

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

SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CASO LAGOS DEL CAMPO VS. PERÚ

SENTENCIA DE 31 DE AGOSTO DE 2017

(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, me permito formular a continuación el presente voto parcialmente disidente en el caso de la referencia. Para efectos del desarrollo de esta posición seguiremos el siguiente orden:

A. INTRODUCCIÓN

1. El presente voto parcialmente disidente tiene la intención de presentar de forma detallada las razones por las cuales voté en contra del punto resolutivo quinto en la Sentencia del *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. En efecto, mi posición respecto a hacer justiciables los denominados derechos económicos, sociales y culturales (DESC) a través de una aplicación directa del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), ya es conocida, dado que hace dos años presenté un voto concurrente sobre la materia en el *Caso González Lluy y otros Vs. Ecuador*. En aquella oportunidad, indique los argumentos jurídicos que sustentan mi posición con la esperanza de que estos fuesen parte del debate interno y externo que se ha dado sobre la aplicabilidad del citado artículo de la Convención, pero también con el propósito de disuadir a quienes abogaban a favor del paso que la Corte IDH ha dado en esta Sentencia.

2. Lo anterior no significa que sea contrario en general a la tesis de que los DESC son derechos justiciables, por el contrario, durante mi paso por la Corte Constitucional colombiana tuve oportunidad de contribuir al desarrollo de líneas jurisprudenciales relacionadas con el carácter de derechos fundamentales y por lo tanto la exigibilidad mediante la acción de tutela del derecho a la salud, el derecho a la vivienda digna, el derecho al agua potable y el derecho a la seguridad social, entre otros. No obstante, considero que existen diferencias sustanciales entre la Constitución Colombiana y la CADH, por una parte, y entre el rol de un juez de un tribunal constitucional y el papel que corresponde a un juez que hace parte de un tribunal internacional de derechos humanos, por otra parte.

3. Asimismo de mi experiencia como juez de un tribunal nacional cuya trayectoria en la justiciabilidad directa de los DESC es ampliamente conocida, me queda la clara percepción de las dificultades que supone que un órgano judicial asuma competencias en esta materia, pues aunque no siempre la protección de estos derechos supone la adopción de políticas públicas o tomar decisiones sobre bienes escasos o meritorios, en numerosos casos sometidos a conocimiento de una autoridad judicial si se requiere, lo que indefectiblemente conduce al debate sobre del rol de los jueces en un Estado social de derecho y sobre cuál es el órgano legitimado para adoptar estas decisiones en un sistema democrático.

4. En este sentido, continúo convencido de que en el marco del sistema interamericano de protección de los derechos humanos la justiciabilidad de los DESC no debe realizarse por medio de la aplicación directa del artículo 26 de la CADH, como se efectuó en este presente caso, por lo que a continuación estableceré los fundamentos de posición. Para ello, en este voto: i) reiteraré las razones generales por las cuales no estoy de acuerdo con la justiciabilidad de los DESC a partir del artículo 26 de conformidad con el voto concurrente que ya había presentado en el pasado y añadiré las preocupaciones que esta Sentencia me genera al respecto; ii) señalaré el por qué, a mi parecer, este caso en particular no es pertinente para arribar a una declaración de la vulneración del artículo 26 de la CADH y ni siquiera para entrar en este debate, y iii) indicaré las falencias argumentativas de la Sentencia que hacen de éste un precedente muy delicado en el marco de la jurisprudencia de la Corte IDH.

B. ARGUMENTOS PRINCIPALES EN CONTRA DE LA JUSTICIABILIDAD DIRECTA DE LOS DESC A PARTIR DEL ARTÍCULO 26 DE LA CADH

5. Debido a que en el mencionado voto concurrente hice una explicación amplia de cada argumento que sustenta mi posición, estimo que no es pertinente reproducirlos nuevamente de forma extensa, por lo que me centraré en las conclusiones y reflexiones más relevantes de dicho escrito.

6. Sin embargo y de manera preliminar, deseo reiterar que mi posición sobre la competencia de la Corte IDH no debe ser entendida como una forma de negar la importancia y la necesidad de hacer justiciables los DESC, pues son dos temas distintos. De hecho, la amplia jurisprudencia sobre la materia que ayude a desarrollar durante mi ejercicio como magistrado de la Corte Constitucional colombiana¹, acredita que mi postura es favorable a garantizar estos derechos de manera directa cuando las condiciones de competencia están dadas. De forma que mi debate no se centra en si los DESC son derechos que deben ser respetados y garantizados por los Estados a las personas, sino en la forma en que se alcanza esa justiciabilidad en el sistema interamericano en particular. Dicho lo anterior, procederé a recordar porque la aplicación directa del artículo 26 de la Convención Americana es efectivamente tan conflictiva.

a) Alcances del artículo 26 de la Convención Americana

7. El alcance de este artículo ha sido ampliamente discutido por académicos² y al interior de la Corte IDH³, por lo que el debate ha intentado ampliarse a temas tales como el carácter prestacional de los DESC o la indivisibilidad de los mismos, cuando la pregunta central que debe realizarse para entender el alcance de este derecho es: ¿contiene el artículo 26 de la CADH derechos subjetivos?

¹ Al respecto, ver línea jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia sobre transmutación de los DESC. Por ejemplo, T- 1079 de 2007. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-1079-07.htm>

² En este sentido, ver por ejemplo: Oswaldo Ruiz Chiriboga, *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); Abramovich, V. and Rossi, J., 'La Tutela de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos', *Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 9, 2007; Oscar Parra Vera, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el sistema interamericano*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos México, 2011.

³ Ver voto disidente del Juez Ferrar McGregor en el *Caso González Lluy y otros Vs. Ecuador* o voto de los jueces Caldas y Ferrer McGregor en el *Caso Canales Huapaya y otros Vs. Perú*.

8. Al respecto, ya he demostrado en oportunidades anteriores⁴ que el artículo 26⁵ de la CADH no establece un catálogo de derechos, sino que la obligación que este artículo implica y que la Corte puede supervisar de manera directa es el cumplimiento de la obligación de desarrollo progresivo y su consecuente deber de no regresividad, de los derechos que se pudieran derivar de la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante "Carta").

9. Lo anterior se debe a que dicho artículo realiza una remisión directa a la Carta de la Organización de Estados Americanos. Sin embargo, 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, hay pocas referencias expresas a los DESC y para afirmar que efectivamente se encuentran consagrados en la Carta es necesario realizar una labor interpretativa bastante extensa.

10. Si bien hubiera sido deseable que el artículo 26 utilizara una técnica legislativa menos problemática, lo cierto es que hace remisión a la Carta de la OEA y no a la Declaración Americana, lo cual podría haber producido una interpretación distinta, debido a que la declaración sí cuenta con referencias más claras a los DESC⁶. Lamentablemente, este no es el caso⁷. De manera que el uso de la Declaración Americana en la presente Sentencia es "un atajo" que no tiene mayor sustento, más allá de una referencia a una opinión consultiva del año 1989.

11. Ahora bien, efectivamente el derecho al trabajo es uno de esos derechos que se pudieran derivar de la Carta más allá de la simple referencia al nombre⁸, pues dicho instrumento realiza una mención expresa del mismo. No obstante, una cosa es el derecho al trabajo y otra es la estabilidad laboral, lo cual muestra los dilemas que se presentan cuando el catálogo de derechos y sus alcances no se encuentran bien definidos. Además, no se puede entonces olvidar que la obligación general del artículo 26 de la CADH le permite a la Corte supervisar es el cumplimiento de la obligación de desarrollo progresivo y su consecuente deber de no regresividad, análisis que no se realizó en la presente Sentencia.

⁴ Al respecto, voto concurrente *Caso González Lluy y otros Vs. Ecuador*, párrs. 7 a 11.

⁵ CAPITULO III. DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 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. (Subrayado fuera del texto).

⁶ A manera de ejemplo, el artículo XI establece que: 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.

⁷ Al respecto, "en el camino que debe seguirse para determinar si un derecho se encuentra implícito en la Carta es necesario, a nuestro entender, evitar el atajo de apelar directamente a la Declaración Americana como instrumento que informa el contenido de los derechos humanos consagrados en la Carta. [Esto teniendo en cuenta que] el artículo 26 habla de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales, y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta y no remite a la Declaración". Abramovich, V. and Rossi, J., 'La Tutela de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos', Estudios Socio-Jurídicos, Vol. 9, 2007, pp. 47.

⁸ Por ejemplo, el artículo 45.b de la Carta establece que: "El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar".

12. Por otra parte, insisto en dejar en claro que la remisión es a la Carta y no a otras declaraciones, tratados o documentos de *soft law*⁹, porque la mención de estos no subsana o cambia lo que el artículo 26 de la CADH expresamente indica. En otras palabras, hacer referencia a “un vasto *corpus iuris*”¹⁰, en el que se mencionan tratados del sistema universal y sistemas regionales distintos al interamericano, no modifica el hecho de que la remisión del artículo 26 se hizo a la Carta y a ningún otro instrumento, tratado o documento de derecho internacional.

13. Si de por sí, intentar construir un catálogo de DESC a partir de la Carta es una tarea interpretativa compleja, entrar a utilizar cuanto tratado de derechos humanos existe para llenar de contenido al artículo 26 de la CADH, lo único que puede generar es una dinámica de “*vis expansiva*” de la responsabilidad internacional de los Estados. Es decir que al no tener presente un catálogo definido de los DESC cuya infracción genera responsabilidad de los Estados, estos no pueden prevenir ni reparar internamente las posibles infracciones porque básicamente la Corte IDH puede modificar el catálogo de los derechos dependiendo del caso.

14. En este sentido, la Sentencia bajo análisis es preocupante porque se inaugura una lógica de funcionamiento de la justicia interamericana que no sólo afecta al sistema de competencias de la Comisión y de la Corte, sino que entra a modificar y añadir un catálogo de nuevos derechos protegidos por la Convención Americana.

b) El Protocolo de San Salvador

15. Como se señaló anteriormente¹¹ no es posible abordar los debates sobre la competencia de la Corte Interamericana en materia de DESC sin tener en cuenta al Protocolo de San Salvador. La relevancia del Protocolo radica en que es mediante este tratado que los Estados de la región tomaron la decisión de definir cuáles son los DESC que están obligados a cumplir. Asimismo, establecieron de manera clara y precisa el contenido de dichos derechos.

16. No obstante lo anterior, los Estados tomaron la decisión soberana de restringir cuáles de los DESC consagrados en el Protocolo podían ser objeto de supervisión por medio del mecanismo de peticiones individuales al establecer en el artículo 19.6 que:

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. (Subrayado fuera del texto)

17. Es así como, mediante esta disposición, los Estados resolvieron limitar la competencia de la Comisión y de la Corte para conocer de casos contenciosos que no se encuentren relacionados con algunos derechos sindicales y con el derecho a la educación.

⁹ La discusión sobre cuáles son las fuentes de derecho internacional que pueden ser utilizadas por la Corte IDH para establecer los alcances de obligaciones y derechos exigibles a los Estados no es la materia principal del presente voto, pero deseo manifestar mi preocupación por la utilización de documentos tales como la Agenda de 2030 de la Asamblea de Naciones Unidas (metas del milenio) como fuente vinculante para el sistema interamericano.

¹⁰ Sentencia *Lagos del Campo Vs. Perú*, párr. 145.

¹¹ Al respecto, voto concurrente *Caso González Lluy y otros Vs. Ecuador*, párrs. 12 a 19.

18. Ahora bien, esta limitación de competencia no debe entenderse como contradictoria con lo dispuesto con el artículo 26 de la Convención Americana, si se tiene en cuenta que esta norma expresa la voluntad posterior y más específica de los Estados sobre la competencia de la Corte Interamericana sobre DESC. Tampoco se debe leer la Convención Americana de forma aislada sin tener en cuenta su Protocolo, por cuanto son tratados complementarios que deben ser leídos e interpretados de manera conjunta. En este sentido, las distintas propuestas de reforma al sistema IDH que pretenden incluir la justiciabilidad de DESC hacen evidente, que estamos ante una comprensión de la Convención contraria a la voluntad de los Estados, a la voluntad expresa de no hacer justiciables los DESC, salvo los que expresamente señala el artículo 19.6 del Protocolo.

19. Asimismo, es relevante señalar que las obligaciones generadas por el Protocolo a los Estados Parte son independientes al hecho de que la Corte tenga competencia para declarar violaciones en el marco de su función contenciosa. Simplemente para la vigilancia de cumplimiento de estos derechos los Estados dispusieron otros mecanismos, como lo son los establecidos en los demás incisos del artículo 19 del Protocolo, tales como la posibilidad de formular observaciones y recomendaciones sobre la situación de los DESC en el informe anual de la Comisión Interamericana.

20. Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, estimo inconcebible que una Sentencia que declara la vulneración de un DESC en el sistema interamericano, no haga referencia alguna al Protocolo y sus alcances. Más adelante me concentraré en mostrar como esto representa una falencia argumentativa importante, pero más allá de la técnica jurídica que es exigible a un Tribunal de la envergadura de la Corte IDH, la omisión de referirse al Protocolo demuestra la intención expresa de no querer encarar los problemas de competencia y justiciabilidad que se generan por el mismo. En otras palabras, pareciera que lo que se busca al no hacer referencia alguna al Protocolo es el deseo de negar su existencia como tratado complementario de la Convención Americana, la voluntad de los Estados que expresa el mismo y los debates que se generan a partir de sus disposiciones. No obstante esta intención, es claro que la validez y obligatoriedad de una norma no puede depender de que sea mencionada en una sentencia en particular, es decir que, así la quieran omitir, esto no afecta en lo más mínimo su existencia o fuerza vinculante.

c) Interpretación evolutiva y principio *pro persona*

21. La idea de superar los problemas de justiciabilidad de los DESC a partir de una interpretación evolutiva y supuestamente "*pro persona*" del artículo 26 de la CADH ha sido constante por parte de quienes apoyan esta tesis. Sin embargo, este argumento entraña un problema de base, puesto que no tiene en cuenta que para realizar una correcta interpretación de un tratado es necesario acudir a los demás métodos interpretativos con los que se cuenta en el derecho internacional, ya que el método evolutivo no es el único que debe ser tenido en cuenta.

22. Sobre los métodos de interpretación que deben ser tenidos en cuenta, los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establecen los principales métodos. Esto ha sido acogido por la Corte Interamericana en su jurisprudencia¹², de manera que además del método evolutivo ha utilizado otros

¹² Un buen ejemplo de la correcta utilización de los métodos de interpretación de los tratados se puede encontrar en la Opinión Consultiva No. 21 respecto a la Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos.

criterios de interpretación, tales como la interpretación literal, la interpretación sistemática y la interpretación teleológica.

23. Al respecto, cabe señalar que si se quisiera hacer una interpretación de la norma no es suficiente con hacer uso de uno de los diversos métodos de interpretación existentes, por cuanto estos son complementarios entre sí y ninguno tiene una mayor jerarquía que el otro. En efecto, en el mencionado voto concurrente hice el análisis¹³ del artículo 26 CADH teniendo en cuenta todos los métodos interpretativos, el cual demostró que el mismo no permite una justiciabilidad directa de los DESC, pues la competencia de la Corte IDH en la materia se encuentra regulada por el artículo 19.6 del Protocolo.

24. Por ello, este punto también es bastante controversial en la presente Sentencia, pues se limita a usar un solo método de interpretación, dejando de lado a una de las normas más básicas del derecho internacional público, como lo es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Asimismo, no explica o argumenta porque se pretende realizar una interpretación del tratado bajo una sola metodología que además no es usual para la Corte IDH, que en diversas oportunidades ha realizado interpretaciones a partir de todos los métodos establecidos.

25. Finalmente, recalco que en este caso no se está frente a una interpretación más garantista de la norma que permita la aplicación del principio *pro persona*. Esto se debe a que el principio *pro persona* debe ser aplicado cuando la Corte se encuentre frente a dos posibles interpretaciones válidas y ciertas. Justamente, lo que he demostrado es que 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 norma¹⁴. Dicho de otra forma, el principio *pro persona* no puede ser utilizado para validar una opción interpretativa que no se desprende de la norma y que por el contrario implica una modificación de la misma.

C. IMPERTINENCIA DEL CASO CONCRETO

26. Una vez expuestos mis argumentos generales sobre la materia, procederé a presentar las razones por las cuales considero que este caso en particular presentaba diversas complejidades que hacían que no permitía entrar a este debate y mucho menos para arribar a la conclusión que llegó la mayoría de la Corte IDH.

27. En primer lugar, considero sumamente atrevido hacer uso del principio *iura novit curia* en el presente caso. Como es de conocimiento general, este principio ha sido utilizado desde sus primeras sentencias¹⁵ por la Corte IDH, la cual lo ha definido como "la facultad e inclusive el deber [que posee el juzgador] de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente"¹⁶. De manera que este principio implica, como su nombre lo indica, que el juez interamericano pueda aplicar una norma que no ha sido alegada por la Comisión o las partes, pues éste se encuentra en mejor posición para determinar

¹³ Al respecto, voto concurrente *Caso González Lluy y otros Vs. Ecuador*, párrs. 23 a 28.

¹⁴ En el mismo sentido, ver: *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 78.

¹⁵ *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), Serie C No. 4, párrs. 163 a 166.

¹⁶ *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago*, Sentencia de 21 de junio de 2002, (Fondo, Reparaciones y Costas), pár. 107.

cuál es el derecho aplicable al caso. En otras palabras, el sistema interamericano no es justicia rogada, en el sentido que no se traba la *litis* a partir de las normas alegadas por la CIDH o las partes.

28. Dado esto por sentado, estimo que, si bien esta es una facultad reconocida para los jueces interamericanos, no puede ser usada bajo cualquier circunstancia y sin acudir a ciertos criterios de razonabilidad y pertinencia. En efecto, considero que el mencionado principio puede ser utilizado cuando sea manifiesta la violación de derechos humanos o cuando los representantes o la Comisión hayan incurrido en un grave olvido o error, de manera que la Corte subsane una posible injusticia, pero dicho principio no debe utilizarse para sorprender a un Estado con una violación que no preveía en lo más mínimo y que no tuvo la oportunidad de controvertir ni siquiera en los hechos.

29. En el presente caso, se indicó en la Sentencia que el peticionario argumentó en la primera etapa del proceso ante la Comisión Interamericana la presunta vulneración del derecho al trabajo¹⁷. Lo anterior se tomó como base para concluir que el Estado había conocido desde el principio los hechos¹⁸ y que "las partes ha[bían] tenido amplia posibilidad de hacer referencia al alcance de los derechos que involucran los hechos analizados"¹⁹.

30. La conclusión a la que arriba la Corte puede ser considerada como ligera o apresurada, pues afirmar que el Estado tuvo una amplia posibilidad de defenderse frente a la vulneración del artículo 26 de la Convención Americana, no tiene en cuenta el arduo debate que se ha dado al interior de la Corte Interamericana en torno a este artículo. En efecto, al declarar la vulneración del artículo 26 de la CADH en este caso, no se está simplemente discutiendo si el despido del señor Lagos estuvo o no justificado, sino que detrás hay toda una disertación acerca del alcance de un artículo que no ha sido pacífico y que los Estados han sido enfáticos en rechazar. De manera que no es suficiente con decir que una mención en los alegatos presentados antes del informe de admisibilidad de la Comisión podían hacer prever al Estado del Perú que fuese posible que la Corte Interamericana entrará a declarar la vulneración de dicho derecho en un caso que se presentó como la presunta violación de los artículos 8 y 13 de la CADH.

31. Al respecto, considero que dadas las complejidades del debate del artículo 26 de la CADH y las implicaciones que esto puede generar no sólo frente al caso en particular, sino como precedente a futuro de la Corte IDH, lo mínimo es que se permitiera un debate público y abierto sobre las posibles interpretaciones y alcances en discusión. De hecho, si se hubiese arribado a esta conclusión en un caso como *Gonzalez Lluy Vs. Ecuador*, en el cual se dio el debate entre los representantes y el Estado en la audiencia pública y en los diversos escritos principales, no me parecería tan impertinente (desde una perspectiva procesal) la declaración, puesto que el Estado tuvo en su momento la oportunidad de presentar su posición sobre el tema. Sin embargo, arribar a la conclusión de esta Sentencia sin el debido debate entre las partes, puede ser visto por los Estados como una decisión arbitraria y precipitada del Tribunal, lo cual pone en grave riesgo la legitimidad del mismo.

¹⁷ Sentencia *Lagos del Campo Vs. Perú*, párrs. 133 a 139.

¹⁸ Cabe recalcar que se dice que el Estado peruano conocía los hechos, pero al leer la nota al pie No. 183 que remite a esa afirmación, se lee una cita que hace referencia a un alegato a un derecho al trabajo, no a un hecho en concreto.

¹⁹ Sentencia *Lagos del Campo Vs. Perú*, párr. 137.

32. El debido respeto y acatamiento de las decisiones de la Corte es indispensable para lograr que las sentencias condenatorias de los Estados por desconocimiento de derechos humanos se conviertan no solo en un mecanismo de reparación de las víctimas, sino que además sirvan como catalizador positivo de transformaciones estructurales en la sociedad y en el aparato estatal. Las decisiones judiciales por un tribunal internacional sobre la utilización y distribución adecuada de recursos económicos, escasos por definición, conlleva una intervención particularmente intensa en los asuntos internos y por esto requieren una legitimidad que solo podría derivarse de una manifestación explícita.

33. Al declarar violado el artículo 26 las sentencias podrán, y en ocasiones deberán, establecer reparaciones que tendrán incidencia en materia de políticas públicas de forma más acentuada que las hasta ahora tomadas por este tribunal, por lo tanto será necesario que en contextos de precariedad y de restricciones presupuestarias, propios de la mayor parte de nuestros Estados, se establezca relaciones de disponibilidad económica que permitan reorientar las prioridades de inversión de recursos escasos. En este orden de ideas, no es irrelevante la manera como se fundamenta y legitima la competencia de la Corte Interamericana.

D. FALENCIAS ARGUMENTATIVAS DE LA SENTENCIA

34. Además de las razones que he expuesto, me parece necesario evidenciar las fallas argumentativas de la presente Sentencia, pues ello muestra que la decisión relacionada con la vulneración del artículo 26 no fue objeto del exhaustivo análisis que requería. Para ello, haré referencia a tres problemas principales, como lo son: i) la falta de motivación expresa para argumentar el cambio jurisprudencial realizado; ii) la utilización de un solo método de interpretación para arribar a la decisión, y iii) la confusión entre existencia del derecho y competencia de la Corte IDH.

a) falta de motivación expresa para argumentar el cambio jurisprudencial realizado

35. En primer lugar, debo indicar que la Sentencia omite por completo explicar el cambio de precedente, pues actúa como si estuviese reiterando jurisprudencia, lo cual es absolutamente falaz. Esto genera dos fallas argumentativas diferenciadas. La primera es la omisión argumentativa que muestre las razones por las cuales la Corte IDH decidió hacer un cambio de precedente. El segundo es darle el valor de precedente a una decisión judicial en particular, con el fin de ocultar que lo que realmente se está frente una nueva posición judicial.

36. Respecto al primer punto, es claro que los tribunales deben ser consistentes con sus decisiones previas, esta es una de las exigencias básicas no sólo desde la perspectiva de la teoría de argumentación jurídica, sino también es un elemento indispensable para garantizar la seguridad jurídica y la efectiva aplicación del principio de igualdad a los destinatarios de sus decisiones. Los cambios súbitos e injustificados de jurisprudencia, resultan arbitrarios y minan la legitimidad de los órganos judiciales.

37. Lo anterior implica que en la presente Sentencia era imperante que se reconociera que se estaba realizando un cambio jurisprudencial, que se alejaba de la posición de las decisiones anteriores que al respecto ha tomado la Corte IDH y explicara con fundamentos de mucho peso las razones por las cuales consideraba necesario realizar dicho cambio. Los valores en juego son la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad, por lo que los Estados y todas las personas sujetas a la

jurisdicción de la Convención Americana deben entender las razones de mucho peso que tuvo el Tribunal para variar su precedente. Más si se tiene en cuenta que este no es un simple cambio jurisprudencial, pues en el fondo lo que se hace en esta Sentencia es una mutación de la Convención Americana y, por esta vía, una transformación esencial del sistema de justicia interamericana.

38. Con relación al segundo punto, la Sentencia no sólo, no realiza un cambio jurisprudencial, sino que además pretende hacer creer al lector que lo que está realizando es una reiteración jurisprudencial. Al respecto, a partir del párrafo 141 de la Sentencia se empieza afirmando que se reitera la jurisprudencia de la Corte, en casos como *Acevedo Buendía*, que como es de conocimiento público no es un caso en el que se haya arribado a la conclusión de la vulneración del artículo 26 de la CADH.

39. Respecto al caso *Acevedo Buendía y otros Vs. Perú* reitero que, en mi opinión, el alcance que se le ha intentado dar a esta Sentencia es excesivo. En primer lugar, en la Sentencia no se declaró la violación del artículo 26 y el estudio que se realizó es precisamente en torno a la obligación de desarrollo progresivo y no respecto a una exigibilidad directa de algún derecho en particular. En segundo lugar, la Sentencia no definió ni aclaró cuál sería el DESC que se estaría tutelando, ni su alcance o contenido mínimo. En tercer lugar, incluso si se quisiera derivar algún tipo de justiciabilidad directa de la afirmación de que las obligaciones de respeto y garantía son aplicables al artículo 26 de la Convención, cabe recalcar que estas afirmaciones son un *obiter dictum* de la Sentencia, por cuanto no tienen relación directa con la decisión final que fue la de no declarar violado el artículo 26²⁰. Además, este punto de la Sentencia no había sido reiterada en la jurisprudencia posterior de la Corte, hasta el presente caso, por lo que no podía ser considerada como un precedente a reiterar.

b) utilización de un solo de método de interpretación para arribar a la decisión

40. Ahora bien, la segunda falencia argumentativa se centra en la utilización de un solo método interpretativo para arribar a una interpretación del tratado. Como se mencionó anteriormente en el presente voto, la utilización exclusiva de la "interpretación evolutiva" desconoce que para realizar una interpretación conforme al tratado y que no sea arbitraria, deben aplicarse de manera simultánea todos los métodos de interpretación señalados en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena. Por ello, esta simple omisión, que se aleja del tipo de análisis que el Tribunal Interamericano regularmente realiza cuando se ve enfrentada a la necesidad de interpretar la Convención Americana, constituye por sí sola un error argumentativo inexcusable.

41. Por otra parte y respecto a la definición de la interpretación evolutiva, la Corte Interamericana ha señalado en diversas oportunidades²¹ que los tratados de derechos

²⁰ En efecto, la razón por la cual la Sentencia decide que no hay violación es que "teniendo en cuenta que lo que está bajo análisis no es alguna providencia adoptada por el Estado que haya impedido el desarrollo progresivo del derecho a una pensión, sino más bien el incumplimiento estatal del pago ordenado por sus órganos judiciales, el Tribunal considera que los derechos afectados son aquellos protegidos en los artículos 25 y 21 de la Convención y no encuentra motivo para declarar adicionalmente el incumplimiento del artículo 26 de dicho instrumento". *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*, párr. 106.

²¹ *Cfr.* Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114; *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 83; *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica*, párr. 245, y Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 55. En similar sentido,

humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. También ha manifestado que tal 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 Tratados²². En este sentido, la "interpretación evolutiva" puede ser entendida como la construcción y determinación del significado de las normas derivadas de preceptos convencionales que originalmente no se encontraban en la voluntad de los países que participaron en su elaboración, pero que, hoy, debido a los cambios en la realidad social y política, encuentran pleno sentido. Los textos convencionales originalmente no se hicieron pensando en hechos y circunstancias que hoy sí se encuentran dentro de los supuestos convencionales.

42. De manera que este método interpretativo tiene una función importante y es el de ir actualizando las normas convencionales a las necesidades de los nuevos tiempos. No obstante lo anterior, otro de los errores de la Sentencia estriba en que se utiliza la "interpretación evolutiva" para camuflar una "mutación convencional". Este tipo de modificación implica un cambio sustancial al texto de la Convención Americana a través de unas "interpretaciones" contrarias a la dicción del texto convencional. Por esta vía, con el pretexto de interpretar la Convención se llega a unas condiciones que son contrarias al texto o a la interpretación conforme de la misma. La mutación convencional obedece a la misma lógica de la figura que la doctrina constitucional denomina como mutación constitucional²³.

43. En este sentido, ya se estableció que cuando se utilizan todos los métodos de interpretación se llega a la conclusión de que una interpretación extensiva del artículo 26 de la Convención Americana no puede venir a derogar lo que soberanamente decidieron los Estados al momento de firmar y ratificar el Protocolo de San Salvador. Por lo que puedo afirmar sin temor a equivocarme que en la presente Sentencia no se realizó una interpretación evolutiva, puesto que la evolución no puede llevar a contrariar la Convención. Una cosa es resolver asuntos novedosos no advertidos por los creadores de la norma y otra diferente, cambiarlas.

c) confusión entre existencia del derecho y competencia de la Corte IDH

44. En tercer lugar, la Sentencia no enfrenta los problemas de competencia, pues centra su argumentación a la comprobación de la existencia del derecho al trabajo o a la estabilidad laboral, pero no hace mención alguna al artículo 19 del Protocolo de San Salvador. La única mención sobre la competencia se realiza al final del análisis argumentativo, en el párrafo 154 de la Sentencia, en el que nuevamente se vuelve a intentar decir que en el caso *Acevedo Buendía* ya se había saldado la discusión sobre la competencia de la Corte, cuando como se explicó anteriormente esta afirmación es ajena a la verdad.

45. En mi opinión, esta confusión responde al propósito claro de querer a toda costa subsanar lo que "algunos" consideran un error del Protocolo de San Salvador cuando limitó la justiciabilidad de los DESC establecidos en el mismo. Bajo este entendido,

el Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre indica: "[q]ue la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución".

²² Cfr. Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114, y Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 55.

²³ Al respecto, la mutación constitucional hace referencia a "la transformación o modificación de un principio o precepto constitucional". Humberto Sierra Porto, *La reforma de la Constitución*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1998, p. 33.

estimo que se debe distinguir entre las ventajas que se derivan de la justiciabilidad de los DESC y la determinación jurídica sobre la competencia de la Corte sobre el tema.

46. Tal y como lo he expresado en otras oportunidades, la Corte IDH ya ha decidido indirectamente sobre DESC, generalmente por medio del uso de la conexidad, lo cual es una metodología menos polémica, pero sobre todo más respetuosa de la voluntad de los Estados expresada en la Convención Americana y de su Protocolo. No se debe dejar de lado que cualquier actuación por fuera de la Convención Americana será arbitraria aunque se derive de buenas intenciones.

E. CONCLUSIÓN GENERAL

47. De forma general, considero que una Sentencia que declara internacionalmente responsable a un Estado no puede incurrir en falencias argumentativas de la magnitud previamente expuesta. Si el Tribunal pretende mantener un estándar de motivación tan alto para los tribunales internos como el que se estableció en la presente Sentencia, lo mínimo exigible es que use el mismo racero para sus decisiones, pues de lo contrario se corre el riesgo de afectar fuertemente la legitimidad de la Corte IDH frente a nuestros colegas de ejercicio jurisdiccional.

48. Efectivamente, la legitimidad de la Corte Interamericana se deriva de la solidez de sus argumentos y de sus construcciones jurídicas, así como de la justicia que se alcance a través de sus decisiones. Por ello, el propósito de querer acertar, no basta, es insuficiente, pues lo que puede generar es un importante factor de deslegitimación del Tribunal. De hecho, decisiones como esta, en últimas plantean una visión, un proyecto de integración y transformaciones orientadas autónomamente desde los órganos del SIDH, alejándose de la función principal de la Corte IDH, la cual es la de administrar justicia, garantizando la protección de los derechos humanos bajo la estricta observancia de su competencia. De hecho, no puede hacerse derecho transformador en contra vía del derecho vigente.

49. Finalmente, espero que el presente Voto contribuya como reflexión para entender la dimensión de la decisión que la mayoría de la Corte IDH adoptó en este caso, y se visibilicen las principales problemáticas que se generan a partir de la misma. Solo la crítica sincera y el debate abierto y público puede ayudar a mitigar, hasta cierto punto, los riesgos de legitimidad y de inseguridad jurídica que se puedan desprender de esta Sentencia.

Humberto A. Sierra Porto
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario