

APORTES DEL CASO GONZALES LLUY: SOBRE LA JUSTICIABILIDAD DIRECTA DEL DERECHO A LA SALUD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Juan Jesús GÓNGORA MAAS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las obligaciones de los centros privados de atención a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. III. *El VIH y las barreras actitudinales como una forma de discapacidad: su impacto en el derecho a la educación*. IV. *Debates jurisprudenciales sobre la justiciabilidad del derecho a la salud*. V. *Perspectivas sobre la justiciabilidad de los DESC en el sistema interamericano*.

I. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte Interamericana, el Tribunal Interamericano o la Corte IDH) ha sentado importantes precedentes en diversas materias en pro de la protección y promoción de los derechos humanos de la región interamericana. En este sentido, gran parte del acervo jurisprudencial del tribunal interamericano ha versado en “derechos de primera generación”, es decir, derechos civiles y políticos o derechos libertad. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, aunque también ahora ambientales (en adelante DESC o derechos sociales), la jurisprudencia de la Corte IDH no ha profundizado en su justiciabilidad directa.¹

¹ En la actualidad existe una tendencia a incluir a los derechos ambientales de manera autónoma, por lo que también es común encontrar la referencia a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales “DESCA”. Véase al respecto: Gutiérrez, Rodrigo, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el marco de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos”, pp. 91-106, en Cervantes, Madgalena *et al.*, *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?: Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, SCJN-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014. En la tradición constitucional se habla de los

Así, debemos recordar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención Americana, la CADH o el Pacto de San José) sólo en su artículo 26 hace referencia a los derechos de naturaleza social.² Si bien encontramos enmarcado en el sistema interamericano el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Protocolo de San Salvador como complemento ante la ausencia de referencias expresas sobre derechos sociales en el cuerpo del Pacto de San José, lo cierto es que este instrumento interamericano solamente contempla, en su artículo 19.6, como justiciables de manera directa ante los órganos del sistema interamericano dos derechos: el derecho de asociación sindical (artículo 8.1.a) y el derecho a la educación (artículo 13).³ De esta forma, pese a que el Protocolo de San Salvador tiene un catálogo más amplio en materia de DESC, al sólo permitir como justiciables dos derechos, excluye los otros derechos contemplados en ese instrumento, entre ellos el derecho a la salud.

Sobre esta temática, la protección de los DESC en la jurisprudencia interamericana ha sido desarrollada de manera indirecta, en gran medida haciéndolos justiciables por conexidad a los derechos consagrados de los artículos 3 al 25 de la Convención Americana. En este sentido, será objeto de nuestro análisis el derecho a la salud y su estudio en el caso Gonzales Lluy. El derecho a la salud ha sido relacionado con diferentes derechos, como la vida, la integridad personal, la libertad personal, la vida privada, el acceso

“derechos sociales”, y en la tradición del derecho internacional de los derechos humanos se utiliza la expresión de los “derechos económicos, sociales y culturales”, e inclusive “derechos ambientales”. Para efectos de este trabajo se emplearán indistintamente estas expresiones, siguiendo a Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 19-64, y Aldunte, Eduardo, “De los derechos sociales de prestación al gobierno aristocrático. Una discusión sobre el concepto de derechos sociales y su exigibilidad ante los tribunales”, *Anuario de Derecho Público*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2014, p. 22.

² El texto de la Convención Americana enuncia: “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”.

³ A lo anterior habría que sumarle que no todos los DESC se encuentran en el Protocolo de San Salvador, ya que, por ejemplo, el derecho a la vivienda no fue plasmado en dicho instrumento interamericano. Véase al respecto el voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al caso *Yarce y otras vs. Colombia*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de noviembre de 2016, serie C, núm. 325.

a la información, las garantías judiciales y el debido proceso. Sin embargo, una particularidad de algunos casos en los cuales se ha abordado el derecho a la salud es que no únicamente se han vertido obligaciones específicas para centros de atención médica que dependan directamente del Estado (entidades públicas), sino que también el tribunal interamericano ha extendido las obligaciones de respeto y garantía a los centros privados de atención a la salud humana, por lo que no quedan exentos del pleno respeto de la dignidad humana.

Gran parte de las discusiones jurisprudenciales que se han suscitado en fechas recientes han versado sobre la necesidad de declarar de manera autónoma y directa aquellos derechos que no se encuentran consagrados en el artículo 19.6. Sobre este tenor, el caso de Talía Gabriela Gonzales Lluy y los criterios y discusiones vertidos en la decisión han sido de vital importancia para impulsar la justiciabilidad directa del derecho a la salud a través del artículo 26 de la CADH, delimitando el contenido autónomo de cada derecho de naturaleza social.

El presente trabajo pretende abordar algunos aspectos esenciales que se reiteraron en la sentencia del caso Gonzales Lluy, y que se relacionan con el derecho a salud, pese a que la Corte Interamericana no declara violado de manera autónoma este derecho en el caso. Así, se abordarán, en primer lugar, las obligaciones que tienen los entes privados en materia de cuidado de salud y la forma en que estas obligaciones se aplicaron en el caso de Talía Gabriela; en segundo lugar, la discapacidad (generada por las barreras actitudinales) que enfrentó la víctima del presente caso por su condición de VIH y su impacto en el derecho a la educación; en tercer lugar, las nuevas discusiones sobre la justiciabilidad directa del derecho a la salud y, a modo de conclusión, algunas perspectivas en lo relativo a la justiciabilidad directa del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

II. LAS OBLIGACIONES DE LOS CENTROS PRIVADOS DE ATENCIÓN A LA SALUD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Una de las más grandes líneas jurisprudenciales en el sistema interamericano que se ha vertido en materia de derechos sociales es la relativa al derecho a la salud, abarcando diferentes temáticas.⁴ No obstante, quizá una de

⁴ A la fecha (2017) la Corte IDH ha emitido 217 casos, de los cuales al menos 27 casos contenciosos están relacionados con el derecho a la salud en diferentes temáticas.

las líneas jurisprudenciales más importantes que ha desarrollado la Corte Interamericana en la materia ha sido la relativa a las obligaciones que los Estados deben observar cuando deleguen a los centros privados la atención de la salud humana; es decir, las obligaciones de regulación, supervisión y fiscalización de centros privados de atención a la salud. La primera ocasión que el tribunal interamericano se enfrentó a esta particular problemática fue en 2005, en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, en donde la víctima recibía atención médica en la Casa de Reposo Guararapes para mejorar su estado de salud mental.

En el caso *Ximenes Lopes*, la Corte Interamericana constató que en ese centro existía un contexto de violencia en contra de las personas que se hallaban internadas, quienes se encontraban bajo amenaza constante de ser agredidas directamente por los funcionarios de dicho hospital, o bien de que éstos no impidieran las agresiones entre los pacientes, ya que los empleados, en su mayoría, no tenían entrenamiento para trabajar con personas con discapacidades intelectuales. Además, la violencia era palpable cuando las personas entraban en un estado crítico de salud, ya que la contención física y el control de pacientes que entraban en crisis eran frecuentemente realizados con la ayuda de otros pacientes. Por otro lado, la Corte IDH también constató que las precarias condiciones de mantenimiento, conservación e higiene, así como de la atención médica y la falta de medicamentos constituían un impedimento para las personas que se encontraban internadas en dicho recinto.⁵

En lo tocante a las obligaciones estatales, resulta pertinente destacar que la Casa de Reposo Guararapes era una institución de atención privada de salud mental, lo que no impedía que las obligaciones emanadas del artículo 1.1 de la CADH (respeto y garantía) también debieran aplicarse para poder determinar responsabilidad internacional del Estado. De esta forma, el tribunal interamericano consideró que la responsabilidad estatal también puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles de manera directa al Estado en cuestión; las obligaciones *erga omnes* que tienen los Estados de respetar y garantizar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos proyectan sus efectos, pues se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones interindividuales.⁶

⁵ *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentencia del 4 de julio de 2006, serie C, núm. 149, para. 120.

⁶ *Ibidem*, para. 85.

La Corte Interamericana consideró que los supuestos de responsabilidad estatal por violación a los derechos consagrados en la CADH pueden ser, tanto las acciones u omisiones atribuibles a órganos o funcionarios del Estado como la omisión del Estado en prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos.⁷ En otras palabras, la acción de toda entidad, pública o privada, que está autorizada a actuar con capacidad estatal se encuadra en el supuesto de responsabilidad por hechos directamente imputables al Estado, tal como ocurre cuando se prestan servicios en nombre del Estado.⁸

En lo tocante al derecho a la salud, el tribunal interamericano consideró que, dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal respecto de las personas que se encuentren recibiendo atención médica. Así, la Corte IDH concluyó que los Estados “tenían el deber de regular y fiscalizar” toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privada.⁹ Por lo tanto, la falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional, en razón de que los Estados son responsables, tanto por los actos de las entidades públicas como privadas, que prestan atención a la salud. Bajo la Convención Americana, los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos.

La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud. Sin embargo, la Corte Interamericana ha sido enfática al señalar que las obligaciones de regulación (crear un marco normativo adecuado) y fiscalización (ver si cumple con esta normativa) no son las únicas mediante las cuales los Estados pueden ser responsables internacionalmente cuando la atención a la salud se delegue a una institución privada, sino que también de las obligaciones de garantía frente a terceros surge la obligación de supervisión de las entidades particulares que brindan el servicio público de atención médica.

⁷ *Ibidem*, para. 86.

⁸ *Ibidem*, para. 87.

⁹ *Ibidem*, para. 89.

En el caso *Albán Cornejo vs. Ecuador*, en 2007, la Corte Interamericana consideró nuevamente que la responsabilidad estatal puede surgir cuando un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público afecte indebidamente, por acción u omisión, algunos de los bienes jurídicos protegidos por la Convención Americana. De esta forma, las violaciones a derechos humanos también pueden surgir cuando el Estado omite prevenir o impedir conductas de terceros que vulneren los bienes jurídicos.¹⁰ Sin embargo, en este caso añadió que si bien la señora Laura Albán había muerto en el hospital Metropolitano (hospital de naturaleza privada), el Estado ecuatoriano no era inmediatamente responsable de la actuación del personal de esta institución privada; no obstante, sí le correspondía supervisar el desempeño de la institución para alcanzar la adecuada prestación de servicios en materia de salud.¹¹

Sobre la obligación de supervisión, la Corte Interamericana manifestó en este caso que, en primera instancia, los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. En este sentido, a criterio del tribunal interamericano, para lograr lo anterior se requiere de la formación de un orden normativo que respete y garantice efectivamente el ejercicio de sus derechos, pero, además, la supervisión eficaz y constante sobre la prestación de los servicios de los que dependen la vida y la integridad de las personas.¹²

En el caso de *Talía Gonzales Lluy*, dado que las afectaciones a su salud por la contaminación con sangre infectada por VIH se originaron en la conducta de terceros privados, en una institución de salud y un banco de sangre privados, la Corte Interamericana consideró relevante reiterar sus pronunciamientos previos sobre la responsabilidad internacional por hechos que se derivaron de la conducta de prestadores privados de servicios de salud. No obstante, el análisis de las tres obligaciones (regulación, supervisión y fiscalización) no podía ser aplicable de manera integral en el caso *Gonzales Lluy*.

En primer lugar, en relación con la obligación de la regulación, la Corte Interamericana notó que si bien es cierto que la normativa vigente al momento de los hechos no especificaba de manera concreta la periodicidad en la que se llevaría a cabo el monitoreo o la supervisión ni los aspectos concretos que serían monitoreados o supervisados, sí existía una regulación

¹⁰ *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de noviembre de 2007, serie C, núm. 171, para. 119.

¹¹ *Ibidem*, para. 122.

¹² *Ibidem*, para. 121.

en la materia que tenía como objetivo controlar la calidad de servicio de tal forma que, a través de transfusiones de sangre, no se contagiaran enfermedades como el VIH.¹³ Así, el análisis de las violaciones sobre las afectaciones al estado de salud de Talía se centró en las obligaciones de supervisión y fiscalización.

En lo tocante a las dos obligaciones antes mencionadas, el tribunal interamericano observó que la Secretaría Nacional de Sangre, órgano auxiliar de la Cruz Roja de carácter privado, era la entidad a cargo de aplicar las sanciones por el incumplimiento de las normas del reglamento sobre el manejo de sangre, lo cual, a criterio de la Corte IDH, implicaba una delegación de funciones de monitoreo y supervisión a la propia entidad privada a la que se le habían delegado la tarea de manejar los bancos de sangre, lo cual resultaba especialmente problemático respecto de la debida diligencia en diseños institucionales de fiscalización, dado que ésta debía ser realizada por el Estado.¹⁴

En conclusión, la afectación a la salud, por la gravedad de la enfermedad y el riesgo que en diversos momentos sufrió Talía, constituyó una afectación del derecho a la vida, dado el peligro de muerte que en diversos momentos ha enfrentado y podría enfrentar la víctima por causa de la enfermedad de VIH.¹⁵

¹³ La Corte notó que si bien el Código de la Salud de 1971 no contaba con regulaciones específicas sobre el funcionamiento de los bancos de sangre, desde 1984 y 1986 existían leyes que regulaban las donaciones voluntarias de sangre, así como el aprovisionamiento y utilización de sangre y sus derivados. Posteriormente, en 1987 se establecieron normas que regulaban la práctica obligatoria de pruebas de VIH a todas las unidades de sangre y sus derivados, en todos los bancos de sangre de Ecuador. Además, las normas señalaron las autoridades en materia de salud encargadas de sancionar el incumplimiento de estas normas. Asimismo, en normativas creadas en 1992 y 1998 se identificaron organismos, como la Secretaría Nacional de Sangre, encargados de supervisar el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias y manuales operativos, señalando las sanciones contempladas en caso de inobservancia de dichas disposiciones y manuales. Adicionalmente, en 1998 se estableció el marco bajo el cual debían funcionar los bancos de sangre para la colecta de sangre y su disposición final, a fin de evitar la transmisión de infecciones mediante la transfusión. En el mismo sentido, la Constitución Política de 1998 contemplaba la formulación de la política nacional de salud y la vigilancia de las empresas que se dedicaran a los servicios de salud privados. La delegación a la Cruz Roja del manejo de los bancos de sangre se mantuvo hasta 2006, cuando se expidió la Ley Orgánica de Salud, en la cual el Estado volvió a asumir la rectoría de los bancos de sangre. *Cfr. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1 de septiembre de 2015, serie C, núm. 298, paras. 180, 181, 182 y 183.

¹⁴ *Ibidem*, para. 186.

¹⁵ *Ibidem*, para. 190.

Con independencia de que la Corte Interamericana arriba a que en el presente caso se violó la obligación negativa de no afectar la vida al ocurrir la contaminación de la sangre de Talía en una entidad privada y, por tanto, declara violado los derechos a la vida y a la integridad personal, protegidos en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana, lo cierto es que en el presente caso el incumplimiento de las obligaciones de fiscalización y supervisión afectaron directamente el derecho a la salud de la víctima y subsidiariamente a la vida y a la integridad personal.¹⁶

Si bien el tribunal interamericano circunscribe las violaciones a derechos civiles y políticos (derecho a la vida y a la integridad personal), y no propiamente al derecho a la salud, lo cierto es que analiza —aunque no lo declara violado— las dimensiones del derecho a la salud que el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha desarrollado en la Observación General 14 sobre el derecho a la salud. En este sentido, la Corte IDH hace pronunciamientos sobre la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de salud que recibió Talía dentro del Estado ecuatoriano.

III. EL VIH Y LAS BARRERAS ACTITUDINALES COMO UNA FORMA DE DISCAPACIDAD: SU IMPACTO EN EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

La Corte Interamericana ha considerado que las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación, a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas a la sociedad.¹⁷

Es importante señalar que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. Así, no basta con que los Estados se abstengan de violar derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables según las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho,

¹⁶ *Ibidem*, para. 191.

¹⁷ *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, *op. cit.*, para. 105 y *caso Furlan y Familiares vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2012, serie C, núm. 246, para. 135.

ya sea por su condición personal o por la situación específica en la que se encuentre, como la discapacidad. Es, entonces, obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad, por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones sean desmanteladas.¹⁸

La jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de discapacidad y salud ha evolucionado de manera gradual con el paso de los años. En este entendido, al igual que el apartado anterior, la primera ocasión que la Corte Interamericana conoció de un caso relacionado con alguna persona con alguna limitación funcional fue en el caso *Ximenes Lopes*. Sin embargo, es de destacar que ese caso se enmarca dentro del modelo clínico de discapacidad (donde se considera a la persona con alguna limitación como una persona enferma), basándose en gran medida en la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de las Personas con Discapacidad.

Es de resaltar que en 2006 se aprobó, en el seno del sistema universal de derechos humanos, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en donde se dio un cambio de concepción sobre los derechos de las personas con discapacidad, ya que aquélla contempla expresamente, por primera vez, los principios de I) autonomía e independencia, II) de no discriminación, III) participación e inclusión efectiva en la sociedad, IV) el respeto y la aceptación de las personas con discapacidad, V) la igualdad de oportunidades, VI) la accesibilidad, VII) la igualdad entre el hombre y la mujer, y VIII) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y su derecho a preservar su identidad.¹⁹

El segundo caso relacionado con la discapacidad conocido por el tribunal interamericano, fue el caso de *Sebastián Furlan* contra el Estado argentino. En este segundo caso, pese a que no se hizo ninguna alusión al derecho a la salud de manera directa, en gran medida se encontraba involucrada la rehabilitación de la víctima, tal como lo expuso el voto de la jueza Macaulay al señalar que

las omisiones y deficiencias en la atención médica provista por los hospitales y la falta de orientación adicional por las distintas instituciones del [E]stado involucradas en este caso, particularmente al principio, luego del accidente [del cual había sido víctima Sebastián Furlan], obstaculizaron el acceso a

¹⁸ *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, *op. cit.*, para. 134

¹⁹ ONU, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 3.

los beneficios de seguridad social y a un tratamiento oportuno, real, permanente, integral y adecuadamente supervisado, el cual hubiera prevenido o disminuido el deterioro de salud física y mental...²⁰ Además, estas omisiones e insuficiencias limitaron la posibilidad de alcanzar una rehabilitación, lo cual probablemente hubiera instaurado actitudes más positivas en Sebastián Furlan sobre su discapacidad, el logro del mayor grado de integración posible, autonomía y el fortalecimiento de sus capacidades con atributos positivos en su personalidad.²¹

Sin embargo, la Corte IDH, en este caso declaró la violación por no haberse cumplido el plazo razonable dentro de los procedimientos de daños y perjuicios y del cobro de la indemnización, por lo que el Estado no actuó con debida diligencia y el deber de celeridad que exigía la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba Sebastián Furlan, lo que constituía una violación al artículo 8.1, en relación con los artículos 19 (Derechos del niño) de la Convención Americana.²² Si bien la Corte Interamericana no hizo alusión de manera concreta a los principios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sí tomó en cuenta que en aquellos casos en donde esté en juego un procedimiento, y que, además, se refiera a ciertos grupos en situación de vulnerabilidad, los Estados tienen la obligación de observar especial diligencia en los procedimientos.²³

Un tercer caso en donde se vinculó el derecho a la salud y la discapacidad fue el caso *Artavia Murillo (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, en donde la Corte Interamericana expresó, tras diversas consideraciones, que teniendo en cuenta la definición desarrollada por la Organización Mundial de la Salud, según la cual la infertilidad de las personas es una enfermedad del sistema reproductivo, concluyó que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad, y que las personas con infertilidad, al enfrentar barreras generadas por la Sala Constitucional de Costa Rica, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demandaba una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva.²⁴

²⁰ Voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay en el caso *Furlan y Familiares vs. Argentina*, *op. cit.*, para. 12.

²¹ *Ibidem*, para. 13.

²² *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*, *op. cit.*, para. 194.

²³ *Ibidem*, para. 195.

²⁴ *Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 noviembre de 2012, serie C, núm. 257, para. 293.

Hasta 2012, todos los casos sobre discapacidad se habían vinculado, directa o indirectamente, con un tema general de salud; ya sea mediante el tratamiento médico en instituciones privadas, como en el caso Ximenes Lopes; mediante la obtención de tratamiento de rehabilitación, como en el supuesto de Sebastián Furlan, o mediante el acceso de las técnicas de fertilización, como en el caso Fecundación *in vitro*.

En el caso Gonzales Lluy, la Corte expuso que las personas con VIH han sido históricamente discriminadas, debido a las diferentes creencias sociales y culturales, que han creado un estigma alrededor de la enfermedad. De este modo, el que una persona viva con VIH/sida, o incluso la sola suposición de que lo tiene, puede crear barreras sociales y actitudinales para que ésta acceda, en igualdad de condiciones, a todos sus derechos. La relación entre este tipo de barreras y la condición de salud de las personas justifica el uso del modelo social de la discapacidad como enfoque relevante para valorar el alcance de algunos derechos involucrados en el presente caso.²⁵

En este sentido, la Corte IDH reiteró que, como parte de la evolución del concepto de discapacidad, el modelo social de discapacidad entiende la discapacidad como el resultado de la interacción entre las características funcionales de una persona y las barreras en su entorno, por lo que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva.²⁶

En este caso, el tribunal interamericano constató que las barreras sociales, por la condición de VIH, habían afectado de manera especial el derecho de Talía a educarse, pues las instituciones educativas consideraron que sería un riesgo para los demás niños que se encontraban dentro de las mismas instalaciones que ella. La Corte expresó que vivir con VIH no es *per se* una situación de discapacidad; sin embargo, en algunas circunstancias, las barreras actitudinales que enfrente una persona por convivir con VIH generan que las circunstancias de su entorno la coloquen en una situación de discapacidad. En otras palabras, la situación médica de vivir con VIH puede, potencialmente, ser generadora de discapacidad, por las barreras actitudinales y sociales.²⁷

Así pues, la determinación de si alguien puede considerarse una persona con discapacidad depende de su relación con el entorno, y no responde

²⁵ Caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *op. cit.*, para. 236.

²⁶ *Ibidem*, para. 237.

²⁷ *Ibidem*, para. 238.

únicamente a una lista de diagnósticos. Por tanto, en algunas situaciones, las personas que viven con VIH/sida pueden ser consideradas personas con discapacidad, bajo la conceptualización de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.²⁸ En este sentido, el interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de una niña por su situación de salud.²⁹

Al igual que en el apartado anterior —sobre las obligaciones de los entes particulares frente al derecho a la salud—, pese a que el tribunal interamericano hace referencia a diversos estándares en los cuales se vincula el derecho a la salud, la discapacidad y la educación, la Corte Interamericana circunscribe todo el análisis respecto del derecho a la educación y no, por ejemplo, el derecho a la salud visto desde la perspectiva de la falta de información de la sociedad sobre el VIH/sida y las barreras actitudinales que se generan por las preconcepciones que se tienen en torno a la enfermedad. En sí mismo, este precedente es de vital importancia, pues por primera vez el tribunal interamericano declara violada una disposición del Protocolo de San Salvador (el derecho a la educación). No obstante, lo cierto es que el derecho a la educación es uno de los dos derechos que el Protocolo de San Salvador contempla como justiciables de manera directa ante los órganos del sistema interamericano, lo cual no significa, por ahora, que sean los únicos que podrían ser exigidos ante la Corte IDH.

IV. DEBATES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA JUSTICIBILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD

Más allá de las consideraciones expuestas en los dos apartados anteriores, quizá el aspecto más relevante, fuera de la sentencia, son las diversas posturas que se han manifestado —a partir del conocimiento del caso *Gonzales Lluy*— en la Corte Interamericana sobre la posibilidad de hacer justiciables, o no, los derechos de carácter social contenidos en el Protocolo de San Salvador, lo que para muchos, más que contribuir a su justiciabilidad, implican nuevos problemas interpretativos. El término “problema” no es, quizá, el concepto adecuado para reflejar lo que sucede en el sistema interamericano sobre las imposibilidades para hacer justiciables los derechos sociales; lo cierto es que, en el caso del máximo tribunal de nuestra región, éste muestra cierta reticencia para entrar al fondo de la temática.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Ibidem*, para. 265.

Rodolfo Arango ha identificado que la realidad de los derechos sociales en América Latina responden, al menos a tres deficiencias, que llevan implícitas barreras u obstáculos: a) conceptuales, b) ideológicas,³⁰ y c) presupuestales. En el caso del sistema interamericano, son las barreras conceptuales e ideológicas las que, en el seno de la Corte Interamericana, han tenido mayor arraigo. A su vez, es posible traducir las barreras en seis principales líneas argumentativas: I) el alcance del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; II) establecimiento de los DESC mediante una enmienda y no en un protocolo adicional a la Convención Americana; III) la alegada incompatibilidad entre la restricción del artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador y el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; IV) los métodos de interpretación *vs.* interpretación evolutiva; V) la alegada imposibilidad de la aplicación del principio pro persona, y VI) la alegada imposibilidad de utilizar el derecho comparado.³¹

1. *El alcance del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*

Sobre el alcance del artículo 26, la Corte IDH ha indicado que la obligación principal que se desprende de este artículo es el desarrollo progresi-

³⁰ Rodolfo Arango identifica que las barreras ideológicas tienen que ver con la persistencia de la ideología liberal de los derechos humanos. Siendo necesario superar la teoría liberal de los derechos, construida sobre la noción de la propiedad privada y la concepción de los derechos como titulaciones individuales que debe ser reemplazada por una otra social de derechos construida a partir de una reflexión crítica del discurso de los derechos. A partir de una concepción integrada por los derechos es posible superar el unilateralismo en la defensa de los derechos y el favoritismo hacia los DCP en desmedro de los derechos sociales. La anotada necesidad de superación de la teoría liberal se fundamenta, entre otras cosas, en el endeble fundamento filosófico de la distinción entre los DCP y los DESC. Arango, Rodolfo, *Los derechos sociales en Iberoamérica: Estado de la cuestión y perspectivas del futuro, derechos humanos y democracia*, p. 7 y 9. Disponible en: <http://www.rodolfoarango.com/wp-content/uploads/2013/12/Los-derechos-sociales-en-Iberoamérica.pdf>.

³¹ Aunado a los anteriores argumentos, también podría tomarse en consideración la “sinergia” que podría surgir con relación a los derechos sociales entre la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador. *Cfr.* Góngora Maas, Juan Jesús, “Pasado, presente y futuro de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un debate inacabado”, pp. 241 a 254, en Bogdandy, Armin von, Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Construcción de un ius constitucional de commune en América Latina. Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Puebla, Instituto de Ciencias de Gobierno y Desarrollo Estratégico-Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2016.

vo de los derechos económicos, sociales y culturales,³² que conlleva un deber de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho,³³ por lo que las obligaciones de respeto y garantía a la adecuación del derecho interno deben ser aplicadas al artículo 26.³⁴

En este sentido, una postura en contra sostiene que el artículo 26 no establece un catálogo de derechos, sino que realiza una remisión directa a la Carta de la Organización de Estados Americanos. Así, el juez Humberto Sierra Porto considera que, de una lectura de la Carta, se puede concluir que ésta tampoco contiene un catálogo de derechos subjetivos claros y precisos, sino que, por el contrario, se trata de un listado de metas y expectativas que persiguen los Estados de la región, lo cual dificulta vislumbrar cuáles son los derechos a los que se hace mención en el artículo. En concreto, no hay referencias expresas a los DESC.³⁵

Además, el juez Sierra Porto apunta que hubiera sido deseable, cuando se estableció el artículo 26, que se utilizara una técnica legislativa menos problemática, como lo es el sistema de remisiones complejo a la Carta de la OEA, pues la remisión es a la Carta, y no a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, lo cual podría haber producido una interpretación distinta, debido a que la Declaración sí cuenta con referencias más claras a los DESC.³⁶

Christian Courtis, por el contrario, sostiene que si bien el artículo 26 establece normas programáticas, y no derechos, la derivación de derechos no es imposible. Dilucidar el alcance de la remisión hecha por el artículo 26 requiere dos pasos hermenéuticos. El primero consiste en determinar cuáles son 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, y el segundo paso, ya identificadas esas normas, consiste en determinar cuáles son los derechos que se derivan de esas normas.³⁷

³² *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de febrero de 2003, serie C, núm. 98, para. 147.

³³ *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1 de julio de 2009, serie C, núm. 198, para. 103.

³⁴ *Ibidem*, para. 100.

³⁵ Voto concurrente del juez Humberto Sierra Porto al *caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *op. cit.*, para. 7.

³⁶ *Ibidem*, para. 9.

³⁷ Courtis, Christian, "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", p. 365 en

En cuanto al primer paso, el autor sostiene que la Carta de la OEA ofrece al menos dos niveles de normas de contenido económico, social y sobre educación, ciencia y cultura. El primero, más general, se refiere a la naturaleza y propósitos de la organización y a los principios reafirmados por sus miembros. En este nivel es posible encontrar objetivos de política pública que permiten derivar derechos de ellos. El segundo nivel, mucho más detallado, está constituido por ciertas normas unificadas por el Protocolo de Cartagena, con el título de “Desarrollo integral”, estableciéndose principios y objetivos de política pública en materia de DESC.³⁸

Courtis expresa que después de identificar estas normas programáticas, el siguiente paso tiene su esencia en cómo traducir esas normas de política pública en derechos, ya que generalmente se establecen los derechos, y de los derechos se derivan los objetivos o las políticas públicas que se deben seguir para realizar ese derecho.³⁹ No obstante, ciertos derechos se consagran en instrumentos internacionales y constituciones a través de objetivos y políticas públicas para desarrollar su contenido, lo que facilita la derivación de derechos a partir de los objetivos y las medidas de políticas públicas, en la medida que ofrecen el contexto hermenéutico para reconstruir aquellos derechos “escondidos” detrás de la Carta de la OEA.⁴⁰

Si bien ni el artículo 26 ni la Carta de la OEA contienen DESC de manera expresa, el mandato de dicho artículo es precisamente la derivación de derechos de las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales de la Carta de la OEA. Es decir, impone recurrir a textos auxiliares para identificar derechos cuando aparezcan objetivos o medidas de políticas públicas que sean índices de aquéllos.⁴¹ Esto se ve reforzado con la opinión consultiva 10 de la Corte IDH sobre “La interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, cuando dispone que, “en el marco del artículo 64 de la Convención Americana, para identificar derechos humanos a los que se refiere la Carta de la OEA, es menester acudir a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, tomo IX, *Derechos humanos y tribunales internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

³⁸ *Idem*.

³⁹ Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 366.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 366 y 367.

⁴¹ *Ibidem*, p. 367.

Hombre”.⁴² Evidentemente, el trabajo interpretativo para derivar un derecho de naturaleza social, a través de normas programáticas, requerirá un trabajo interpretativo de mayor esfuerzo; no obstante, esto no significa que dicha derivación sea imposible a través de la remisión que hace el artículo 26 del Pacto de San José.

2. *Establecimiento de los DESC mediante una enmienda y no en un protocolo adicional a la Convención Americana*

Un segundo argumento que se ha vertido sobre el reconocimiento de los derechos sociales mediante la voluntad de los Estados, es que si éstos hubieran querido reconocer los derechos económicos, sociales y culturales de manera directa y clara, lo que hubiera procedido era reconocerlos mediante una enmienda a la Convención Americana y no un protocolo adicional.

Sobre esta segunda posible problemática, los jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor han destacado que, según esta postura, el sentido ordinario del término “enmienda” denota el fortalecimiento o la revisión de un texto. Por el contrario, la idea de un “protocolo”, a la luz del artículo 77 de la Convención Americana, implicaría la inclusión de algo no existente previamente. En consecuencia, según estas posturas, el sentido literal de los términos lleva a la conclusión de que el artículo 26 de la Convención Americana no puede contener los derechos incluidos en el protocolo.⁴³ Sin embargo, ambos jueces consideran que es posible una interpretación distinta sobre la relación entre “tratados” y sus “protocolos adicionales” en el derecho internacional de los derechos humanos.⁴⁴ Así, afirman que

28. ...Es cierto que a diferencia de las enmiendas, el artículo referido a los protocolos sí establece que sería para “incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades”. Sin embargo, esto no implica que las enmiendas no puedan servir para cumplir con este objetivo. Asimismo, tampoco puede inferirse que los protocolos solo estén restringidos a la consagración de derechos nuevos sino que también pueden contemplar

⁴² *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, serie A, núm. 10, para. 43 y 45.

⁴³ Voto conjunto concurrente de los jueces Roberto F. Caldas y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de junio de 2015, serie C, núm. 296, para. 26.

⁴⁴ *Ibidem*, para. 27.

el complemento de aspectos ya previstos en la Convención. La diferencia central entre ambos mecanismos la constituye el mecanismo para su aprobación. Además, el protocolo no permitiría reducir los derechos previstos en la Convención, para lo cual se requeriría una enmienda, en los términos señalados previamente.⁴⁵

3. *La alegada incompatibilidad entre la restricción del artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador y el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*

Sobre este tercer punto, una postura en contra establece que el protocolo señala de manera expresa dos artículos que pueden ser exigidos ante la Comisión Interamericana y eventualmente ser llevados ante la Corte Interamericana. En este sentido, el Protocolo de San Salvador es “claro” al señalar que sólo la libertad de formar y asociarse en sindicatos y el derecho a la educación, consagrados en los artículos 8.1.a y 13, respectivamente, pueden ser justiciables de manera directa ante los órganos del sistema interamericano, lo cual excluye al resto de los derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador para que sean invocados ante dichos órganos interamericanos.

En el caso *Furlan vs. Argentina*, la exjueza Margarette May Macaulay señaló que el Protocolo de San Salvador “no establece ninguna disposición cuya intención fuera limitar el alcance de la Convención Americana”, y, además, consideró que

...al interpretar la Convención [y el Protocolo de San Salvador], se debe realizar una interpretación sistemática de ambos tratados, tomando en cuenta su propósito. Así, la Convención de Viena exige una interpretación de buena fe de los términos del artículo 26, 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.⁴⁶

Esta interpretación de buena fe, a juicio de la jueza, requiere del reconocimiento de que la Convención Americana no establece distinciones, al señalar que su jurisdicción cubre todos los derechos establecidos entre los

⁴⁵ *Ibidem*, para. 28.

⁴⁶ Voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay en el caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, *op. cit.*, para. 8.

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 que lo reconoce en un menor grado. Finalmente, la exjueza apunta que la Convención de Viena declara que una interpretación no debería derivar en un resultado manifiestamente absurdo o irracional. En este sentido, la conclusión de 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 otros efectos distintos para los Estados que no son partes en dicho Protocolo.⁴⁷

La exjueza precisó que

...lo que importa no es la intención subjetiva de los delegados de los Estados en el momento de la Conferencia de San José o durante la discusión del Protocolo de San Salvador, sino la intención objetivada del texto de la Convención Americana, tomando en cuenta que el deber del intérprete es actualizar el sentido normativo del instrumento internacional. Además, usando una interpretación histórica, basada en la intención hipotética que se habría tenido respecto a la Convención Americana por parte de los delegados que adoptaron el Protocolo de San Salvador no se puede desacreditar el contenido explícito de dicha Convención Americana.⁴⁸

4. *Los métodos de interpretación versus interpretación evolutiva*

Quienes sostienen la postura en contra, arguyen que no sólo el método evolutivo debe tenerse en cuenta para poder determinar el alcance y contenido de un tratado internacional; al respecto, proponen otros métodos interpretativos que arrojarían la no justiciabilidad directa de los DESC. En este sentido, esta postura se resume de la siguiente manera:

<i>Interpretación literal</i>	Considera que el artículo 19.6 es claro al establecer que sólo los artículos 8.1.a y 13 son justiciables ante los órganos del sistema interamericano
-------------------------------	--

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ *Ibidem*, para. 9.

<i>Interpretación sistemática</i>	Analizar el Protocolo de San Salvador y la Convención Americana conjuntamente. Al respecto, considera que, por ejemplo, el artículo 4 (no admisión de restricciones) del Protocolo no es aplicable al analizarlo conjuntamente con los artículos 26 de la CADH y 19.6 del Protocolo, ya que el artículo 26 no contiene derechos propiamente, además de que el artículo 4 del Protocolo no deroga o cancela la competencia del artículo 19.6 del mismo instrumento, en la medida en que no restringe derechos, sino la competencia de la Comisión y de la Corte.
<i>Interpretación teleológica</i>	Esta postura sostiene que el Protocolo de San Salvador tuvo como finalidad incorporar en el sistema interamericano de manera más exacta los DESC y ampliar el ámbito de protección del sistema, por lo que no es justo posicionar al Protocolo de San Salvador como un tratado que atentaría contra el fin del sistema interamericano por simplemente establecer reglas de competencia. En segundo lugar, en cuanto al uso de los trabajos preparatorios, se constata cuán reacios fueron la mayoría de los Estados para determinar lo que iba a reconocer el artículo 19.6 (exceptuando a Guatemala y a Brasil).

Por otro lado, se encuentra la interpretación evolutiva de los derechos humanos.⁴⁹ En este sentido, la Corte IDH ha señalado en otras oportunidades⁵⁰ 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, se 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 Tratados.⁵¹ Es entonces que la propia práctica judicial de la Corte Interamericana debe dejar de ver como una cláusula pétrea al artículo 26 de la Convención Americana y empezar a dotar de contenido esta disposición.

Además, como la propia Corte ha determinado, los tiempos son cambiantes y, por lo tanto, las interpretaciones tienen que ser acordes con las nuevas realidades sociales que se presenten en América Latina, y no ser ajenas a las discusiones que se gesten dentro de los propios Estados, por lo

⁴⁹ Al respecto, la Corte Interamericana ha sido de esta práctica a partir de la opinión consultiva 16, solicitada por el Estado mexicano, sobre el derecho de asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.

⁵⁰ 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 del 1 de octubre de 1999, serie A, núm. 16, para. 114.

⁵¹ *Idem*.

que la interpretación evolutiva puede ser aplicable no sólo a las normas sustantivas de un tratado internacional, sino que se extiende a las disposiciones operativas (procedimentales)⁵² del mismo.

En materia de derechos sociales, el tribunal interamericano no ha sido ajeno a esta temática; por ejemplo, en el caso *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*, la Corte Interamericana consideró que las medidas generales contenidas en el artículo 19 de la Convención Americana, bajo los preceptos de la Convención de los Derechos del Niño, contenían una serie de obligaciones que ampliaban el contenido del precepto de San José. Así, cabría destacar que la Corte, en relación con la Convención de los Derechos del Niño, reconoció que los Estados partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestido y la vivienda.⁵³

5. *La alegada imposibilidad de la aplicación del principio pro persona*

El tribunal interamericano ha establecido que

el sistema de protección internacional debe ser entendido como una integralidad, principio recogido en el artículo 29 de la Convención Americana, el cual impone un marco de protección que siempre da preferencia a la interpretación o a la norma que más favorezca a los derechos de la persona humana, objetivo angular de protección de todo el sistema interamericano. En este sentido, la adopción de una interpretación restrictiva en cuanto al alcance de la competencia del tribunal interamericano no sólo iría contra el objeto y fin de la Convención, sino que además afectaría el efecto útil del tratado mismo y de la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas para la presunta víctima en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia.

⁵² Voto concurrente del juez Antonio Cançado Trindade en *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, cit., para. 11.

⁵³ *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo, sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, núm. 63, para. 196, y Feria Tinta, Mónica, “Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights in the Inter-American System of Protection of Human Rights: Beyond Traditional Paradigms and Notions”, p. 445 en *Human Rights Quarterly: A Comparative and International Journal of the Sciences, Humanities and Law*, vol. 29, Number 1 February 2007, The Johns Hopkins University Press.

Una postura en contra, considera que el principio pro persona debe ser aplicado cuando la Corte IDH se encuentre frente a dos posibles interpretaciones válidas y ciertas. La justiciabilidad directa de los DESC a partir del artículo 26 de la Convención no es una interpretación válida, dado que lo que se está intentando es derivar un enunciado normativo que no corresponde a la norma.⁵⁴

Si bien esta postura parecería arrojar cierto tipo de lógica, no es menos cierto que inclusive una norma que establece competencia, o de naturaleza operativa, también puede tener dos interpretaciones, o más, y el juzgador debe tener en cuenta la interpretación más favorable. Abonando a lo anterior, el artículo 29.b de la Convención Americana dispone que ninguna norma se puede interpretar 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 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.

En palabras del juez Ferrer Mac-Gregor, “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 partes y la Declaración Americana, se incorporan al artículo 26 para interpretarlo y desarrollarse.”⁵⁵

6. La alegada imposibilidad de utilizar el derecho comparado

Al respecto, una postura en contra ha enfatizado que fueron los mismos Estados los que tomaron la decisión de no garantizar una justiciabilidad directa de los demás derechos, y, por el contrario, cuando crearon el catálogo de derechos mediante el Protocolo de San Salvador resolvieron limitar la

⁵⁴ Voto concurrente del juez Humberto Sierra Porto al caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, op. cit., para. 29.

⁵⁵ Voto Concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 21 de mayo de 2013, serie C, núm. 261, para. 66.

competencia de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana. Entonces, si bien internamente los Estados han ido ampliando su posición, no le competería a la Corte Interamericana modificar la voluntad que fue inicialmente expresada en el Protocolo de San Salvador, independientemente de que en la práctica interna de los Estados se estén consagrando catálogos de DESC, y que, en muchos, se conceda la posibilidad de justicia-bilidad directa de los mismos.⁵⁶

Independientemente de esta apreciación, es un hecho innegable que las altas jurisdicciones nacionales utilizan, y cada vez con mayor frecuencia, su propia normativa constitucional para brindar mayor protección a los derechos de naturaleza social (sea de manera expresa, derivada de otros derechos o debido a su reconocimiento por la incorporación constitucional de los tratados internacionales). Además, habría que recordar que la propia Corte Interamericana recurre, cada vez con mayor frecuencia, a las altas cortes nacionales para fundamentar sus decisiones a modo de ejemplo, creando, de esta manera, un verdadero diálogo jurisprudencial,⁵⁷ lo cual no genera ningún impedimento para que los DESC sean la excepción en la creación de este diálogo jurisprudencial.⁵⁸

Todos y cada uno de los aparentes problemas que se han planteado anteriormente no sólo impactan los casos específicos donde se han venido desarrollando estas discusiones, sino que también tienen una incidencia en todas aquellas personas que de manera individual o colectiva deseen hacer justiciables de manera directa sus derechos, como lo son mujeres, niñas y niños, personas adultas mayores, personas migrantes, personas que pertenecen a un pueblo indígena o tribal, personas con alguna discapacidad, o personas que confluyan simultáneamente en dos o más de estas categorías

⁵⁶ Voto concurrente del juez Humberto Sierra Porto al caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *op. cit.*, para. 28.

⁵⁷ En el ámbito interno, una de las manifestaciones del diálogo jurisprudencial es el ejercicio del control de convencionalidad ex officio por los juzgadores. En este sentido, Luis Jimena Quesada expone que este mecanismo representa una manifestación de la observancia por el juez local de la jurisprudencia internacional —*mutatis mutandis*— “por una correcta puesta en práctica del principio *jura novit curia*; esto es, cuando el juez interno aplique la jurisprudencia internacional para resolver casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos ya que la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera piedra de toque del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal”. Jimena Quesada, Luis, “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, en Revenga Sánchez, Miguel (coord.), *El Poder Judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 542.

⁵⁸ Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*, *op. cit.*, para. 74.

de especial protección de vulnerabilidad; ante lo cual, la negativa del criterio mayoritario de la Corte Interamericana sobre la no justiciabilidad de los DESC a través del artículo 26 crea una barrera jurídica ante los órganos del sistema interamericano que no analizan las violaciones a los derechos sociales con la verdadera óptica que implica la naturaleza de estos derechos.

Cambiar la concepción tradicionalista que ha venido predominando en la jurisprudencia del tribunal interamericano de subsumir los derechos sociales en derechos de naturaleza civil o política quizá necesitaría de otras formas de hacer compatibles los propios instrumentos del sistema interamericano que, al menos aparentemente, resultan incompatibles.

V. PERSPECTIVAS SOBRE LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DESC EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

El hecho de que el tribunal interamericano consolide una línea jurisprudencial sobre la justiciabilidad de los DESC a través del artículo 26 en el sistema interamericano es de vital importancia para las personas que se encuentran bajo la jurisdicción y protección internacional de este órgano, ya que si bien en sede interna se han emitido pronunciamientos protegiendo derechos de naturaleza social, lo cierto es que en muchas ocasiones no se materializa su cumplimiento.⁵⁹ Además, si la Corte Interamericana procediera a conocer sobre las violaciones de derechos sociales, tendría la oportunidad de proporcionar un piso mínimo de obligaciones en el que los Estados, bajo la competencia contenciosa de la Corte, se verían comprometidos a velar por su cumplimiento y garantía.

Como se ha visto, la justiciabilidad directa de los DESC en el sistema interamericano es posible a través de las diversas formas interpretativas que se den al artículo 26 de la Convención Americana. En efecto, el artículo 26 puede ser interpretado en dos vertientes: una, que pudiera ser muy restrictiva —viendo los argumentos que se han emitido contra la justiciabilidad de los DESC ante el tribunal interamericano—, lo que podría ocasionar que se atente contra el objeto y fin de la Convención Americana y reducir al absurdo —*reductio ad absurdum*— la protección que brinda el Pacto de San José por simples formalismos. La otra sería, tomando en consideración los propios criterios evolutivos del tribunal interamericano, dotar de contenido el artículo 26 a través de otros instrumentos internacionales —incluido el

⁵⁹ César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco han considerado este problema en el derecho constitucional como “el punto ciego de los derechos sociales”. Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *El juicio a la exclusión*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015.

Protocolo de San Salvador—, que pudieran expandir el contenido de dicha disposición, ayudaría en gran medida a solucionar los graves problemas de desigualdad que existen en nuestro hemisferio, pues la falta de servicios sociales básicos tiene un alto impacto en el nivel de vida de las personas.

El que la Corte Interamericana analice casos con mayor rigurosidad y tome en cuenta diversos estándares sobre el derecho a la salud que otros organismos internacionales hayan emitido resulta de vital importancia, pues no ha sido una temática que ha estado ajena al acervo jurisprudencial de la Corte Interamericana en los 37 años del actuar del tribunal interamericano. Si bien el caso de Talía representó el caso idóneo para que la Corte IDH se pronunciara sobre la justiciabilidad directa de derechos sociales no contemplados en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador, lo cierto es que, con independencia de la omisión que hace el criterio mayoritario, el caso pone de manifiesto que esta temática seguirá avanzado en cuanto a las discusiones dentro del seno del tribunal interamericano, pues la salud humana es un derecho que debe ser garantizado de manera directa y permeando obligaciones concretas a cada uno de los Estados que conforman el sistema interamericano.

La importancia de la justiciabilidad directa de otros derechos no contemplados en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador radica en la posibilidad que tengan las personas en la región interamericana para poder reclamar directamente derechos de naturaleza social ante las instancias internacionales interamericanas con la certeza de que las obligaciones que de esa eventual responsabilidad emanen emitirán un contenido de obligaciones específicas para reparar integralmente a las víctimas,⁶⁰ ya que los Estados, hoy en día, presentan un proceso en el que las altas cortes recurren a la Corte Interamericana para justificar sus decisiones jurisdiccionales,⁶¹ y en donde el principal protagonista es la Corte Interamericana y la jurisprudencia que emana.

⁶⁰ Ventura Robles, Manuel, “Impacto de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y aportes a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 56, julio-diciembre de 2012, pp. 139-156, San José, Costa Rica, y Cançado Trindade, Augusto Antonio, “La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: la contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Aznar Gómez, Mariano, *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, Valencia, Universidad de Coruña-Universidad de Santiago de Compostela-Tirant lo Blanch, 2012, pp. 283-314.

⁶¹ Puede verse en este sentido la obra: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Corte Interamericana de Derechos Humanos-UNAM-Tirant lo Blanch, 2013.