarette May Macaulay —de la anterior integración de la Corte IDH— realizara en su voto concurrente hace unos meses, en el *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*⁶⁹, dirigido a actualizar el sentido normativo de dicho precepto convencional. La ex jueza señaló que el Protocolo de San Salvador “no establece ninguna disposición cuya intención fuera limitar el alcance de la Convención Americana”⁷⁰. Asimismo, indicó que⁷¹:

[...] al interpretar la Convención [y el Protocolo de San Salvador], 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 fe 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 Protocolo⁷².

⁶⁸ *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)*, *supra*, párrs. 16, 17 y 100.

⁶⁹ *Caso Furlan y Familiares*, *supra*.

⁷⁰ Voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay en el *Caso Furlan vs. Argentina*, *supra*, párr. 8.

⁷¹ *Idem*.

⁷² Únicamente 15 Estados han ratificado el Protocolo de El Salvador. Fuente: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos4.htm>.

38. La jueza Macaulay precisó que correspondía a la Corte IDH actualizar el sentido normativo del Artículo 26 en los siguientes términos⁷³:

[...] 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.

39. Además de lo expresado, pueden considerarse algunos argumentos adicionales a esta interpretación de la relación entre la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador, relativo a la competencia de la Corte para conocer de violaciones directas a derechos económicos, sociales y culturales a la luz del Artículo 26 del Pacto de San José.

40. En primer lugar, resulta indispensable partir de la importancia de tener en cuenta la interpretación literal del Artículo 26 respecto a la competencia establecida para proteger *todos los derechos* establecidos en el Pacto de San José, lo que incluyen los derechos previstos en los artículos 3 a 26 (Capítulos II: “Derechos Civiles y Políticos, y Capítulo III: “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”). Como ya lo referí, la Corte IDH así lo ha reconocido de manera expresa en la sentencia en el caso *Acevedo Buendía y otros Vs. Perú*⁷⁴:

100. Asimismo, resulta 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”).

41. Esta interpretación de la Corte IDH, adoptada por unanimidad de votos⁷⁵, constituye un precedente fundamental para la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, al expresar que frente a los derechos derivables del artículo 26 es posible aplicar las obligaciones generales de respeto, garantía y adecuación contenidos en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Dado que en este caso la Corte IDH no se pronunció sobre estos alcances interpretativos en relación con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, considero que hubiera sido una ocasión importante aludir a ello en la Sentencia a que se refiere el presente voto razonado, puesto que —expresamente para darle contenido al derecho a la salud— se utiliza el Protocolo de San Salvador, la Carta de la OEA, la Declaración Americana e incluso se invoca el artículo 26 de la Convención Americana (véase *supra* párr. 29)⁷⁶.

⁷³ Voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay en el *Caso Furlan vs. Argentina*, *supra*, párr. 9.

⁷⁴ *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)*, *supra*, párr. 100.

⁷⁵ Con votos razonados del juez Sergio García Ramírez y del Juez *ad hoc* Víctor Oscar Shiyin García Toma.

⁷⁶ Asimismo, véanse el párr. 131 y la nota 176 de la Sentencia.

42. Ahora bien, en ningún precepto del Protocolo de San Salvador se realiza referencia alguna sobre los alcances de las obligaciones generales a que se refieren los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Si el Pacto de San José no está siendo modificado expresamente, la interpretación que corresponde debe ser la menos restringida respecto a sus alcances. En este aspecto, es importante resaltar que la misma Convención Americana dispone un procedimiento específico para su modificación⁷⁷. Si el Protocolo de Salvador pretendía derogar o modificar el alcance del artículo 26, ello debió haberse establecido en forma expresa e inequívoca. La clara redacción del artículo 19.6 del Protocolo no permite inferir conclusión alguna respecto a la literalidad de la relación del artículo 26 con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, tal y como ha reconocido la Corte IDH⁷⁸.

43. Sobre la interpretación del artículo 26 y su relación con el Protocolo de San Salvador se han generado diversas posiciones⁷⁹. En mi opinión, lo que corresponde es aplicar el

⁷⁷ Convención Americana: "Artículo 76. 1. Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención".

⁷⁸ Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría")*, *supra*, párr. 100.

⁷⁹ Cfr., por orden alfabético, entre otros, Abramovich, Víctor y Rossi, Julieta, "La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, año/vol. 9, núm. especial, Universidad del Rosario, Bogotá, 34-53; Burgorgue-Larsen, Laurence, y Úbeda de Torres, Amaya, especialmente el capítulo 24 escrito por la primera autora: "Economic and social rights", *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, New York, Oxford University Press, 2011, pp. 613-639; Cavallaro, James L. y Brewer, Stephanie Erin "La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social", en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 8, 2008, pp. 85- 99; Cavallaro, James L. y Schaffer, Emily, "Less as More: rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas", en *Hastings Law Journal*, No. 56, núm. 2, 2004, pp. 217-281; Cavallaro, James y Schaffer, Emily, "Rejoinder: Finding Common Ground to Promote Social Justice and Economic, Social and Cultural Rights in the Americas", en *New York University Journal of International Law and Politics*, No. 39, 2006, pp. 345-383; Courtis, Christian, "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-Marcial Pons-IMDPC, 2008, tomo IX: "Derechos humanos y tribunales internacionales", pp. 361-438; Melish, Tara J., *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Quito, CDES, Yale Law School, 2003, pp. 379-392; de esta misma autora "Rethinking the "Less as More" Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas", en *New York University Journal of International Law and Politics*, No. 39, 2006, pp. 171-343; de esta misma autora, "Counter-Rejoinder. Justice vs. justiciability?: Normative Neutrality and Technical Precision, The Role of the Lawyer in Supranational Social Rights Litigation", en *New York University Journal of International Law and Politics*, No. 39, 2006, pp. 385-415; Parra Vera, Oscar, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*, México, CNDH, 2011; Pelayo Moller, Carlos María. El "mínimo vital" como estándar para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista Methodos*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, No. 3, 2012, pp. 31-51; Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, *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*, *op. cit. supra* 39; Uprimny, Rodrigo, y Diana Guarnizo, "¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-Marcial Pons-IMDPC, 2008, tomo IV: "Derechos fundamentales y tutela constitucional", pp. 361-438; y Urquilla, Carlos, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, San José, IIDH, 2009.

principio de interpretación más favorable no sólo en relación con aspectos sustantivos de la Convención sino también en aspectos procesales relacionados con la atribución de competencia, siempre y cuando exista un conflicto interpretativo concreto y genuino. Si el Protocolo de San Salvador expresamente hubiera señalado que debía entenderse que el artículo 26 ya no tenía vigencia, no podría el intérprete llegar a una conclusión en contrario. Sin embargo, ninguna norma del Protocolo se refiere a disminuir o limitar el alcance de la Convención Americana.

44. Por el contrario, una de las normas del Protocolo señala que este instrumento no debe ser interpretado para desconocer otros derechos vigentes en los Estados Parte, lo cual incluye los derechos que se derivan del artículo 26 en el marco de la Convención Americana⁸⁰. Asimismo, en términos del artículo 29.b) de la Convención Americana, no puede realizarse una interpretación restrictiva de los derechos⁸¹.

45. Corresponde entonces resolver este —aparente— problema a partir de una interpretación sistemática, teleológica, evolutiva y que tenga en cuenta la interpretación más favorable para impulsar la mejor protección del ser humano y el objeto y fin del artículo 26 de la Convención Americana respecto a la necesidad de garantizar efectivamente los derechos económicos, sociales y culturales. En un conflicto interpretativo corresponde otorgar prevalencia a una interpretación sistemática de las normas relevantes.

46. En este sentido, la Corte IDH ha señalado en otras oportunidades⁸² 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. Asimismo, también ha sostenido que esa 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 Tratados⁸³. Al efectuar una interpretación evolutiva la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional⁸⁴ o jurisprudencia de tribunales internos⁸⁵ a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos.

⁸⁰ Protocolo de San Salvador: “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”.

⁸¹ Cfr. *Caso de la "Masacre de Mapiripán"*, *supra*, párr. 188;

⁸² Cfr. *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, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 83.

⁸³ Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99, *supra*, párr. 114, y *Caso Atala Riffo y Niñas*, *supra*, párr. 83.

⁸⁴ En el *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, párr. 148, la Corte tuvo en cuenta para su análisis que: “se advierte que un número considerable de Estados partes de la Convención Americana ha adoptado disposiciones constitucionales reconociendo expresamente el derecho a un medio ambiente sano”.

⁸⁵ En *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, *supra*, y *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, la Corte IDH tuvo en cuenta sentencias de tribunales internos de Bolivia, Colombia, México, Panamá, Perú, y Venezuela

47. Es claro que la Corte IDH no puede declarar la violación del derecho a la salud en el marco del Protocolo de San Salvador, porque así se advierte de la literalidad del artículo 19.6 del mismo. Sin embargo, es posible entender entonces al Protocolo de San Salvador como uno de los referentes interpretativos sobre el alcance del derecho a la salud que protege el artículo 26 de la Convención Americana. El Protocolo Adicional, a la luz del *corpus juris* de derechos humanos, ilustra sobre el contenido que deben tener las obligaciones de respeto y garantía respecto a este derecho. Es decir, el Protocolo de San Salvador *orienta* sobre la aplicación que corresponde del artículo 26 en conjunto con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José.

48. La posibilidad de utilizar el Protocolo de San Salvador para definir los alcances de la protección del derecho a la salud contenido en el artículo 26 de la Convención Americana no sería extraña en la jurisprudencia de la Corte IDH, como tampoco lo es la utilización de otras fuentes internacionales o los Indicadores de Progreso de la OEA para medición de derechos contemplados en el mismo Protocolo, para precisar diferentes obligaciones del Estado en la materia. En efecto, este ejercicio lo hizo la Corte IDH en el *Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay*, en el que expresamente manifestó que para fijar el contenido y alcances del artículo 19 del Pacto de San José, tomaría en consideración la Convención sobre los Derechos del Niño y el Protocolo de San Salvador, en tanto dichos instrumentos internacionales forman parte de un muy comprensivo *corpus iuris* internacional de protección de los niños⁸⁶.

49. De igual forma, en el *Caso de la Comunidad Yakye Axa Vs. Paraguay*, al analizar si el Estado generó las condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas, la Corte optó por interpretar el artículo 4 de la Convención Americana a la luz del *corpus iuris* internacional sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidad indígenas. Entre otros, mencionó los artículos 26 del mismo Pacto de San José, así como los artículos 10 (derecho a la salud), 11 (derecho a un medio ambiente sano), 12 (derecho a la alimentación), 13 (derecho a la educación), y 14 (derecho a los beneficios de la cultura) del Protocolo de San Salvador (DESC), y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT. La Corte también observó lo dispuesto por el Comité de

sobre la imprescriptibilidad de delitos permanentes como la desaparición forzada. Además, en el *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, la Corte IDH utilizó pronunciamientos de tribunales constitucionales de países americanos para apoyar la delimitación que ha realizado al concepto de desaparición forzada. Otros ejemplos son el *Caso Atala Riffo y Niñas, supra*, y el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

⁸⁶ *Caso "Instituto de Reeducción del Menor", supra*, párr. 148. En el mismo sentido, el *Caso de las Niñas Yean y Bosico, supra*, párr. 185. A mi entender la figura del *corpus iuris* lleva implícita la interdependencia e indivisibilidad de los derechos que lo conforman. Sobre los indicadores, véase Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (comps.), *La medición de derechos en las políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su Observación General No. 14⁸⁷.

50. Otro ejemplo lo constituye el *Caso Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, en el que la Corte IDH inclusive profundizó en el análisis para determinar que la asistencia estatal brindada por el Estado en materia de acceso y calidad de agua, alimentación, servicios de salud y educación no había sido suficiente para superar las condiciones de especial vulnerabilidad en que se encontraba la Comunidad. Para su determinación, el Tribunal Interamericano evaluó dichas prestación en apartados específicos a cada rubro, a la luz de los principales estándares internacionales en la materia y las medidas adoptadas por el Estado, utilizando las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU⁸⁸.

51. Asimismo, en el *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador* la Corte interpretó el derecho a la consulta previa, libre e informada de las comunidades y pueblos indígenas y tribales en el reconocimiento los derechos a la cultura propia o identidad cultural, reconocidos en el Convenio 169 de la OIT. Por lo que la falta de consulta en el caso específico generó la violación “del derecho a la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku, reconocido en el artículo 21 de la Convención, en relación con el derecho a la identidad cultural, en los términos de los artículos 1.1 y 2 de aquel tratado”⁸⁹.

52. En el *Caso Chitay Nech Vs. Guatemala*, la Corte IDH estableció que dentro de la obligación general de los Estados de promover y proteger la diversidad cultural de los indígenas se desprende la obligación especial de garantizar el *derecho a la vida cultural de los niños indígenas*, para lo cual interpretó el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño y observaciones de su Comité, que dota de contenido al artículo 19 de la Convención Americana, y determinó que para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma⁹⁰.

⁸⁷ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra*, parr. 163; *mutatis mutandi*, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra*, párr. 155, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra*, párrs. 215 y 216.

⁸⁸ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra*, párrs. 215 y 216, párrs. 194 a 217. Citando lo siguiente: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), ONU. Observación General No. 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto), (29º período de sesiones 2002), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117 (2002); CDESC, Observación General No. 12, 12 de mayo de 1999, E/C.12/1999/5, párrs. 6 a 8; CDESC, Observación General No. 13, 8 de diciembre de 1999, E/C.12/1999/10, párr. 50; CDESC, Observación General No. 21, diciembre 21 de 2009, E/C.12/GC/21, párr. 38; Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, artículo 27.1; Paul Hunt. Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of health, A/HRC/14/20/Add.2, 15 de abril de 2010.

⁸⁹ *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku*, *supra*, párr. 232.

⁹⁰ Cfr. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párrs. 164 a 170. Ver también, ONU. Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 11 (2009). *Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención*, 12 de febrero de 2009, párr. 82.

53. En el *Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, para analizar la responsabilidad del Estado respecto de los derechos al nombre (artículo 18), a la familia (artículo 17) y del niño (artículo 19, de la CADH), la Corte consideró que el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia forma parte, implícitamente, del derecho a la protección a la familia y del niño. Lo anterior se fundamentó en el reconocimiento expreso existente en los artículos 12.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 8 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos, 4.3 del Protocolo II de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (en adelante “Protocolo II”) y la Convención sobre los Derechos del Niño⁹¹.

54. En similar sentido, en el *Caso Gelman Vs. Uruguay*, la Corte desarrolló el denominado derecho a la identidad (el cual no se encuentra expresamente contemplado en la Convención Americana) sobre la base de lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención sobre Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. De esta forma, las alegadas violaciones a los derechos reconocidos por los artículos 3, 17, 18, 19 y 20 de la Convención fueron interpretadas de acuerdo con el *corpus iuris* del derecho de la niñez, en especial con los artículos 7, 8, 9, 11, 16 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁹².

55. Por otra parte, en el *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*, la Corte complementó su jurisprudencia en relación con el derecho a la propiedad privada contemplado en el artículo 21 de la Convención al referirse a los artículos 13 y 14 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional de 8 de junio de 1977⁹³. Posteriormente, en el *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*, el Tribunal interpretó los alcances del mismo artículo 21 utilizando tratados distintos a la Convención Americana. De esta forma, se refirió a la Norma 7 de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, relativa a la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares y el artículo 4.2.g del Protocolo II, respecto del acto de pillaje⁹⁴, para llenar de contenido el derecho a la propiedad privada previsto en el artículo 21 de la Convención Americana.

56. Como se puede apreciar de estos ejemplos de la jurisprudencia interamericana, ha sido una práctica reiterada de la Corte IDH utilizar distintos instrumentos y fuentes internacionales más allá del Pacto de San José para definir los contenidos e incluso ampliar los alcances de los derechos previstos en la Convención Americana y precisar las obligaciones de los Estados⁹⁵, en tanto dichos instrumentos y fuentes internacionales

⁹¹ Cfr. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párrs. 188, 190 y 191.

⁹² Cfr. *Caso Gelman, supra*, párrs. 121 y 122.

⁹³ Cfr. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 179.

⁹⁴ Cfr. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párrs. 270 – 272.

⁹⁵ Por ejemplo, podría también utilizarse los *Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador*, OEA/Ser.L/XXV.2.1, Doc 2/11 rev.2, 16 de diciembre de 2012.

forman parte de un muy comprensivo *corpus iuris* internacional en la materia, utilizando, también el Protocolo de San Salvador. La posibilidad de utilizar el Protocolo de San Salvador para darle contenido y alcances a los derechos económicos, sociales y culturales derivados del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 de la misma es viable conforme lo ha venido realizando el Tribunal Interamericano para dotar de contenido a muchos derechos convencionales utilizando distintos tratados y fuentes distintos del Pacto de San José. De ahí que también podría utilizarse el Protocolo de San Salvador, junto con otros instrumentos internacionales, para establecer el contenido y alcances del derecho a la salud que protege el artículo 26 de la Convención Americana.

B) Los artículos 26 y 29 de la Convención Americana a la luz del principio *pro persona*

57. Hasta el momento, la Corte IDH ha utilizado diversos aspectos del *corpus juris* sobre el derecho a la salud para fundamentar su argumentación sobre el alcance del derecho a la vida o a la integridad personal, utilizando el concepto de vida digna u otro tipo de análisis basados en la conexidad de la salud con estos derechos civiles (véase *supra* párr. 13). Esta estrategia argumentativa es valiosa y ha permitido un importante avance de la jurisprudencia interamericana. Sin embargo, el principal problema de esta técnica argumentativa es que impide un análisis a profundidad sobre el alcance de las obligaciones de respeto y garantía frente al derecho a la salud, como sucedió en la Sentencia que motiva el presente voto razonado. Asimismo, existen algunos componentes de los derechos sociales que no pueden ser reconducidos a estándares de derechos civiles y políticos⁹⁶. Como se ha puesto de relieve, “podría perderse la especificidad tanto de derechos civiles y políticos (que empiezan a abarcarlo todo) como de derechos sociales (que no logran proyectar sus especificidades)”⁹⁷.

58. Atendiendo a que la Corte IDH en su jurisprudencia evolutiva ya ha aceptado explícitamente la justiciabilidad del artículo 26 (véase *supra* párrs. 18-22)⁹⁸, en mi opinión, ahora el Tribunal Interamericano tendría que resolver varios aspectos de este precepto convencional que plantea la difícil tarea de definir en el futuro tres cuestiones distintas, referidas a i) qué derechos protege, ii) qué tipo de obligaciones derivan de tales derechos, y iii) qué implicaciones tiene el principio de progresividad. Evidentemente no se pretende resolver estas cuestiones ni siquiera mínimamente en el presente voto individual. Simplemente es mi deseo sentar algunas bases que pudieran servir a manera de reflexión para futuros desarrollos jurisprudenciales de este Tribunal Interamericano.

59. En relación con los derechos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana existen distintas posturas. Algunos estiman que dicho precepto constituye una mera norma programática, sin ningún tipo de efectividad por sí misma. Esta concepción no la consideramos adecuada conforme al espíritu mismo de la propia Convención, que se

⁹⁶ Sobre este aspecto, véase Melish, Tara J. “The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity”, en Langford, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International Law*, Cambridge University Press, 2008, capítulo 19.

⁹⁷ Parra Vera, Oscar, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano*, México, CNDH, 2011, p. 60.

⁹⁸ *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)*, *supra*, párrs. 92-106, particularmente párrs. 99-103, este último, *in fine*, señala: “cabe afirmar que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate”.

inspira en la no jerarquía de los derechos, como efectivamente se desprende de su Preámbulo y en la necesidad del efecto útil que deben tener todas sus disposiciones.

60. Además, dicho argumento sería un evidente retroceso al carácter progresivo que el propio artículo 26 expresamente establece para los Estados y que necesariamente también aplica para la propia Corte IDH, toda vez que la jurisprudencia interamericana ya ha reconocido la posibilidad de pronunciarse sobre los contenidos de dicho precepto conforme lo indicado en el párrafo anterior y además ha reconocido la plena vigencia de todas las disposiciones del Pacto de San Jose, precisamente al resolver sobre el alegato del Estado relativo a la incompetencia por *ratione materiae* respecto del artículo 26 del Pacto de San José⁹⁹:

[...] la Corte debe tener en cuenta que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción¹⁰⁰. Además, el Tribunal ha señalado anteriormente que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones¹⁰¹. (subrayado añadido)

61. Otra postura interpretativa del artículo 26 se dirige a otorgar plena efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales. Esta corriente es la que desde hace tiempo, un importante sector de la doctrina defiende, para otorgarle un carácter normativo a este precepto convencional, como la Corte IDH dio en el *Caso Acevedo Buendía Vs. Perú* en 2009, constituyendo un paso firme hacia esa dirección, dejando atrás el precedente del *Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú* de 2005¹⁰².

62. Para algunos, los derechos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana son los que derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y culturas contenidas en la Carta de la OEA, sin que sea posible remitirse a la Declaración Americana¹⁰³. Una vez determinado que un derecho se encuentra implícito en la Carta y, por lo tanto, comprendido en el artículo 26, puede entonces interpretarse con ayuda de la Declaración Americana u otros tratados de derechos humanos vigentes en el Estado respectivo¹⁰⁴. Por otro lado, se sostiene también que aunado al principio *pro persona*, para saber qué derechos se desprenden de los objetivos establecidos en la Carta de la OEA, hay

⁹⁹ *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría")*, *supra*, párr. 16.

¹⁰⁰ *Cfr. Caso Ivcher Bronstein*, *supra*, párrs. 32 y 34; *Caso Heliodoro Portugal*, *supra*, párr. 23, y *Caso García Prieto y otros Vs. El Salvador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 168, párr. 38.

¹⁰¹ *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez*, *supra*, párr. 29, y *Caso de los 19 Comerciantes Vs. Colombia. Excepción Preliminar*. Sentencia de 12 de junio de 2002. Serie C No. 93, párr. 27.

¹⁰² Sobre las críticas a esta Sentencia, véase, por ejemplo, Courtis, Christian, "Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los "Cinco Pensionistas" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Revista Mexicana de Derecho Público*, No. 6, ITAM, Departamento de Derecho, México, 2004.

¹⁰³ Abramovich, Víctor, y Rossi, Julieta y, "La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Estudios Socios Jurídicos*, Bogotá, núm especial 9, abril de 2007, pp. 46 y 47.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 48.

que acudir a otros instrumentos internacionales, como la Declaración Americana, textos constitucionales y al trabajo desarrollado por órganos internacionales de supervisión¹⁰⁵.

63. Sobre la posible integración de la Carta de la OEA con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, es pertinente tener en cuenta la Opinión Consultiva OC-10/89 “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”, del 14 de julio de 1989, en especial, sus párrafos 43 y 45:

43. Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración 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, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.

[...]

45. Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales.

64. Estimo que otra posible vía interpretativa, en la línea de la última postura referida, sería la de considerar la vinculación de los artículos 26 y 29 del Pacto de San José en relación con el principio *pro persona*. En efecto, atendiendo a las normas previstas en el artículo 29 de la Convención Americana, ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza (como lo es la Declaración Universal de los Derechos del Hombre) que prevé, al igual que la Declaración Americana, derechos sociales sin distinción de los derechos civiles y políticos.

65. Estas normas de interpretación previstas en el artículo 29 de la Convención Americana también deben ser motivo de interpretación. Si leemos estos criterios conforme al principio *pro persona*, la interpretación del artículo 26 no sólo no debe limitar el goce y ejercicio de los derechos previstos en las leyes de los Estados parte, entre las cuales se encuentra la constitución nacional de los Estados, o los derechos previstos en otras convenciones, sino que esas leyes y convenciones deben utilizarse para asegurar *el mayor nivel de protección*. Así, para saber qué derechos derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA (en términos de lo dispuesto en el Artículo 26 de la Convención Americana), además de atender a su texto,

¹⁰⁵ Con ciertas variantes, véanse Courtis, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *op. cit. supra* nota 79; y Melish, Tara J., “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, en *Memorias del seminario internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, pp. 173-219; de esta misma autora, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, *op. cit. supra* nota 79.

podría acudir a las leyes nacionales y a otros instrumentos internacionales, incluida la Declaración Americana¹⁰⁶. En similar sentido, el artículo 25 de la Convención Americana establece el derecho a un recurso efectivo, que ampare “contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución, la ley o la presente Convención [...]”¹⁰⁷.

66. En otras palabras, una posible vía para interpretar el artículo 26 de la Convención Americana conduciría a que no es suficiente con una interpretación literal de dicho precepto, como tampoco bastan los criterios previstos en el artículo 29 del Pacto de San José, sino que, en primer término, este último numeral debe ser interpretado conforme al principio *pro persona*. Una vez realizado lo anterior, es posible entender que conforme al referido artículo 29, los derechos económicos, sociales y culturales previstos en otras leyes, incluyendo las constituciones de los Estados parte, así como los derechos previstos en otras convenciones de las que el Estado es parte y la Declaración Americana¹⁰⁸, se incorporan al artículo 26 para interpretarlo y desarrollarlo.

67. La propia Corte IDH ha utilizado en algunas ocasiones, para darle mayor contenido y contexto a los derechos civiles, las leyes fundamentales nacionales y diversos instrumentos internacionales mediante la interpretación del artículo 29.b) de la Convención Americana. Así, por ejemplo, se utilizó el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Colombia (derechos fundamentales de los niños), conjuntamente con diversos instrumentos internacionales y la Convención Americana, en el *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*¹⁰⁹:

153. El contenido y alcances del artículo 19 de la Convención Americana deben ser precisados, en casos como el presente, tomando en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño¹¹⁰, en particular de sus artículos 6, 37, 38 y 39, y del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que los Estados deben respetar¹¹¹. Aunado a lo anterior, en

¹⁰⁶ Cfr. OC-10/89 “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”, del 14 de julio de 1989, párrs. 43 y 45.

¹⁰⁷ Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 141 (despido de empleados); *Caso “Cinco Pensionistas”, supra*, párrs. 116 a 121 (pensiones), y *Caso Castañeda Gutnam Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondos, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 163 (derecho electoral).

¹⁰⁸ Incluso la Declaración Universal de Derechos Humanos, toda vez que el artículo 29.d) de la Convención Americana establece que ninguna disposición de ese Pacto puede ser interpretado en el sentido de: “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”; y la Declaración Universal, por su esencia, tiene la naturaleza de la Convención Americana.

¹⁰⁹ *Caso de la “Masacre de Mapiripán”, supra*, párr. 153; y *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra*, párr. 148.

¹¹⁰ Ratificada por Colombia el 28 de enero de 1991 y que entró en vigor el 27 de febrero de 1991.

¹¹¹ Cfr. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”, supra*, párr. 148; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 166; *Caso de “los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros), supra*, párr. 194, y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC- 17/02*, párr. 24.

aplicación del artículo 29 de la Convención, es considerable lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Colombia¹¹².

68. Como lo hemos señalado en otra ocasión, el *principio pro persona* implica, *inter alia*, efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, lo que impide, además, que se utilicen otros instrumentos internacionales para restringir los derechos de la Convención Americana¹¹³. La Corte IDH ha señalado¹¹⁴:

51. A propósito de la comparación entre la Convención Americana y los otros tratados mencionados, la Corte no puede eludir un comentario acerca de un criterio de interpretación sugerido por Costa Rica en la audiencia del 8 de noviembre de 1985. Según ese planteamiento en la hipótesis de que un derecho recogido en la Convención Americana fuera regulado de modo más restrictivo en otro instrumento internacional referente a los derechos humanos, la interpretación de la Convención Americana debería hacerse tomando en cuenta esas mayores limitaciones porque:

De lo contrario tendríamos que aceptar que lo que es lícito y permisible en el ámbito universal, constituiría una violación en el continente americano, lo que parece evidentemente una afirmación errónea. Más bien pensamos que en cuanto a interpretación de tratados, puede sentarse el criterio de que las reglas de un tratado o convención deben interpretarse en relación con las disposiciones que aparezcan en otros tratados que versen sobre la misma materia. También puede definirse el criterio de que las normas de un tratado regional, deben interpretarse a la luz de la doctrina y disposiciones de los instrumentos de carácter universal. (Subrayado añadido).

En verdad, frecuentemente es útil, como acaba de hacerlo la Corte, comparar la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho, pero tal método no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente de su texto, por más que estén presentes en cualquier otro tratado internacional¹¹⁵.

¹¹² Cfr. artículo 44 de la Constitución Política de la República de Colombia: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”.

¹¹³ Véase el voto razonado en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 38.

¹¹⁴ Opinión Consultiva OC-5/85. 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, relativa a *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párrs. 51 y 52.

¹¹⁵ Cfr. Corte IDH. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1. Otros tratados utilizados.

52. La anterior conclusión se deduce claramente del artículo 29 de la Convención, que contiene las normas de interpretación, cuyo literal b) indica que ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de:

limitar 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.

En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.

69. En todo caso, sea cual sea la vía interpretativa que le demos al artículo 26 de la Convención Americana, existen, como se ha visto, diversas líneas interpretativas y argumentativas válidas y razonables que nos conducen a otorgar justiciabilidad directa a los derechos económicos, sociales y culturales, que eventualmente la Corte IDH podría realizar en futuras ocasiones. Partiendo del supuesto, se insiste, en que el Tribunal Interamericano ya dio el paso de la aceptación de la justiciabilidad de los derechos que se deriven del artículo 26 del Pacto de San José, en el importante precedente del *Caso Acevedo Buendía Vs. Perú*.

70. La segunda cuestión es el tipo de obligaciones que tienen los Estados conforme al artículo 26 de la propia Convención. De acuerdo con dicho numeral, los Estados se comprometen a “adoptar providencias” para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales “en la medida de los recursos disponibles”. Aquí la cuestión es dilucidar en qué consisten esas providencias.

71. Nuevamente recurrimos al precedente del *Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú*, en el que fue abordada la naturaleza de las obligaciones derivadas del artículo 26 del Pacto de San José, y en el que se trató del incumplimiento de pago de nivelaciones pensionales, lo que según la Corte IDH —en su anterior integración—, vulneró los derechos a la protección judicial y a la propiedad previstos en los artículos 21 y 25 de la Convención Americana, no así del artículo 26, pues para el Tribunal Interamericano este precepto requiere de providencias económicas y técnicas en la medida de los recursos disponibles, lo que no era el caso. Así, consideró que es una obligación de naturaleza diferente y, por tanto, estimó que no se vulneró dicho dispositivo convencional¹¹⁶. Sin embargo, la Corte IDH fue clara al establecer que “la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate”¹¹⁷, lo que dejó abierta la posibilidad en el futuro de mayores desarrollos jurisprudenciales.

72. Asimismo, no debe pasar inadvertido que la Corte IDH ha señalado que además de regular el desarrollo progresivo de los derechos sociales, a la luz del artículo 26 de la Convención Americana, una interpretación sistemática de la misma incluye aplicar a los

¹¹⁶ *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)*, *supra*, Serie C No. 198, párrs. 105 y 106.

¹¹⁷ *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)*, *supra*, párr. 103.

derechos económicos, sociales y culturales las obligaciones de respeto y garantía¹¹⁸, derivadas de los artículos 1.1. y 2 del Pacto de San José.

C) La interpretación evolutiva del artículo 26 de la Convención Americana a la luz de la normativa constitucional y de las prácticas de las altas jurisdicciones nacionales, para la justiciabilidad del derecho a la salud

73. Para profundizar en la justiciabilidad directa del derecho a la salud, resulta de especial utilidad efectuar una interpretación evolutiva respecto al alcance de los derechos consagrados en el Artículo 26 de la Convención Americana. Al respecto, la práctica de diversos tribunales nacionales ofrece importantes ejemplos de análisis a partir de la obligación de respeto y garantía respecto al derecho a la salud y la utilización del *corpus juris* sobre las obligaciones internacionales en relación con el derecho a la salud para impulsar una protección judicial directa de este derecho.

74. Es importante precisar, por otra parte, que las altas jurisdicciones nacionales utilizan su propia normativa constitucional —además de los instrumentos y fuentes internacionales—. En la actualidad resultan innegables los avances normativos en los Estados nacionales sobre los derechos sociales, en particular sobre el alcance constitucional de la protección del derecho a la salud (sea de manera expresa, derivada de otros derechos o debido a su reconocimiento por la incorporación constitucional de los tratados internacionales).

75. Entre las normas constitucionales de los Estados parte de la Convención Americana que refieren de alguna forma a la protección del derecho a la salud, se encuentran: Argentina (art. 42)¹¹⁹, Bolivia (art. 35)¹²⁰, Brasil (art. 196)¹²¹, Colombia (art. 49)¹²², Costa

¹¹⁸ Caso *Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), *supra*, párr. 100: “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”.

¹¹⁹ “Artículo 42. Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la *protección de su salud*, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno[...].”

¹²⁰ “Artículo 35. I. El Estado, en todos sus niveles, protegerá el derecho a la salud, promoviendo políticas públicas orientadas a mejorar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso gratuito de la población a los servicios de salud. II. El sistema de salud es único e incluye a la medicina tradicional de las naciones y pueblos indígena originario campesinos”.

¹²¹ “Artículo 196. *La salud es un derecho de todos y un deber del Estado*, garantizado mediante políticas sociales y económicas que tiendan a la reducción del riesgo de enfermedad y de otros riesgos y al acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación”.

¹²² “Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. *Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud*. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma

Rica (art. 46)¹²³, Chile (art. 19, inciso 9)¹²⁴, Ecuador (art. 32)¹²⁵, El Salvador (art. 65)¹²⁶, Guatemala (arts. 93 y 94)¹²⁷, Haití (art. 19)¹²⁸, Honduras (art. 145)¹²⁹, México (art. 4o.)¹³⁰,

descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad".

¹²³ "Artículo 46. [...] Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias".

¹²⁴ "Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: ... 9. *El derecho a la protección de la salud*. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado...".

¹²⁵ "Artículo 32. La *salud* es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional".

¹²⁶ "Artículo 65. La salud de los habitantes de la República constituye un bien público. El Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento".

¹²⁷ "Artículo 93. Derecho a la salud. *El goce de la salud es derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna*".

"Artículo 94. Obligación del Estado, sobre salud y asistencia social. *El Estado velará por la salud y la asistencia social de todos los habitantes*. Desarrollará, a través de sus instituciones, acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social".

¹²⁸ "Artículo 19. El Estado tiene la obligación absoluta de garantizar el derecho a la vida, la salud y el respeto de la persona humana de todos los ciudadanos sin distinción alguna, de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre".

¹²⁹ "Artículo 145. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. El deber de todos participar en la promoción y preservación de la salud personal y de la comunidad. El Estado conservará el medio ambiente adecuado para proteger la salud de las personas".

¹³⁰ "Artículo 4. Toda persona tiene *derecho a la protección de la salud*. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución". Véase el reciente estudio de Carbonell, José y Carbonell, Miguel, *El derecho a la salud: una propuesta para México*, México, UNAM-IIJ, 2013.

Nicaragua (art. 59)¹³¹, Panamá (art. 109)¹³², Paraguay (art. 68)¹³³, Perú (art. 70.)¹³⁴, República Dominicana (art. 61)¹³⁵, Suriname (art. 36)¹³⁶, Uruguay (art. 44)¹³⁷, y Venezuela (art. 83)¹³⁸.

¹³¹ “Artículo 59. Los nicaragüenses tienen derecho, por igual, a la salud. El Estado establecerá las condiciones básicas para su promoción, protección, recuperación y rehabilitación. Corresponde al Estado dirigir y organizar los programas, servicios y acciones de salud y promover la participación popular en defensa de la misma. Los ciudadanos tienen la obligación de acatar las medidas sanitarias que se determinen”.

¹³² “Artículo 109. Es función esencial del Estado velar por la salud de la población de la República. El individuo, como parte de la comunidad, tiene derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla, entendida ésta como el completo bienestar físico, mental y social”.

¹³³ “Artículo 68. *Del derecho a la salud.* El Estado protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad. Nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas, y de socorro en los casos de catástrofes y de accidentes. Toda persona está obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto a la dignidad humana”.

¹³⁴ “Artículo 7. *Todos tienen derecho a la protección de su salud*, la del medio familiar y la de la comunidad *así como el deber de contribuir a su promoción y defensa.* La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”.

¹³⁵ “Artículo 61.- *Derecho a la salud.* Toda persona tiene derecho a la salud integral. En consecuencia: 1) El Estado debe velar por la protección de la salud de todas las personas, el acceso al agua potable, el mejoramiento de la alimentación, de los servicios sanitarios, las condiciones higiénicas, el saneamiento ambiental, así como procurar los medios para la prevención y tratamiento de todas las enfermedades, asegurando el acceso a medicamentos de calidad y dando asistencia médica y hospitalaria gratuita a quienes la requieran; 2) El Estado garantizará, mediante legislaciones y políticas públicas, el ejercicio de los derechos económicos y sociales de la población de menores ingresos y, en consecuencia, prestará su protección y asistencia a los grupos y sectores vulnerables; combatirá los vicios sociales con las medidas adecuadas y con el auxilio de las convenciones y las organizaciones internacionales”.

¹³⁶ “Artículo 36.- Toda persona tiene *derecho a una buena salud.* El Estado promoverá el cuidado general de la salud mediante la mejora sistemática de las condiciones de vida y de trabajo y dará información sobre la protección de la salud”.

¹³⁷ “Artículo 44.- El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país. *Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad.* El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes.” (Énfasis añadido)

¹³⁸ “Artículo 83.- La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República.”

76. Estas normas han tenido efectividad en muchas ocasiones por las altas jurisdicciones nacionales, incluso a través de tutela “directa” y utilizando tratados y diversas fuentes internacionales.

77. Al respecto, resulta relevante la experiencia de la Corte Constitucional de Colombia. El argumento “por conexidad” se utilizó en gran medida para delimitar el contenido del derecho susceptible de protección judicial por vía de la acción de tutela.¹³⁹ En la sentencia T-016 de 2007, dicha Corte indicó que era posible superar una dogmática basada en la conexidad y dar lugar a un análisis del derecho a la salud como derecho fundamental directo¹⁴⁰:

... Hoy se muestra artificioso predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos – unos más que otros - una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.

Lo anterior, justamente por cuanto el Estado - bajo aplicación de los principios de equidad, solidaridad, subsidiariedad y eficiencia - ha de racionalizar la prestación satisfactoria del servicio de salud a su cargo o a cargo de los particulares que obran en calidad de autoridades públicas, atendiendo, de modo prioritario, a quienes se encuentren en cualquiera de las circunstancias mencionadas con antelación. Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado mediante jurisprudencia reiterada que, bajo estas circunstancias, aun tratándose de prestaciones excluidas del POS, del POSS, del PAB, del PAC y de aquellas obligaciones previstas por la Observación General 14, procede la tutela como mecanismo para obtener el amparo del derecho constitucional fundamental a la salud.

78. Por otra parte, es importante resaltar que todos los derechos tienen facetas prestacionales y no prestacionales. Es decir, establecer la característica de derechos prestacionales sólo a los derechos sociales no parece ser una respuesta viable en los tiempos actuales y pareciera un equívoco o un “error categorial”, tal como lo señaló la propia Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-760 de 2008¹⁴¹. La Corte colombiana también ha precisado diversos alcances de la protección judicial de las dimensiones prestacionales de los derechos fundamentales, clarificando las obligaciones con efecto inmediato y las obligaciones de cumplimiento progresivo pertinentes.

¹³⁹ La acción de tutela colombiana corresponde al recurso, acción o juicio de amparo en la mayoría de los países latinoamericanos. En Chile se le denomina “recurso de protección” y en Brasil “mandado de segurança”.

¹⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-016 de 2007 (Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto), párr. 12.

¹⁴¹ Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760 de 2008 (Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa), párr. 3.3.5.

79. En la referida sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional de Colombia, se indica que algunas obligaciones asociadas a estas facetas prestacionales son de cumplimiento inmediato “bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos —por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico—” o “porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida)”¹⁴².

80. Otras de las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento *progresivo*, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho. Sin embargo, la Corte colombiana reiteró el precedente establecido en la sentencia T-595 de 2002, según el cual “el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse”¹⁴³.

81. Varios ejemplos en el derecho comparado ilustran sobre la justiciabilidad directa del derecho a la salud. Por ejemplo, en el *Caso Viceconte*, decidido por una Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal en Argentina¹⁴⁴, se solicitó a los tribunales que se ordenara al Gobierno la producción de una vacuna con el objeto de proteger contra la fiebre hemorrágica argentina a un importante número de argentinos. A la luz de la incorporación en la Constitución de los tratados internacionales que reconocen el derecho a la salud, el tribunal determinó que el Gobierno había incumplido, por omisión, en su obligación de proporcionar la vacuna. Como el sector privado consideraba que la producción de la vacuna no era rentable, el tribunal ordenó al Estado que la produjera. La Cámara ordenó la inversión en la producción de la vacuna, y requirió el cumplimiento de un cronograma de inversión, ya establecido por el propio Gobierno.

82. Asimismo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en la reciente

¹⁴² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760 de 2008 (Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa), párr. 3.3.6.

¹⁴³ Al respecto, siguiendo dicho fallo emitido en 2002, se precisa que la faceta prestacional y progresiva de un derecho constitucional permite a su titular exigir judicialmente, por lo menos: (a) la existencia de una política pública, (b) que no sea simbólica o meramente formal, lo cual quiere decir que esté claramente orientada a garantizar el goce efectivo del derecho. Este punto es importante porque “se viola la Constitución cuando existe un plan o un programa, pero se constata que (i) “*sólo está escrito* y no haya sido iniciada su ejecución” o (ii) “que así se esté implementando, sea evidentemente *inane*, bien sea porque no es sensible a los verdaderos problemas y necesidades de los titulares del derecho en cuestión, o porque su ejecución se ha diferido indefinidamente, o durante un período de tiempo irrazonable”; y (c) que contemple mecanismos de participación de los interesados que impulsen la mayor rendición de cuentas posible. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760 de 2008 (Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa).

¹⁴⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de Argentina, Sala IV, caso *Viceconte, Mariela Cecilia c/ Estado Nacional –Ministerio de Salud y Acción Social- s/ amparo ley 16. 986*. Causa n° 31. 777/96, sentencia de 2 de Junio de 1998. Un análisis de este caso puede verse en Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 146-154.

Sentencia 3691 de marzo de 2013¹⁴⁵, enfrentó graves barreras en el acceso a la salud debido a las "listas de espera" que retrasaban la atención médica de muchos costarricenses. La Sala Constitucional ordenó que se procediera de manera paulatina pero seria, para erradicar las listas de espera irrazonables en la prestación del servicio de salud. Solicitó la realización de estudios técnicos que permitieran elaborar un plan dentro de los doce meses siguientes a la notificación de la sentencia. Para la Sala Constitucional, dicho plan debe definir los plazos de espera razonables por patología o nivel de urgencia así como los criterios objetivos para precisar la inclusión y ubicación de un paciente en las listas de espera. Asimismo, la Sala indicó que se debía fijar un cronograma de avance, y las medidas administrativas o técnicas para cumplir con las metas del plan. Lo anterior para que una vez aprobado el plan dentro de esos doce meses, en el plazo máximo de los doce meses siguientes a la aprobación del mismo, las listas de espera que existan contemplen plazos de espera razonables de acuerdo a la especialidad médica y el diagnóstico que corresponda.

83. Por su parte, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala¹⁴⁶ ha ordenado el servicio médico necesario que puedan requerir las personas con VIH/SIDA, "entendiéndose que tal obligación implica la asistencia médica necesaria (consulta y hospitalización según sea el caso), tratamiento médico (suministrar los medicamentos necesarios que requieran los pacientes referidos, debiéndose verificar su calidad sobre la base de estudios realizados por profesionales expertos en la materia) y los demás servicios tendientes a preservar la salud y la vida de dichas personas, con la celeridad propia que requieran las circunstancias".

84. En esta misma línea, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, ha establecido que el derecho a la protección de la salud "comprende la recepción de los medicamentos básicos para el tratamiento de una enfermedad, como parte integrante del servicio básico de salud consistente en la atención médica, que en su actividad curativa significa el proporcionar un tratamiento oportuno al enfermo, lo que incluye, desde luego, la aplicación de los medicamentos básicos correspondientes conforme al cuadro básico de insumos del sector salud, sin que obste a lo anterior el que los medicamentos sean recientemente descubiertos y que existan otras enfermedades que merezcan igual o mayor atención por parte del sector salud, pues éstas son cuestiones ajenas al derecho del individuo de recibir los medicamentos básicos para el tratamiento de su enfermedad, como parte integrante del derecho a la protección de la salud que se encuentra consagrado como garantía individual, y del deber de proporcionarlos por parte de las dependencias y entidades que prestan los servicios respectivos"¹⁴⁷. Asimismo, ha reconocido el carácter normativo del derecho a la salud previsto como derecho fundamental¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, *Sentencia 3691*, Marzo 13, 2013.

¹⁴⁶ Corte Constitucional de Guatemala, *Expediente 1055*, Junio 25, 2008.

¹⁴⁷ Tesis del Tribunal Pleno XIX/2000, cuyo rubro es: "SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 4º CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS" (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XI, marzo de 2000, pág. 112). Amparo en revisión 2231/97. José Luis Castro Ramírez. 25 de octubre de 1999. Ponente: Ministro Mariano Azuela Güitrón, en ausencia hizo suyo el proyecto el Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac-Gregor Poisot.

¹⁴⁸ Véase la tesis del Tribunal Pleno XV/2011, cuyo rubro y texto son: "DERECHO A LA SALUD. SU NATURALEZA NORMATIVA. Nuestro país atraviesa una etapa de intensa transformación en la manera de identificar la sustancia normativa de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus consecuencias para la mecánica del funcionamiento del juicio de amparo. Una de las manifestaciones

85. A nivel internacional, una gran cantidad de Estados que no son parte de la OEA o que no han suscrito la Convención Americana también han establecido el derecho a la salud por vía constitucional, legislativa o judicial. Por ejemplo, las constituciones de Sudáfrica (art. 27)¹⁴⁹, Cuba (art. 50)¹⁵⁰, España (art. 43)¹⁵¹, Filipinas (art. 13)¹⁵² y Puerto Rico (art. 2)¹⁵³. Además, la Corte Suprema de Canadá ha establecido que ciertas provisiones constitucionales incluyen el derecho a la salud¹⁵⁴. Inglaterra, por otro lado, es un ejemplo de un Estado que ha aprobado legislación progresiva sustentando el derecho a la salud como un bien fundamental para el bienestar social¹⁵⁵.

86. Por su parte, en el *Caso de la Campaña de Acción para el Tratamiento*¹⁵⁶, la Corte Constitucional de Sudáfrica analizó una demanda contra la política pública impulsada para la distribución de Nevirapine, un medicamento antirretroviral utilizado para evitar la

específicas de este fenómeno es la alteración de la comprensión, hasta ahora tradicional, de derechos como el relativo a la salud o a la educación. Esto es, a pesar de su consagración textual en la Carta Magna, estos derechos han sido tradicionalmente entendidos como meras declaraciones de intenciones, sin mucho poder vinculante real sobre la acción de ciudadanos y poderes públicos. Se ha entendido que su efectiva consecución estaba subordinada a actuaciones legislativas y administraciones específicas, en cuya ausencia los Jueces Constitucionales no podían hacer mucho. Ahora, en cambio, se parte de la premisa de que, aunque en un Estado constitucional democrático el legislador ordinario y las autoridades gubernamentales y administrativas tienen un margen muy amplio para plasmar su visión de la Constitución y, en particular, para desplegar en una dirección u otra las políticas públicas y regulaciones que deben dar cuerpo a la garantía efectiva de los derechos, el Juez Constitucional puede contrastar su labor con los estándares contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados de derechos humanos que forman parte de la normativa y vinculan a todas las autoridades estatales" (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIV, agosto de 2011, pág. 31). Amparo en Revisión 315/2010. Jorge Francisco Balderas Woolrich. 28 de marzo de 2011. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz. Secretarías: Francisca María Pou Giménez, Fabiana Estrada Tena y Paula María García Villegas Sánchez Cordero.

¹⁴⁹ "Artículo 27.- Todos gozan de tener *derecho de tener acceso a servicios de salud*, incluso de salud reproductiva."

¹⁵⁰ "Artículo 50.- Todos tienen *derecho a que se atienda y proteja su salud*. El Estado garantiza este derecho."

¹⁵¹ "Artículo 43.- Se reconoce el *derecho a la protección de la salud*. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto."

¹⁵² "Artículo 13.- El Estado debe adoptar un enfoque integral y comprensivo al desarrollo de la salud."

¹⁵³ "Artículo 2.- El derecho de toda persona a disfrutar de un nivel de vida adecuado que asegure para sí y para su familia *la salud*, el bienestar y especialmente la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios".

¹⁵⁴ *Chaoulli Vs. Quebec (Fiscal General)* [2005] 1 S.C.R. 791, 2005.

¹⁵⁵ *Cfr.* National Health Service Act 2006, y The Health and Social Care Act. 2012 No. 1319 (C. 47) (2012).

¹⁵⁶ Constitutional Court of South Africa, *Minister of Health et al. vs. Treatment Action Campaign (TAC) et al.* Case CCT 8/02, 5 July 2002.

transmisión del VIH de madres a hijos al momento del parto. Dicha corte determinó que el Ministerio de Salud no estaba haciendo todo lo que podía razonablemente hacer para impulsar la accesibilidad al medicamento. Se ordenó entonces que se removieran las restricciones para el uso de Nevirapine en las clínicas y hospitales públicos respecto a los casos donde existiera recomendación médica y se ordenó el impulso de un programa global y coordinado para reconocer progresivamente el derecho de las mujeres embarazadas y sus hijos recién nacidos a acceder a servicios médicos para evitar la transmisión materno infantil del VIH. Al igual que estos ejemplos, es posible encontrar muchos otros casos de protección judicial del derecho a la salud¹⁵⁷. Algunos de estos asuntos involucran un entendimiento del derecho a la salud en forma autónoma, sin desconocer sus interacciones con el derecho a la vida y a la integridad personal.

87. Es importante resaltar que este entendimiento del derecho a la salud como directamente fundamental en los Estados nacionales, o de la justiciabilidad directa del derecho a la salud en el marco de la Convención Americana, no implica un entendimiento del derecho a la salud como un derecho absoluto, como un derecho que no tiene límites o que se debe proteger en toda ocasión que se invoque. De la justiciabilidad de un derecho, civil o social, no se deriva su protección absoluta en todo litigio. Siempre, en todo caso, sea derecho civil o social, hay que resolverlo haciendo un análisis de imputación y verificar cómo operan las obligaciones de respeto y garantía respecto a cada situación que se alega violatoria de un determinado derecho.

IV. EL PRINCIPIO *IURA NOVI CURIA* Y LA JUSTICIABILIDAD DIRECTA DEL DERECHO A LA SALUD EN EL PRESENTE CASO

88. En el caso que nos ocupa, la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional del Estado debido a: a) las falencias, retrasos y omisiones en la investigación penal, que condujeron a la declaración de prescripción de la causa en el proceso, es decir, debido a violaciones a la tutela judicial efectiva (artículos 8.1 y 25.1, en relación con el 1.1 de la Convención Americana); y b) la falta de garantía y prevención del derecho a la integridad personal (artículo 5, en relación con el artículo 1.1 del Pacto de San José), debido a la falta de fiscalización y supervisión estatal de las clínicas (pública y privada) donde se atendió una de las víctimas. En ambos análisis, especialmente en el segundo, se abordó el derecho a la salud, sin que se llegara a considerar a este derecho como un aspecto esencial en el presente caso y sin atender a su plena justiciabilidad, a pesar de invocar numerosos instrumentos y fuentes internacionales sobre este derecho social.

89. En la Sentencia se realizó el análisis de diversos aspectos de la protección del derecho a la salud en conexidad con los derechos civiles declarados violados:

A) respecto de la violación de los derechos previstos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1. de la misma, debido a las “falencias, retrasos y omisiones en la investigación penal” que “demuestran que las autoridades estatales no actuaron con la debida diligencia ni con arreglo a las obligaciones de investigar y de cumplir con una tutela judicial efectiva dentro de un plazo razonable, en función de garantizar a la

¹⁵⁷ Para un análisis de casos en Colombia, Costa Rica, Argentina, India, Brasil y Sudáfrica, ver los trabajos reunidos en Yamin, Alicia Ely y Gloppen, Siri (coords.) *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.

señora Melba Suárez Peralta, de una reparación que podría, además, beneficiar su acceso a tratamiento médico necesario para su problema de salud¹⁵⁸ (subrayado añadido); y

B) respecto a la falta de garantía y prevención del derecho a la integridad personal (Artículo 5.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana) de una de las víctimas, por la falta de supervisión y fiscalización “tanto en lo que se refiere al control de las prestaciones brindadas en la entidad estatal, “Policlínico de la Comisión de Tránsito del Guayas”, como en lo que respecta a la institución privada, Clínica Minchala”, por lo que el Tribunal Interamericano “estima que ello generó una situación de riesgo, conocida por el Estado, que se materializó en afectaciones en la salud de Melba Suárez Peralta”¹⁵⁹ (subrayado añadido).

90. Resulta particularmente relevante en la Sentencia el análisis de la afectación del derecho a la salud de Melba del Carmen Suárez Peralta de acuerdo a ciertos precedentes de la Corte IDH vía conexidad de derechos. El estudio del derecho a la salud se vio inmerso, especialmente, en la afectación del derecho a la integridad personal previsto en el art. 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1. del propio Pacto de San José. Así, en la Sentencia se afirmó que “el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención de la salud humana”¹⁶⁰. Seguidamente se señaló que “la falta de atención médica adecuada puede conllevar a la vulneración del art. 5.1 de la Convención”¹⁶¹. A continuación se precisó que “la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación”¹⁶².

91. Sin embargo, estimo que el derecho a la salud debió abordarse de manera autónoma debido a los hechos probados y a la afectación sufrida por una de las víctimas por la mala praxis médica con responsabilidad estatal. En ese sentido, al estar implicado desde mi perspectiva directamente el derecho a la salud de una las víctimas, se pudieron haber abordado las implicaciones relativas con esta afectación, lo cual podría derivar en declarar, incluso, una violación al deber de garantizar el derecho a la salud vía el artículo 26 de la Convención Americana.

92. El hecho de que no se hubiese reclamado la violación directa de este derecho social por la Comisión Interamericana ni por los representantes de las víctimas, no es obstáculo para analizar si existió violación a la obligación de la garantía del derecho a la salud derivada del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del

¹⁵⁸ Párr. 123 de la Sentencia. Asimismo, resultó de utilidad la declaración pericial de la doctora Laura Pautassi, relativa a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en casos como el presente, donde la indemnización civil estaba sujeta a la conclusión del proceso penal, el deber de investigar en un plazo razonable se incrementa dependiendo de la situación de salud de la persona afectada; véase párr. 102 y nota 135 de la Sentencia.

¹⁵⁹ Párr. 154 de la Sentencia.

¹⁶⁰ *Caso Suárez Peralta, supra*, párr. 130.

¹⁶¹ *Idem*.

¹⁶² *Idem*.

propio Pacto de San José¹⁶³. La ausencia de invocación expresa de la violación de un derecho o libertad, no impide que pueda ser analizado por el Tribunal Interamericano en virtud del principio general de derecho *iura novit curia* “del cual se ha valido reiteradamente la jurisprudencia internacional [entendiéndolo] en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídica pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente”¹⁶⁴.

93. En efecto, la invocación de este principio ha sido una práctica de los tribunales internacionales¹⁶⁵, como en efecto ha representado la práctica de la Corte IDH desde su primera sentencia de fondo¹⁶⁶, para conocer de violaciones de derechos no invocados expresamente por las partes. Así lo ha realizado el Tribunal Interamericano en muchas ocasiones respecto de distintos derechos civiles; por ejemplo, respecto a las obligaciones generales y derechos contenido en los artículos 1.1 (respeto y garantía)¹⁶⁷, 2 (adoptar disposiciones de derecho interno)¹⁶⁸, 3 (reconocimiento de la personalidad jurídica)¹⁶⁹, 4 (derecho a la vida)¹⁷⁰, 5 (integridad personal)¹⁷¹, 7 (libertad personal)¹⁷², 9 (principio de legalidad)¹⁷³, 8 (garantías judiciales)¹⁷⁴, 11 (protección de la honra y de la dignidad)¹⁷⁵ y 22 (circulación y residencia)¹⁷⁶, entre otros.

¹⁶³ Si bien del Informe de Fondo de la Comisión Interamericana, del Escrito de Argumentaciones, Solicitudes y Pruebas a cargo de los representantes de las víctimas y de la Contestación del Estado, existen referencias al derecho a la salud, véanse *infra* notas 174, 175 y 176.

¹⁶⁴ Cfr. *Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de Noviembre de 2002, Serie C No. 97, párr. 58; *Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 166, y *Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177, párr. 61.

¹⁶⁵ Cfr. CPJI. *Caso de S.S. “Lotus”*. Serie A No. 10. Sentencia de 27 de septiembre de 1927, pág. 31, y TEDH. *Handyside Vs. Reino Unido*. No. 5493/72. Sentencia de 7 de diciembre de 1976, párr. 41. Cfr. *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párr. 172.

¹⁶⁶ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, supra*, párr. 163.

¹⁶⁷ Cfr. *Caso Godínez Cruz, supra*, párr. 172.

¹⁶⁸ Cfr. *Caso Cantos Vs. Argentina, supra*, párr. 58

¹⁶⁹ Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, párrs. 186 y 187.

¹⁷⁰ Cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 107.

¹⁷¹ Cfr. *Caso Vera Vera y otra, supra*, párrs. 100 y 101; y *Caso Ximenes Lopes, supra*, párr. 155.

¹⁷² Cfr. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 85.

¹⁷³ Cfr. *Caso Vélez Loor, supra*, párr. 184, y *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párrs. 53 y 54.

¹⁷⁴ Cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 137.

94. No existe razón para no conocer de la posible violación de la garantía de un derecho social, derivado del artículo 26 en relación con el artículo 1.1 del Pacto de San José, a pesar de no invocarse expresamente por una de las partes. Es deber del Tribunal Interamericano aplicar el principio *iura novit curia* —como se evidencia del párrafo anterior que constituye una práctica del Tribunal Interamericano respecto de los derechos civiles—, si atendiendo al marco fáctico del caso y de los hechos probados, se advierten implicaciones claras al derecho a la salud, como sucede en el presente caso, que se origina por la afectación a la salud de una de las víctimas por una mala praxis médica con responsabilidad estatal. Además, del Informe de Fondo de la Comisión Interamericana se advierte invocado este derecho social¹⁷⁷, al igual que en el Escrito de Argumentaciones, Solicitudes y Pruebas a cargo de los representantes de las víctimas¹⁷⁸, y existen también referencias precisas al derecho a la salud en el escrito de contestación del Estado¹⁷⁹, habiendo las partes tenido plena oportunidad de referirse a los hechos en el presente caso.

95. En todo caso, las implicaciones al derecho a la salud se evidencian, además, al invocarse y utilizarse múltiples instrumentos y fuentes internacionales en la Sentencia sobre este derecho social, como son los artículos XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 10 del Protocolo de San Salvador, 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; incluso se invoca la Carta Social de las Américas de junio de 2012 y las Observaciones Generales 3, 9 y 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además de la Carta de la OEA y expresamente la derivación del “derecho a la salud” respecto del artículo 26 de la Convención Americana (véase *supra* párrs. 28 a 32)¹⁸⁰.

96. De ahí que resulta válido que este Tribunal Interamericano, en aplicación del principio *iura novit curia* y atendiendo al marco fáctico del caso, pudiera entrar al análisis autónomo y directo de la garantía del derecho a la salud —y no sólo en conexidad con los derechos civiles que declaró violados—, en el entendido de que el derecho a la salud se encuentra entre los derechos económicos, sociales y culturales justiciables que se derivan del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales del artículo 1.1 del propio Pacto de San José, como quedó analizado con anterioridad.

¹⁷⁵ Cfr. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 109.

¹⁷⁶ Cfr. *Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253, párr. 308.

¹⁷⁷ Informe de Fondo 75/2011, de 20 de julio de 2011, página 22, párr. 83: “[...] cuando la conducta de las autoridades estatales conlleva una falla de las garantías protegidas a nivel interno y a nivel interamericano —que habría obstaculizado el derecho de acceso a la justicia vinculado con un reclamo sobre el derecho a la salud, que es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados—” (subrayado añadido).

¹⁷⁸ Asimismo, Escrito de Argumentaciones, Solicitudes y Pruebas a cargo de los representantes de las víctimas de 28 de abril de 2012, página 42: “la normativa ecuatoriana consagra el derecho a la salud como un derecho humano fundamental y establece la obligación del Estado de regular la atención de la salud de las personas sujetas a su jurisdicción, ya sea directamente o a través de terceros”.

¹⁷⁹ Cfr. Escrito de contestación del Estado, págs. 221 a 226.

¹⁸⁰ Asimismo, véase especialmente el párr. 131 y nota 176 de la Sentencia.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN: HACIA LA JUSTICIABILIDAD PLENA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

97. A más de tres décadas de entrar en vigor la Convención Americana se sigue debatiendo sobre la naturaleza y los alcances de los derechos económicos, sociales y culturales a que se refiere el único precepto que contiene su Capítulo III: el artículo 26. A mi entender, este precepto convencional exige ser interpretado a la luz de los tiempos actuales y conforme a los evidentes avances del derecho internacional de los derechos humanos, así como del derecho constitucional en la materia. En efecto, sobre el primero, basta señalar que unos días antes de dictarse la Sentencia a que se refiere el presente voto razonado, entró en vigor el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁸¹, que representa una real y potencial ventana hacia la justiciabilidad de estos derechos en el ámbito del Sistema Universal.

98. Por otra parte, resultan innegables los avances de los derechos sociales en el ámbito interno de los Estados parte del Pacto de San José. La necesaria interpretación evolutiva del artículo 26 de la Convención Americana debe también derivarse del pleno reconocimiento constitucional de la protección del derecho a la salud, como derecho social, en muchas de las constituciones a manera de tendencia regional; tendencia que también se aprecia en la evolución jurisprudencial que han realizado las altas jurisdicciones nacionales, al otorgar efectividad a este derecho social, en algunas ocasiones incluso de manera directa y no sólo en conexión con los derechos civiles y políticos.

99. En el presente voto individual he tratado de defender una interpretación que intenta otorgar primacía al valor normativo del artículo 26 de la Convención Americana. Se ha dicho —con cierta razón— que no es buena idea que el Tribunal Interamericano ignore el Protocolo de San Salvador¹⁸², tampoco lo es menoscabar el artículo 26 del Pacto de San José. Debe asumirse la interpretación a la luz de ambos instrumentos. Bajo ese entendido el Protocolo Adicional no puede restar valor normativo a la Convención Americana si expresamente no se planteó tal objetivo en aquel instrumento respecto de las obligaciones *erga omnes* que prevén los artículos 1 y 2 de la Convención Americana, obligaciones generales que aplican para todos los derechos, incluso para los derechos económicos, sociales y culturales, como expresamente lo ha reconocido el Tribunal Interamericano¹⁸³.

100. La interpretación evolutiva a la que se ha hecho referencia busca otorgar eficacia real a la protección interamericana en la materia, que luego de veinticinco años de adopción del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y a casi tres lustros de su entrada en vigor, resulta mínima su efectividad, requiriendo una interpretación más dirigida a establecer el mayor efecto útil posible a las normas interamericanas en su conjunto, como lo ha venido realizando el Tribunal Interamericano respecto de los derechos civiles y políticos.

¹⁸¹ Resolución A/RES/63/117 adoptada el 10 de diciembre de 2008 por la Asamblea General de la ONU. Entró en vigor el 5 de mayo de 2013. Entre los 10 países que lo han ratificado se encuentra Ecuador. Las partes firmantes se comprometen a reconocer la competencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para examinar de comunicaciones de personas o grupos que afirman violación al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁸² Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, *op. cit. supra*, nota 39, p. 160.

¹⁸³ *Cfr. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría")*, *supra*, párr. 100.

101. Resulta de la esencia del derecho a la salud su interdependencia con el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal; ello no justifica, sin embargo, negar la autonomía sobre el alcance de aquel derecho social, a partir del artículo 26 de la Convención Americana en relación con las obligaciones de respeto y garantía contenidos en el artículo 1.1 del propio Pacto, que exige interpretar el Pacto de San José a la luz del *corpus iuris* en materia de derecho a la salud —como en efecto se hace en el *Caso Suárez Peralta* que motiva el presente voto razonado, aunque se le denomina integridad personal, limitando significativamente por la vía de la conexidad los alcances reales del derecho a la salud—.

102. Lo que involucra esta visión de justiciabilidad directa es que la metodología para imputar responsabilidad internacional se circunscribe a las obligaciones respecto al derecho a la salud. Ello implica la necesidad de una argumentación más específica en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de cierto tipo de medidas de política pública. Dado lo delicado de una valoración en tal sentido, las decisiones de la Corte IDH adquieren más transparencia y fortaleza si el análisis se hace *directamente* desde esta vía respecto a obligaciones en torno al derecho a la salud en lugar de respecto al ámbito más relacionado con las consecuencias de ciertas afectaciones respecto a la integridad personal, esto es, por la vía indirecta o por conexidad con los derechos civiles. En este mismo sentido, las reparaciones que tradicionalmente otorga la Corte, y que en muchos casos impactan en prestaciones relacionadas con el derecho a la salud, como las medidas de rehabilitación o satisfacción, pueden adquirir un verdadero nexo de causalidad entre el derecho violado y la medida dispuesta con todos sus alcances¹⁸⁴. A su vez, hablar de justiciabilidad directa implica transformar la metodología a partir de la cual se valora el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía (artículo 1.1 del Pacto de San José), que ciertamente es distinto respecto al derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, que respecto al derecho a la salud y otros derechos sociales, económicos y culturales.

103. La ciudadanía social ha avanzado significativamente en el mundo entero y, por supuesto, en los países del continente americano. La justiciabilidad “directa” de los derechos económicos, sociales y culturales constituye no sólo una opción interpretativa y argumentativa viable a la luz del actual *corpus juris* interamericano; representa también una obligación de la Corte IDH, como órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano, avanzar hacia esa dirección sobre la justicia social, al tener competencia sobre *todas las disposiciones* del Pacto de San José. La garantía efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales es una alternativa que abriría nuevos derroteros en aras de la transparencia y realización plena de los derechos, sin artilugios y de manera frontal, y así reconocer lo que desde hace tiempo viene realizando la Corte IDH de manera indirecta o en conexión con los derechos civiles y políticos.

104. En definitiva, se trata de reconocer lo que de facto realiza el Tribunal Interamericano y las altas jurisdicciones nacionales de los países de la región, teniendo en cuenta el *corpus juris* en derechos sociales nacional, interamericano y universal, lo que además constituiría una mayor y efectiva protección de los derechos sociales fundamentales, con obligaciones más claras hacia los Estados parte. Todo ello va en sintonía con los signos actuales de eficacia plena de los derechos humanos (en los ámbitos nacional e internacional), sin distingo o categorización entre ellos, particularmente importante en la región latinoamericana donde lamentablemente persisten altos índices de desigualdad,

¹⁸⁴ Cfr. *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 191, párr. 110.

permanecen porcentajes significativos de la población en la pobreza e incluso en la indigencia, y existen múltiples formas de discriminación hacia los más vulnerables.

105. El Tribunal Interamericano no puede quedar al margen del debate contemporáneo sobre los derechos sociales fundamentales¹⁸⁵ —que tienen un largo camino andado en la historia de los derechos humanos—, y que son motivo de continua transformación para su plena realización y efectividad en las democracias constitucionales de nuestros días.

106. Ante este escenario de dinamismo en la materia en el ámbito nacional y el Sistema Universal, es previsible que la Comisión Interamericana o las presuntas víctimas o sus representantes, invoquen en el futuro con mayor intensidad eventuales vulneraciones a las garantías de los derechos económicos, sociales y culturales derivados del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 del propio Pacto de San José. Especialmente, las presuntas víctimas pueden invocar dichas vulneraciones por sus nuevas facultades en el acceso directo que ahora tienen ante la Corte IDH, a partir del nuevo Reglamento de este órgano jurisdiccional, vigente desde 2010.

107. Como nuevo integrante del Tribunal Interamericano no es mi deseo introducir debates estériles en el seno del Sistema Interamericano y, particularmente, en su órgano de protección de naturaleza jurisdiccional; simplemente pretendo llamar a la reflexión —por ser mi profunda convicción— sobre la legítima posibilidad interpretativa y argumentativa para otorgar vía el artículo 26 del Pacto de San José efectividad directa a los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente en el caso concreto sobre el derecho a la salud. La posibilidad está latente para avanzar hacia una nueva etapa en la jurisprudencia interamericana, lo cual no representa ninguna novedad si atendemos a que, por un lado, la Comisión Interamericana así lo ha entendido en varias oportunidades y, por otro, la propia Corte IDH ha reconocido explícitamente la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana en 2009¹⁸⁶.

108. En conclusión, a más de veinticinco años de continua evolución de la jurisprudencia interamericana resulta legítimo —y razonable por el camino de la hermenéutica y la argumentación convencional— otorgar pleno contenido normativo al artículo 26 del Pacto de San José, en consonancia y congruencia con el *corpus juris* interamericano en su integralidad. Este sendero permitiría interpretaciones dinámicas a la altura de nuestro tiempo, que podrían conducir hacia una efectividad plena, real, directa y transparente de todos los derechos, sean civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, sin jerarquía y categorizaciones que menoscaben su realización, como se desprende del Preámbulo de la Convención Americana, cuyo espíritu e ideal permea al Sistema Interamericano en su conjunto.

¹⁸⁵ Al respecto, véase von Bogdandy, Armin, Fix-Fierro, Héctor, Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM-IIIJ-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2011.

¹⁸⁶ Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)*, *supra*, párrs. 99-103.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario