

**VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE DEL JUEZ EDUARDO VIO GROSSI,
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,
CASO COMUNIDADES INDÍGENAS MIEMBROS DE LA
ASOCIACIÓN LHAKA HONHAT (NUESTRA TIERRA) VS. ARGENTINA
SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 2020
(Fondo, Reparaciones y Costas)**

I. INTRODUCCIÓN.

1. Se expide el presente voto parcialmente disidente¹ con relación a la Sentencia del rótulo², a los efectos de dar cuenta de las razones por las que se discrepa de lo dispuesto en los resolutivos N°s 3³, 11⁴, 12⁵ y 13⁶ de aquella, los que, sobre la base de lo prescrito en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷, declara, en el primero, las violaciones de los derechos a la identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua y dispone, en los siguientes, medidas de reparación relativas a dichas violaciones, con todo lo cual hace éstas

¹ Art. 66.2 de la Convención: *"Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual."*

Art. 24.3 de los Estatutos de la Corte: *"Las decisiones, juicios y opiniones de la Corte se comunicarán en sesiones públicas y se notificarán por escrito a las partes. Además, se publicarán conjuntamente con los votos y opiniones separados de los jueces y con cualesquiera otros datos o antecedentes que la Corte considere conveniente."*

Art.65.2 del Reglamento de la Corte: *"Todo Juez que haya participado en el examen de un caso tiene derecho a unir a la sentencia su voto concurrente o disidente que deberá ser razonado. Estos votos deberán ser presentados dentro del plazo fijado por la Presidencia, de modo que puedan ser conocidos por los Jueces antes de la notificación de la sentencia. Dichos votos sólo podrán referirse a lo tratado en las sentencias."*

En lo sucesivo, cada vez que se cite una disposición sin indicar el instrumento jurídico al que corresponde, se entenderá que es de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

² En adelante, la Sentencia.

³ *"El Estado es responsable por la violación a los derechos a participar en la vida cultural, en lo atinente a su identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, establecidos en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo tratado, en perjuicio de las 132 comunidades indígenas señaladas en el Anexo V a la presente Sentencia, en los términos de sus párrafos 195 a 289."*

⁴ *"El Estado, en el plazo máximo de seis meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, presentará a la Corte un estudio en que identifique situaciones críticas de falta de acceso a agua potable o alimentación y formulará e implementará un plan de acción, en los términos señalados en los párrafos 332 y 343 de la presente Sentencia."*

⁵ *"El Estado, en un plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, elaborará un estudio en el que establezca acciones que deben instrumentarse para la conservación de aguas y para evitar y remediar su contaminación; garantizar el acceso permanente a agua potable; evitar que continúe la pérdida o disminución de recursos forestales y procurar su recuperación, y posibilitar el acceso a alimentación nutricional y culturalmente adecuada, en los términos de los párrafos 333 a 335 y 343 de la presente Sentencia."*

⁶ *"El Estado creará un fondo de desarrollo comunitario e implementará su ejecución en un plazo no mayor a cuatro años a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos señalados en los párrafos 338 a 343 de la presente Sentencia."*

⁷ En adelante, la Convención.

justiciables ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸. Evidentemente, la discrepancia fundamental dice relación con lo dispuesto en el indicado Resolutivo N° 3, ya que lo señalado en los mencionados Resolutivos N°s 11, 12 y 13 no son más que consecuencias de aquél.

2. A respecto, es menester señalar, previamente, que se reitera lo expresado en los votos individuales emitidos por el suscrito⁹ acerca de la invocación que en las correspondientes Sentencias se hacen a la mencionada disposición convencional, incluyendo las consideraciones generales y previas realizadas en algunos de ellos.

3. Sin embargo, se debe igualmente señalar que, atendido que lo resuelto en el resolutivo N° 3, aprobado por empate con el voto dirimente de la Presidenta, constituye una innovación de la jurisprudencia de la Corte, en el presente escrito se precisa o amplía y aún se modifica, en ciertos aspectos, lo que se señaló en los indicados votos parcialmente disidentes.

4. Es, asimismo, de suma relevancia desde ya indicar que este texto no se refiere a la existencia de los derechos a la identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, como tampoco a la de los demás derechos económicos, sociales y culturales. La existencia de tales derechos no es objeto del presente escrito. Lo que, en cambio, se sostiene aquí es únicamente que la Corte, contrariamente a lo indicado en la Sentencia, carece de competencia para conocer, al amparo de lo previsto en el artículo 26 de la Convención¹⁰, de las violaciones de aquellos, esto es, que las presuntas vulneraciones de esos derechos no son susceptibles de ser justiciables ante ella.

5. Lo anterior no implica, por ende, que las violaciones de dichos derechos no puedan ser justiciables ante las jurisdicciones nacionales correspondientes. Ello dependerá de lo que dispongan los respectivos ordenamientos internos, materia que escapa, en todo caso, al objeto del presente documento y que se inserta en la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva de los Estados Partes de la Convención¹¹.

⁸ En adelante, la Corte.

⁹ *Voto Parcialmente Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi a la Sentencia del 22 de noviembre de 2019, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas; Voto Parcialmente Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Muelle Flores Vs. Perú, Sentencia de 06 de marzo de 2019, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Voto Parcialmente Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso San Miguel Sosa y Otras Vs. Venezuela, Sentencia de 8 de febrero de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas); Voto Parcialmente Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Lagos del Campo Vs. Perú, Sentencia de 31 de agosto de 2017, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa; y Voto Individual del Juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y Otros Vs. Perú, Sentencia de 23 de noviembre de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).*

¹⁰ En adelante, artículo 26.

¹¹ "La cuestión de si un asunto determinado corresponde o no a la jurisdicción exclusiva del Estado, es una cuestión esencialmente relativa, la que depende del desarrollo de las relaciones internacionales. En el estado actual del desarrollo del derecho internacional, la Corte es de opinión que los asuntos relativos a la nacionalidad pertenecen, en principio, a ese dominio reservado". Corte Permanente de Justicia Internacional, Opinión Consultiva sobre ciertos decretos de nacionalidad dictados en la zona francesa de Túnez y Marruecos, Serie B N° 4, pág. 24.

Protocole n° 15 portant amendement à la Convention (Européenne) de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, art.1: "A la fin du préambule de la Convention, un nouveau considérant est ajouté et se lit comme suit: Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la

6. Lo que se sostiene en este voto supone que se debe distinguir entre los derechos humanos en general, que, en toda circunstancia, deben ser respetados en virtud de lo prescrito en el Derecho Internacional y aquellos que, además, pueden ser justiciables ante una jurisdicción internacional. A este respecto, cabe llamar la atención de que solo existen tres tribunales internacionales en materia de derechos humanos, a saber, la Corte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Pues bien, no todos los Estados de las respectivas regiones, han aceptado la jurisdicción del tribunal correspondiente. Por otra parte, no todas las regiones del mundo disponen de una jurisdicción internacional en materia de derechos humanos. Tampoco se ha creado un tribunal universal de derechos humanos.

7. La circunstancia, pues, de que un Estado no haya aceptado ser sometido a una instancia jurisdiccional internacional en materia de derechos humanos, no significa que éstos no existan y que no los pueda eventualmente ser violarlos. El Estado los debe, de todas maneras, respetar, aunque no exista un tribunal internacional al que se pueda concurrir en el evento de que los vulnere y ello máxime si son consagrados en un tratado del que es Estado Parte. En tal eventualidad, la sociedad internacional podrá emplear medios netamente diplomáticos o políticos para lograr el restablecimiento del respeto de los derechos en comento. Entonces, un asunto es la consagración internacional de éstos y otro, el instrumento internacional que se emplee para lograr que se restablezca su vigencia en las situaciones en que sean violados.

8. Teniendo presente todo lo expuesto precedentemente, lo que se planteará en este texto se dividirá en la interpretación del artículo 26, lo dispuesto en la Carta de la Organización de los Estados Americanos¹², lo establecido en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Protocolo de San Salvador y las Conclusiones.

II. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 26.

9. En vista de que la Convención es un tratado entre Estados y, por ende, regida por el Derechos Internacional Público¹³, las razones que sustentan este disenso se encuentran, principalmente, en la interpretación que, acorde a los métodos de interpretación de los tratados previstos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁴, se debe hacer del artículo 26. Dichos métodos dicen relación con la buena fe, el tenor literal de los términos del tratado, el contexto de ellos y el objeto y fin de aquél¹⁵.

présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par la présente Convention."

¹² En adelante, la OEA.

¹³ Art. 2 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados: "Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención: a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;"

¹⁴ En adelante, la Convención de Viena.

¹⁵ Art.31: "Regla general de interpretación.

I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

10. De lo que se trata, entonces, es interpretar, según esos métodos, el artículo 26, el que establece:

"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."

A. Buena fe.

11. El método sustentado en la buena fe implica que lo pactado por los Estados Partes del tratado de que se trate debe entenderse a partir de que efectivamente ellos tuvieron la voluntad de concordarlo, de suerte de que realmente se aplicara o tuviera un efecto útil. En este sentido, la buena fe se vincula estrechamente al principio "*pacta sunt servanda*" contemplado en el artículo 26 de la Convención de Viena^{16 y 17}.

12. En esta perspectiva, es más que evidente que el efecto útil de esa norma es que los Estados Partes de la Convención realmente adopten las providencias en vista de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas de la OEA que indica y todo ello según los recursos disponibles. El artículo 26 no establece, a contrario de lo que afirma un fallo citado por la Sentencia¹⁸, que "los Estados se comprometieron a hacer a hacer efectivos "derechos" que derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura" a que alude.

13. En esa misma dirección, es necesario llamar la atención acerca de que lo que establece el artículo 26 es semejante a lo previsto en el artículo 2 de la Convención, esto es, que los Estados se obligan a adoptar, en el primero, medidas si el ejercicio de

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Art.32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de

conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable."

¹⁶ "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe."

¹⁷ Procede recordar que el principio de buena fe inspira tanto a todo el procedimiento de celebración de tratados, sea tradicional o solemne, vale decir, a la negociación, a la firma, a la ratificación y al canje o depósito de los instrumentos de ratificación, sea simplificado o abreviado, esto es, a la negociación y a la firma o al intercambio de textos o de notas, como a su aplicación.

¹⁸ Párr.78, Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 2018.

los derechos consagrados en el artículo 1.2 de la Convención no estuviere garantizado¹⁹ y en segundo, providencias en vista de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas de la OEA que alude, aunque ambas disposiciones difieren en que esta última condiciona el cumplimiento de lo que establece a la disponibilidad de los correspondientes recursos.

14. Considerando lo precedente, importa interrogarse, en consecuencia, respecto la razón por la que se convino el artículo 26 y, por tanto, por qué no se abordaron los derechos a que se remite de la misma forma en que se hizo en cuanto a los derechos civiles y políticos. La respuesta sustentada en la buena fe no puede ser otra que la Convención contempló que ambos tipos de derechos humanos, si bien están estrechamente vinculados entre sí en razón del ideal al que se aspira, cual es, según su Preámbulo, el de crear las condiciones que permitan su "goce"²⁰, son distintos y particularmente, de desigual desarrollo en el ámbito del Derecho Internacional Público, por lo que deben tener un tratamiento diferenciado, que es precisamente lo que aquella hace en vista de lo que también indica su Preámbulo²¹.

15. La buena fe conduce, en consecuencia, a estimar al artículo 26 en su propio mérito, lo que implica que debe ser interpretado, no como reconociendo derechos que no enumera ni desarrolla, sino como remitiendo, para conocerlos, a normas distintas a las de la Convención, como son las de la Carta de la OEA y que, por ende, su efecto útil propio o particular, es, se reitera, que los Estados Partes de la Convención adopten providencias para hacer progresivamente efectivos los derechos que se derivan de aquellas normas y todo ello según los recursos disponibles.

16. Como una acotación adicional, resulta imperioso expresar que es sorprendente que la Sentencia no se haya referido más extensamente, en parte alguna, a la buena fe como elemento tan esencial como los otros que contempla el art.31.1 de la Convención de Viena para la interpretación de los tratados, todos los cuales deben ser empleados simultánea y armoniosamente, sin privilegiar o desmerecer a uno u otro. En el mismo sentido, es también insólito que no suministre ninguna explicación acerca de la inclusión del artículo 26 en un capítulo separado de los derechos políticos y civiles y, en particular, de cuál sería su razón de ser y su efecto útil. La Sentencia no da respuesta alguna en lo que dice relación al motivo o razón de la existencia del artículo 26 en tanto norma diferente a las previstas en cuanto a los derechos civiles y políticos

17. En suma, entonces y al amparo del principio de buena fe, procede subrayar que de la circunstancia de que en el Preámbulo de la Convención se afirme que la persona debe gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, no se colige que el efecto útil del artículo 26 sea que la

¹⁹ Art. 2: "*Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*"

²⁰ Párr. 4º: "*Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.*"

²¹ 5º Considerando: "*...la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia*".

violación de los derechos a que alude son justiciables ante la Corte, sino que los Estados adopten las providencias pertinentes para hacer progresivamente efectivos dichos derechos.

B. Método textual o literal.

18. Al interpretar el artículo 26 a la luz del método de interpretación literal de un tratado, se puede concluir en que dicha norma:

- a) no enumera ni detalla o especifica los derechos que alude, tan solo los identifica como los "que se derivan"²² de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA, vale decir, derechos que se desprenden o se pueden inferir²³ de disposiciones de esta última;
- b) no prescribe el respeto de derechos humanos ni que se garantice su respeto;
- c) no consagra ni contempla los derechos a que se refiere;
- d) no hace efectivos o exigibles tales derechos, pues si así lo hubiera querido, lo habría expresado derechamente y sin ambigüedad alguna;
- e) dispone, en cambio, una obligación de hacer, no de resultado, consistente en que los Estados Partes de la Convención deben "adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos" a que se refiere;
- f) indica que la obligación de comportamiento que establece se cumple "en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados", con lo que no sólo refuerza la falta de efectividad de tales derechos, sino que condiciona la posibilidad de cumplir aquella a la existencia de los recursos de que el pertinente Estado disponga para ello; y
- g) hace depender la adopción de las medidas de que se trata, no sólo de la voluntad unilateral del correspondiente Estado, sino de los acuerdos que él pueda llegar con otros Estados, también soberanos, y con organizaciones internacionales de cooperación.

19. Igualmente se puede concluir en que los derechos en cuestión no son, en términos empleados por la Convención, "reconocidos"²⁴, "establecidos"²⁵,

²² "Derivar: Dicho de una cosa: Traer su origen de otra." Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 2018

²³ "Inferir: Deducir algo o sacarlo como conclusión de otra cosa", *Idem*.

²⁴ Art.1.1:" Obligación de Respetar los Derechos. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

Art.22.4: "Derecho de Circulación y de Residencia. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público."

Art.25.1:" Protección Judicial. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus

“garantizados”²⁶, “consagrados”²⁷ o “protegidos”²⁸ en o por ella y tampoco son, como lo afirma la Sentencia, derechos “contenidos por el artículo 26”²⁹ o “incluidos” en él³⁰ o “receptados en la Convención”³¹, es decir, recibidos o acogidos en ésta³², sino que son “derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la” OEA, es decir, son derechos que tiene su origen³³ en esta última y no en la Convención.

20. También se puede desprender de lo expuesto que es el propio instrumento convencional el que hace una nítida distinción entre los derechos humanos, al establecer, en su Parte I, “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos”, su Capítulo I “Enumeración de Deberes”, su Capítulo II “Derechos Civiles y Políticos” y su Capítulo

derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Art.29.a): “*Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;*”

Art.30: “*Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.*”

Art.31: “*Reconocimiento de Otros Derechos. Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77.*”

Art.48.1.f): “*1. La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos: ... se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención.*”

²⁵ 45.1: “*Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención.*”

²⁶ Art 47.b: “*La Comisión declarará inadmisibles toda petición o comunicación presentada de acuerdo con los artículos 44 ó 45 cuando: ... no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta Convención;*”

²⁷ *Supra*, art.48.1.f), *cit.* nota N° 24.

²⁸ Art.4.1: “*Derecho a la Vida. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.*”

Art. 63.1: “*Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.*”

²⁹ Párr. 194.

En lo sucesivo, cada vez que se cite un párrafo sin indicar el instrumento jurídico al que corresponde, se entenderá que es de la Sentencia.

³⁰ Párrs. 196, 202 y 222.

³¹ Párr.207.

³² Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 2019.

³³ *Idem*.

III, "Derechos Económicos, Sociales y Culturales"³⁴, dándoles así a cada una de estas dos últimas categorías de derechos una consideración especial y diferente.

21. En tanto comentario adicional, parece al menos curioso que la Sentencia indique que realiza una interpretación que permite "actualizar el sentido de los derechos derivados de la Carta de la OEA que se encuentran reconocidos en el artículo 26 de la Convención"³⁵. Según aquella, los citados derechos no solo derivarían, por lo tanto, de la Carta de la OEA, sino que, además, serían "reconocidos" por el artículo 26 y, además, "actualizados" por la Corte. Es eso, entonces, lo que le permite a la Sentencia tácitamente concluir que las presuntas violaciones de tales derechos pueden ser conocidas y resueltas por aquella.

22. Igualmente, resulta sorprendente que en la Sentencia se sostenga que, dado que el artículo 26 "realiza una remisión directa a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA"³⁶, está "establecido que un derecho debe entenderse incluido en" aquél, por lo que solo correspondería "fijar sus alcances a la luz del *corpus iuris* internacional en la materia".

23. Evidentemente, no se pueden compartir las señaladas afirmaciones, por de pronto, porque el artículo 26 no reconoce derecho alguno sino que se remite a las normas de la OEA que señala y enseña, puesto lo que indica la Sentencia se aparta totalmente de lo que aquella norma explícitamente establece, sin suministrar fundamento alguno de su proceder, sino únicamente explicaciones que parecen elaboradas para interpretarlo de manera totalmente en contraposición a lo que textual y claramente indica.

24. Al actuar en esa dirección, indudablemente que la Sentencia hace caso omiso del tenor literal del artículo 26 y, consecuentemente, no aplica armoniosamente a su respecto lo previsto en el artículo 31.1 de la Convención de Viena ni efectúa, en rigor, una interpretación de aquél. Al parecer, el tenor literal de lo pactado no tiene, para la Sentencia relevancia alguna y, por ende, lo considera como un mero formulismo, lo que le posibilita atribuir a dicha disposición un sentido y alcance que escapa con mucho a lo que los Estados expresamente estamparon, como si en realidad quisieron convenir otra cosa, lo que, evidentemente, choca contra toda lógica.

25. Por el contrario, fundadamente se puede sostener que, de acuerdo a su tenor literal y el principio de buena fe, el artículo 26, por una parte, no plantea varias posibilidades de aplicación, esto es, dudas acerca de su sentido y alcance y que, en consecuencia, justifiquen la interpretación que se aparte ostensiblemente de lo pactado y por la otra, no establece derecho humano alguno y menos aún, que puedan ser exigibles ante la Corte, sino que alude a obligaciones de hacer, no de resultado, asumidas por los Estados Partes de la Convención.

26. En definitiva, en consecuencia, se puede concluir en que, "conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado", el artículo 26 no constituye título suficiente para recurrir a la Corte en resguardo de los derechos que

³⁴ El Capítulo IV de la Parte I se titula "*Suspensión de Garantías, Interpretación y Aplicación*" y el Capítulo V de la misma, "*Deberes de las personas*".

³⁵ Párr.199.

³⁶ Párr.196.

“derivan” de la Carta de la OEA y que, por ende, no son “reconocidos”, “establecidos”, “garantizados”, “consagrados” o “protegidos” en o por la Convención.

C. Método subjetivo.

27. Al intentar desentrañar la voluntad de la Estados Partes de la Convención respecto del artículo 26, resulta menester referirse, siempre conforme a lo previsto en la Convención de Viena, al contexto de los términos, por lo que se debe aludir al sistema consagrado en la Convención en el cual se inserta dicho artículo, lo que importa que:

- a) dicho sistema está conformado por los deberes y derechos que dispone, los órganos encargados de garantizar su respeto y exigir su cumplimiento y disposiciones concernientes a la Convención³⁷;
- b) en lo relativo a los deberes, ellos son dos, a saber, la “Obligación de Respetar los Derechos”³⁸ y el “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno”³⁹ y en lo atinente a los derechos, ellos son los “Derechos Civiles y Políticos” y los “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”⁴⁰; y
- c) en lo pertinente a los órganos, ellos son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte⁴¹ y la Asamblea General de la OEA, correspondiéndole a la primera la promoción y defensa de los derechos humanos⁴², a la segunda,

³⁷ “Parte III, “Disposiciones generales y transitorias”.

³⁸ *Supra*, Nota 24.

³⁹ Art.2: “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

⁴⁰ ⁴⁰ Parte I, Capítulo II, arts.3 a 25. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art.3), Derecho a la vida (art.4), Derecho a la integridad personal (art.5), Prohibición de la esclavitud y la servidumbre (art.6), Derecho a la libertad personal (art.7), Garantías judiciales (art.8), Principio de legalidad y retroactividad (art.9), Derecho a indemnización (art.10), Protección de la honra y la dignidad (art.11), Libertad de conciencia y de religión (art.12), Libertad de pensamiento y de expresión (art.13), Derecho de rectificación o respuesta (art.14), Derecho de reunión (art.15), Libertad de asociación (art.16), Protección a la familia (art.17), Derecho al nombre (art.18), Derechos del niño (art.19), Derecho a la nacionalidad (art.20), Derecho a la propiedad privada (art.21), Derecho de circulación y de residencia (art.22), Derechos políticos (art.23), Igualdad ante la ley (art.24) y Protección judicial (art.25).
Art.26 *cit.*

⁴¹ “Parte II Medios de Protección.” Art Art. 33: “Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:

- a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y
- b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.”

⁴² Art.41: “La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
- c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;

interpretar y aplicar la Convención⁴³ y a la tercera, adoptar las medidas que correspondan para hacer cumplir el pertinente fallo⁴⁴;

28. De la interpretación armónica de esas normas, se puede colegir que a los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte, únicamente se les puede requerir, en cuanto al caso que le ha sido sometido a ésta, el debido respeto de los derechos civiles y políticos "reconocidos", "establecidos", "garantizados", "consagrados" o "protegidos" por la Convención y además, siempre que eventualmente sea menester, la adopción, "con arreglo a (a los) procedimientos constitucionales (del correspondiente Estado) y a las disposiciones de (aquella) ..., las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

29. En cambio, respecto 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", únicamente se les podría requerir a los Estados Partes de la Convención, la adopción "por vía legislativa u otros medios apropiados", de "providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente (su) plena efectividad" y ello "en la medida de los recursos disponibles".

30. Ahora bien, procede dejar constancia, a los efectos de la aplicación de este método de interpretación, que, acorde a lo dispuesto en el párrafo 5 del Preámbulo de la Convención⁴⁵, que en la Carta de la OEA se incorporaron "normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales" y que en la Convención se determinó "la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia".

31. Es decir, ha sido la propia Convención la que, en cumplimiento de dicho mandato y como ya se ha afirmado, le dio a los derechos civiles y políticos un tratamiento diferenciado de los derechos económicos sociales y culturales, expresado, como ya se afirmó, el primero en el Capítulo II de la Parte I de la Convención y el segundo en el Capítulo III de la misma parte e instrumento. De suerte, por tanto, que la indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos,

d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;

e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;

f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y

g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos."

En lo sucesivo, cada vez que se aluda a la Comisión, se entenderá que es a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁴³ Art.62.3: "La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial."

⁴⁴ Art. 65: "La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos."

⁴⁵ *Supra*, Nota N° 20.

sociales y culturales a que hace referencia el Preámbulo de la Convención, es al “goce” de ambos tipos de derechos humanos y no a que deban someterse a las mismas reglas para su ejercicio y fiscalización internacional.

32. Asimismo, es menester hacer presente que no existe tratado o instrumento, celebrado o formulado con motivo de la adopción de la Convención, que aborde su interpretación y que tampoco existe un acuerdo o práctica ulterior de sus Estados Partes en que conste la interpretación que ellos le dan, como lo mandata el artículo 31.2. y 3 de la Convención de Viena⁴⁶. Por ende, no es aceptable que, bajo el pretexto de la ausencia de lo que se conoce como la “interpretación auténtica”⁴⁷ de la Convención, su sentido y alcance sea determinado por la Corte al margen y aún en contradicción con lo pactado por sus Estados Partes. La Convención, como todo tratado, no existe al margen de lo que estos últimos expresamente convinieron.

33. Lo anterior es particularmente cierto en lo que dice relación con las presuntas violaciones de los derechos a la identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua y, en general, a los demás derechos económicos, sociales y culturales, derechos que, a contrario de lo que señala la Sentencia, no le corresponde a la Corte “actualizar” su sentido, sino interpretar, según las reglas de la Convención de Viena, lo que dispone la Convención y menos puede, bajo el pretexto de poner al día⁴⁸ tales derechos, concluir que sus violaciones pueden ser conocidas y resueltas por ella.

34. Por otra parte, en el intento por justificar la judicialización ante la Corte de los derechos a la identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, la Sentencia no acude a fuentes autónomas del Derecho Internacional, es decir, a las que crean derechos, como son los tratados, la costumbre internacional, los principios generales de derecho o los actos jurídicos unilaterales, ni tampoco a fuentes auxiliares del Derecho Internacional, esto es, a las que ayudan en la determinación de las reglas de derecho aplicables, como son la jurisprudencia, la doctrina o las resoluciones de organizaciones internacionales declarativas de derecho⁴⁹, sino que básicamente recurre a resoluciones de organizaciones internacionales, es decir, meras recomendaciones no vinculantes para los Estados y que no interpretan a la Convención ni tienen por objeto interpretarla.

35. Y es que esos instrumentos constituyen expresión de aspiraciones, por lo demás legítimas, de cambio o desarrollo del Derecho Internacional en la materia a la que cada uno se refiere, por lo que incluso algunos ni siquiera emanan de un funcionario o de un órgano internacional del sistema interamericano de derechos humanos.

⁴⁶ *Supra*, Nota N°14.

⁴⁷ Denominación dada por la doctrina.

⁴⁸ Significado de actualizar, Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 2019.

⁴⁹ Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; h. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59. 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.”

36. Es lo que acontece, en especial, con las alusiones que hace la Sentencia, para sostener su posición, respecto del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas⁵⁰; con la Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural, de 2001⁵¹; con lo resuelto por el Comité de Derechos Humanos de la ONU⁵²; con lo expresado por el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas⁵³; con la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁵⁴; y con el Principio 22 de la Declaración de Río⁵⁵.

37. Algo diferente acontece, sin embargo, con las referencias al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵⁶; al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo⁵⁷, a la Convención sobre los Derechos del Niño⁵⁸; a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁵⁹; a la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948⁶⁰; y a la Resolución 64/292 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas del 28 de julio de 2010, denominada "El derecho humano al agua y el saneamiento"⁶¹. Efectivamente, mientras los tres primeros instrumentos son tratados y, por ende, vinculantes *per se*, los dos últimos son Resoluciones Internacionales Declarativas de Derecho y, por tanto, constituyen fuentes auxiliares del Derecho Internacional en la medida en que dan cuenta de normas consuetudinarias o de principios generales de derecho en las materias sobre la que versan.

38. Algo similar acontece en el ámbito interamericano. Por de pronto, la Sentencia menciona a las Resoluciones 2349/07 y 2760/12 de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos⁶² y a la Carta Social de las Américas⁶³. Además, señala, por una parte, al Protocolo de San Salvador⁶⁴ y a la Convención

⁵⁰ Párrs.217 a 221, 223, 226 a 230, 239 a 242, 245, 246 y 249.

⁵¹ Párrs. 224 y 238.

⁵² Párr.251.

⁵³ Párr. 252.

⁵⁴ Párr.248.

⁵⁵ Párr.250.

⁵⁶ Párrs.213, 214 y 234.

⁵⁷ Párr. 247.

⁵⁸ Párr. 223.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ Párrs. 213 y 223.

⁶¹ Párr. 224.

⁶² Párr. 224

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ Párrs. 205 y 212.

Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores⁶⁵ y por la otra, a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948⁶⁶, a la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, de 2016⁶⁷ y a la Opinión Consultiva 23, de la Corte, del 15 de noviembre de 2017, titulada "Medio Ambiente y Derechos Humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)"⁶⁸. Los dos primeros textos son tratados y, por tanto, de cumplimiento obligatorio. Además, el Protocolo de San Salvador se analizará más adelante⁶⁹.

39. En cuanto a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y a la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, ellas también son Resoluciones Internacionales Declarativas de Derecho, esto es, son fuentes auxiliares del Derecho Internacional en cuanto dan cuenta de principios generales de Derecho aplicables en las materias correspondientes, lo que, respecto a la primera Declaración citada, es reconocido por la Convención en orden a que "los derechos esenciales del hombre...(que) tienen como fundamento los atributos de la persona humana" y de que son "principios ...consagrados en" ella⁷⁰.

40. Y en lo atinente a la OC 23/17, que, como parte de la jurisprudencia, es fuente auxiliar del Derecho Internacional y, por ende, no vinculante, cabe afirmar que, tal como sucede con todos los documentos citados, ella no señala en parte alguna que las presuntas violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser conocidas y resueltas por la Corte. No era ese su objeto. Y, además, es que no podía declarar aquello, ya que no pretendía interpretar norma alguna que dispusiera el carácter justiciable de tales derechos.

41. Igualmente, se debe hacer presente que, para sostener su competencia respecto de lo dispuesto por el artículo 26, la Sentencia recurre especialmente a la jurisprudencia de la propia Corte⁷¹, la que, a su vez, se fundamenta en lo indicado en los instrumentos precedentemente señalados e incluso en cuanto al derecho al agua,

⁶⁵ Párr.224.

⁶⁶ Párrs. 211 y 232.

⁶⁷ Párr. 248.

⁶⁸ Párr. 203.

⁶⁹ *Infra*, IV.

⁷⁰ Párrs. 2 y 3 de Preámbulo: "Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos; Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional;"

⁷¹ Párrs. 195 a 197, 203, 206 a 209, 216, 226, 244 y 252.

en el principio *iura novit curia*⁷², de donde se desprende que, en definitiva, el sustento de su posición son dichos instrumentos y no su propia jurisprudencia.

42. En esa perspectiva y teniendo presente que los textos aludidos son invocados por la Sentencia a fin de fundamentar su posición en cuanto a que la Corte tiene competencia para conocer y resolver sobre las eventuales violaciones de los derechos a la identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, se puede afirmar categóricamente que lo cierto es que, en el mejor de los casos, aquellos instrumentos podrían ser considerados como que reconocerían la existencia de esos derechos, más no la mencionada competencia. Es, pues, irrefutable que ninguno de ellos, se reitera, ninguno, dice relación o dispone que las presuntas violaciones de los citados derechos habilita para que sean llevadas ante la Corte y para que ésta resuelva sobre ellas.

43. A lo precedentemente indicado, procede añadir que las referencias que la Sentencia hace a la legislación interna tanto del Estado como de otros Estados⁷³, tampoco justifica la tesis sostenida por aquella en cuanto a que habilitaría para que se pudiera recurrir ante la Corte por las violaciones de los derechos antes mencionados. La competencia de la Corte deriva de la facultad que se le concede por la Convención y no por una disposición del derecho interno del Estado de que se trate, aunque, evidentemente, dicho ordenamiento jurídico se debe tener presente, conforme lo indica el artículo 29 de aquella, al momento de interpretar aquella a los efectos de que ello no limite el goce y el ejercicio de un derecho reconocido por este último⁷⁴.

44. Y vale recordar, en relación a lo último expresado en el párrafo precedente y en mérito de la alusión que la Sentencia hace al respecto⁷⁵, que el citado artículo 29 es una norma exclusivamente aplicable a la interpretación de la Convención, pero insuficiente, dado que no exige que también se deba recurrir a las previstas en la Convención de Viena. Debe destacar en este sentido, que dicho artículo, constituye más bien un límite a las conclusiones que se pudieran arribar aplicando solo las normas de interpretación contenidas en este último tratado, es decir, lo que tal norma dispone es que, si de esa interpretación se concluye que en otro instrumento jurídico distinto a la Convención, se garantiza un derecho humano de una manera más amplia y/o completa, lo que establezca aquél debe prevalecer sobre lo que señale ésta. De allí que dicha disposición sea conocida como la que consagra el "principio *pro personae*" y, se insiste, no es la única norma de interpretación a la que se debe recurrir.

⁷² Párr.200.

⁷³ Párrs. 204, 214, 225, 235 y 236

⁷⁴ "*Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:*

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza."

⁷⁵ Párr. 195.

45. Igualmente es procedente indicar que la interpretación del artículo 26 debe referirse a su sentido y alcance conforme a la alternativa de aplicación que se pretende, que en este caso consistiría, según puede desprenderse de la Sentencia, en inferir de él que las violaciones de los derechos humanos que derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA, pueden ser conocidas y resueltas por la Corte. En tal perspectiva, el *corpus iuris* internacional⁷⁶ al que se debería recurrir es al que diga relación con dicha alternativa de interpretación, distinguiendo, al efecto, entre los diversos instrumentos que lo constituyen, acorde a la condición de fuente del Derecho Internacional aplicable de cada cual, de suerte que se pueda desprender de ellos con claridad el sentido y alcance de la norma en comento acorde al objetivo perseguido, todo lo cual, evidentemente, no acontece en autos, puesto que, como ya precedentemente se expresó, los evocados instrumentos no conciernen a la competencia de la Corte en cuanto a las violaciones de los aludidos derechos.

46. Del mismo modo, es oportuno hacer formular un comentario acerca de la invocación que la Sentencia hace del artículo 1 de la Convención⁷⁷. Esa norma dispone que los Estados Partes de la Convención deben respetar y hacer respetar los derechos humanos. *Ergo*, a contrario de lo que parece sostener la Sentencia, dicho artículo no expresa, ni tampoco puede deducirse de él, que las violaciones de todos los derechos humanos deben o pueden ser conocidas y resueltas por la Corte. Ésta puede proceder única y exclusivamente respecto de que los casos que le sean sometidos, "siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia"⁷⁸

47. De lo reseñado, se puede concluir, por lo tanto, que la aplicación del método subjetivo de interpretación de los tratados, que importa considerar a éstos en su totalidad, así como los acuerdos y las prácticas posteriores seguidas por sus Estados Partes y otras normas internacionales aplicables entre ellos, conduce al mismo resultado ya antes señalado, a saber, que en momento alguno se incluyó a los derechos económicos, sociales y culturales que se "derivan" de las normas de la Carta de la OEA, entre ellos, los derechos a la identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, en el régimen de protección previsto en la Convención

48. Por otra parte, se debe tomar nota acerca de que la evocación del artículo 26 como fuente habilitante para recurrir ante la Corte, no fue planteada sino hasta el caso, *Lagos del Campo Vs. Perú*⁷⁹. Antes de ello, lo relativo a la violación de derechos económicos y sociales fue tratado a partir o como parte de la violación de algún derecho político o civil. Fue en el citado caso en el que el artículo 26 fue planteado como fundamento de la intervención de la Corte y lo fue por los representantes de las presuntas víctimas. La Corte acogió la petición de estos últimos, pero sobre la base del principio *iura novit curia*, motivo por el que el Estado y la Comisión no tuvieron la oportunidad de pronunciarse a su respecto. En la actualidad, fueron los representantes de las víctimas y la Comisión los que demandan la aplicación del artículo 26.

⁷⁶ Párrs 196 y 198.

⁷⁷ *Supra*, Notas N° 23 y 38 y párrs. 207 y 208.

⁷⁸ *Supra*, Nota N°43.

⁷⁹ *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, 2017.

49. Más, ahora se ha avanzado un paso más. En efecto, hasta hoy la referencia al mencionado artículo se hacía vinculándolo a normas que establecen un derecho político o civil. En el presente caso, la Sentencia declara la violación de los derechos a la identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, en base exclusivamente a lo que dispone dicha norma. Así, para la Corte, ésta puede ser considerada como fuente autónoma para declarar la violación de todo derecho humano que estime que se deriva de las normas de la Carta de la OEA, posición que, por las razones que se exponen en este escrito, no se puede compartir.

50. Adicionalmente, se debe advertir que en otras sentencias de la Corte se alcanzó un resultado análogo al que se pretende en autos, aplicando únicamente disposiciones de la Convención referentes a derechos que ésta reconoce y lógicamente dentro de los límites de ellas, como las que protegen el derecho a la integridad personal, a la propiedad o a las garantías judiciales y la protección judicial, sin haber tenido necesidad de recurrir al artículo 26. De modo, pues, que no se vislumbra la razón por la insistencia de señalar dicha norma como fundamento para que las violaciones de los derechos humanos que se “derivan” de la Carta de la OEA puedan ser conocidas por la Corte, cuando es evidente que ello resulta superfluo.

51. Lo anterior es tanto más cierto cuando se constata que la Sentencia, al señalar que declara, sobre la base del artículo 26 considerado de manera autónoma, la violación de los derechos a la identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, en definitiva debilita o contradice, al fragmentar el análisis, su propia tesis o concepción de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, pues, en el caso de autos, la protección de la propiedad es justamente lo que permitiría garantizar los otros derechos que se declararon violados.

D. Método funcional o teleológico.

52. Al tratar de precisar el objeto y fin de la disposición convencional que interesa, se puede sostener que:

a) el propósito de los Estados al suscribir la Convención fue “consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”⁸⁰;

b) para ello y tal como ya se señaló⁸¹, “la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización (de los Estados Americanos) de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales” y se “resolvió que una Convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia”;

c) es del todo evidente, entonces, que, lo dispuesto en la citada Conferencia se cumplió, en lo concerniente a los derechos económicos, sociales y educacionales, con el Protocolo de Buenos Aires y en lo que respecta a la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia, con la Convención; y

⁸⁰ Párr.1° del Preámbulo.

⁸¹ *Supra* Nota N° 20.

d) es, por tanto, dando cumplimiento a ese mandato, que se incluyó el artículo 26 en la Convención en un capítulo separado del relativo a los derechos políticos y civiles y, además, estableciendo una especial obligación para los Estados Partes de la Convención, no existente en cuanto a los recién mencionados derechos, a saber, la de adoptar las "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".

53. En otros términos, es cierto que el objeto y fin último de la Convención es, como lo ha indicado la Corte, "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos"⁸², pero también es verdad que cada una de sus disposiciones tiene un objeto y fin específico acorde al de alcance general. En tal sentido, es sin duda indiscutible que el objeto y fin del artículo 26 es que se adopten las providencias que señala para lograr la efectividad de los derechos que indica y no que éstos sean exigibles de inmediato y menos aún que sean justiciables ante la Corte.

54. Aceptar que, para interpretar una específica disposición de la Convención, bastaría evocar el objeto y fin general de ésta antes señalado, de suyo amplio vago o impreciso y, por tanto, implicaría afectar la seguridad y certeza jurídicas que debe caracterizar a todo fallo de la Corte, puesto que dejaría a su criterio, con extenso margen, la determinación, que la Sentencia denomina actualización⁸³, de los derechos que derivan de las mencionadas normas de la Carta de la OEA, por lo que los Estados Partes de la Convención no sabrían con antelación a los juicios correspondientes, cuales son.

55. Por otra parte, un proceder como el aludido, conllevaría, por parte de la Corte, la asunción de la función normativa internacional, que, en lo concerniente a la Convención, solo corresponde a sus Estados Partes⁸⁴. Y ello en atención a que, con la ausencia de especificación de los derechos que se derivan de las normas de la Carta de la OEA y con la actualización de ellos que, consecuentemente, la Sentencia atribuye a

⁸² Párr.92, *Caso Cuscul Pivara y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, 2018.

⁸³ Párr.199.

⁸⁴ Art.31: "Reconocimiento de Otros Derechos. Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77."

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

2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados Partes en esta Convención. En cuanto al resto de los Estados Partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación."

Art. 77: "1. De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados Partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades.

2. Cada protocolo debe fijar las modalidades de su entrada en vigor, y se aplicará sólo entre los Estados Partes en el mismo."

la Corte, ésta bien podría establecer derechos no expresamente previstos en dichas normas y disponer que son justiciables ante ella, como ocurre en autos.

56. A todo lo expuesto precedentemente, habría que añadir un cierto matiz a lo expresado en fallo aludido en la Sentencia, en cuanto a que los tratados de derechos humanos "no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio de las partes contratantes, sino que su objeto y fin son la protección de los derechos humanos tanto frente al Estado como frente a otros Estados"⁸⁵. En efecto, es necesario matizar esa afirmación, en el sentido, primero, de que hay también tratados multilaterales que no se suscriben en función de intercambios recíprocos, sino en vista de establecer normas de derecho válidas para todos sus Estados Partes, como ocurre, por ejemplo, con la Carta de la Organización de las Naciones Unidas o con la Carta de la OEA y, ciertamente, con la Convención. En segundo lugar, porque hay tratados multilaterales que le conceden al individuo cierta subjetividad jurídica internacional, como acontece con los Tratados de Protección y Promoción de Inversiones, con el Tratado de Roma y, evidentemente, con la Convención. De manera, por lo tanto, que no es precisamente el objeto y fin lo que distingue a esta última, sino la circunstancia de que le concede al ser humano la subjetividad jurídica internacional consistente en presentar ante la Comisión denuncias en contra de Estados Partes de ella, aunque, en el evento de que el correspondiente caso sea llevado ante la Corte, la representación del peticionario es asumida por la misma Comisión, en representación de los Estados de la OEA⁸⁶. La peculiaridad de la Convención no es, en consecuencia, fundamentalmente el objeto y fin de proteger los derechos humanos, cuanto proporcionar una garantía para las presuntas víctimas de violaciones de éstos de que las obligaciones que sus Estados Partes contraen, lo son en virtud de normas válidas para todos y, por ende, que en el evento de incumplimiento de alguna de ellas por parte de uno de ellos, su cumplimiento es exigible por todos los demás. Si así no fuese, la asimetría o desequilibrio entre, por una parte, el Estado denunciado y por la otra, las presuntas víctimas, sería enorme e imposible de superar.

57. En definitiva, pues, la aplicación del método funcional o teleológico de interpretación de tratados respecto del artículo 26 de la Convención, conduce a la misma conclusión a que se llega con la utilización de los demás métodos de interpretación de tratados, es decir, que dicha disposición no tiene por finalidad establecer derecho humano alguno, sino únicamente consagrar el deber de los Estados Partes de aquella de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales que se "derivan" de la Carta de la OEA.

E. Medios Complementarios.

58. En lo concerniente a los medios complementarios de interpretación de tratados, es de destacar que, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969, en la que se acordó el texto definitivo de la Convención, se propusieron en esta materia, dos artículos. Uno fue el 26 en los términos que actualmente figura en la Convención. Dicho artículo fue aprobado⁸⁷.

⁸⁵ Parr. 77, *Caso Cuscul Pivara y otros Vs. Guatemala*, 2018.

⁸⁶ Art.125: "La Comisión representa a todos los miembros que integran la Organización de los Estados Americanos."

⁸⁷ Actas de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 7 a 22 de noviembre de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 318.

59. El otro artículo propuesto, el 27, expresaba:

“Control del Cumplimiento de las Obligaciones. Los Estados Partes deben remitir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquélla verifique si se están cumpliendo las obligaciones antes determinadas, que son la sustentación indispensable para el ejercicio de los otros derechos consagrados en esta Convención.”

60. Nótese que el mencionado proyecto de artículo 27, que no fue aprobado⁸⁸, se refería a “informes y estudios” para que la Comisión verificara si se estaban cumpliendo las referidas obligaciones y distinguía, entonces, entre, por una parte, “las obligaciones antes determinadas”, obviamente en el artículo 26, es decir, las pertinentes a los derechos que “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” y por la otra parte, “los otros derechos consagrados en esta Convención”, esto es, los “derechos civiles y políticos”.

61. De suerte que con la adopción del artículo 26, no se tuvo la intención de incorporar los derechos económicos, sociales y culturales en el régimen de protección previsto en la Convención. La única proposición que hubo al respecto fue que se sometiera a examen de órganos de la OEA el cumplimiento de las obligaciones referidas a esos derechos, por estimar que dicho cumplimiento era la base para la realización de los derechos civiles y políticos. Y, como se indicó, esa propuesta no fue acogida. Ello confirma, por lo tanto, que los Estados Partes de la Convención no tuvieron la voluntad alguna de incluir a los derechos económicos, sociales y culturales en el régimen de protección que establece, en cambio, para los derechos civiles y políticos⁸⁹.

III. LA CARTA DE LA OEA.

62. Pues bien, atendido el hecho de que el artículo 26 remite a “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”, resulta indispensable, para conocer el alcance de aquél, referirse asimismo al contenido de las mencionadas normas y, en particular, a las citadas en la Sentencia.

63. Con relación al derecho a un ambiente sano, ella evoca a los artículos 30⁹⁰, 31⁹¹, 32⁹², 33⁹³ y 34⁹⁴ de la mencionada Carta de la OEA. En cuanto al derecho a la

⁸⁸ Actas de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 7 a 22 de noviembre de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 448.

⁸⁹ Voto concurrente del Juez Alberto Pérez Pérez, *Caso Gonzales Lluy y Otros Vs. Ecuador*, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

⁹⁰ “Los Estados miembros, inspirados en los principios de solidaridad y cooperación interamericanas, se comprometen a aunar esfuerzos para lograr que impere la justicia social internacional en sus relaciones y para que sus pueblos alcancen un desarrollo integral, condiciones indispensables para la paz y la seguridad. El desarrollo integral abarca los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico, en los cuales deben obtenerse las metas que cada país defina para lograrlo”.

⁹¹ “La cooperación interamericana para el desarrollo integral es responsabilidad común y solidaria de los Estados miembros en el marco de los principios democráticos y de las instituciones del sistema interamericano. Ella debe comprender los campos económico, social, educacional, cultural, científico y

alimentación, lo hace al artículo 34.j⁹⁵ de la misma. Respecto al derecho al agua, señala que se desprende de derechos que, a su vez, derivan de otros, señalando así a los derechos a un ambiente sano y a la alimentación adecuada y añadiendo que aquél deriva también de lo dispuesto en los artículos 34.i⁹⁶, 34.l⁹⁷ y 45.h⁹⁸ de la citada Carta. Y, finalmente, en lo pertinente al derecho a la identidad cultural, menciona a los artículos 30⁹⁹, 45.f¹⁰⁰, 47¹⁰¹ y 48¹⁰² de la citada Carta.

tecnológico, apoyar el logro de los objetivos nacionales de los Estados miembros y respetar las prioridades que se fije cada país en sus planes de desarrollo, sin ataduras ni condiciones de carácter político."

⁹² *"La cooperación interamericana para el desarrollo integral debe ser continua y encauzarse preferentemente a través de organismos multilaterales, sin perjuicio de la cooperación bilateral convenida entre Estados miembros.*

Los Estados miembros contribuirán a la cooperación interamericana para el desarrollo integral de acuerdo con sus recursos y posibilidades, y de conformidad con sus leyes."

⁹³ *"El desarrollo es responsabilidad primordial de cada país y debe constituir un proceso integral y continuo para la creación de un orden económico y social justo que permita y contribuya a la plena realización de la persona humana."*

⁹⁴ *"Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas:*

a) Incremento sustancial y autosostenido del producto nacional per cápita;

b) Distribución equitativa del ingreso nacional;

c) Sistemas impositivos adecuados y equitativos;

d) Modernización de la vida rural y reformas que conduzcan a regímenes equitativos y eficaces de tenencia de la tierra, mayor productividad agrícola, expansión del uso de la tierra, diversificación de la producción y mejores sistemas para la industrialización y comercialización de productos agrícolas, y fortalecimiento y ampliación de los medios para alcanzar estos fines;

e) Industrialización acelerada y diversificada, especialmente de bienes de capital e intermedios;

f) Estabilidad del nivel de precios internos en armonía con el desarrollo económico sostenido y el logro de la justicia social;

g) Salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos;

h) Erradicación rápida del analfabetismo y ampliación, para todos, de las oportunidades en el campo de la educación;

i) Defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica;

j) Nutrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos;

k) Vivienda adecuada para todos los sectores de la población;

l) Condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna;

m) Promoción de la iniciativa y la inversión privadas en armonía con la acción del sector público, y

n) Expansión y diversificación de las exportaciones."

⁹⁵ *Idem*, letra j).

⁹⁶ *Idem*, letra i).

⁹⁷ *Idem*, letra l).

⁹⁸ *"Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: ...h) Desarrollo de una política eficiente de seguridad social."*

⁹⁹ *"Los Estados miembros, inspirados en los principios de solidaridad y cooperación interamericanas, se comprometen a aunar esfuerzos para lograr que impere la justicia social internacional en sus relaciones y para que sus pueblos alcancen un desarrollo integral, condiciones indispensables para la paz y la seguridad. El desarrollo integral abarca los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico, en los cuales deben obtenerse las metas que cada país defina para lograrlo."*

64. Ahora bien, basta la sola lectura de las normas citadas para comprobar, con claridad y sin la menor duda, que ellas establecen "principios", "metas" o "mecanismos" para, aunando esfuerzos entre los Estados Partes de la Carta de la OEA, "lograr que impere la justicia social internacional en sus relaciones y para que sus pueblos alcancen un desarrollo integral, condiciones indispensables para la paz y la seguridad". No se debe olvidar que todas las normas citadas se encuentran en el Capítulo VII de aquella, denominado "Desarrollo Integral". De modo, pues, que tales normas establecen obligaciones de hacer, consistentes en cooperar y adoptar políticas públicas con la finalidad de que se alcance el desarrollo de los pueblos de América.

65. Así las cosas, de los objetivos de las normas aludidas, referentes a la "justicia social internacional", el "desarrollo integral", el "orden social justo", el "desarrollo económico y la paz", la "integración de la comunidad nacional", su "desarrollo y progreso" y el "ser un país desarrollado", se "derivarían", según a la interpretación suministrada por la Sentencia, los derechos humanos correspondientes. Y eso acontecería asimismo con las "metas básicas" atingentes con, por ejemplo, el "incremento sustancial y autosostenido del producto nacional per cápita" o la "distribución equitativa del ingreso nacional" o la "modernización de la vida rural" o la "industrialización acelerada y diversificada" o la estabilidad del nivel de precios internos", o las "condiciones urbanas" o "la iniciativa y la inversión privada" o "la expansión y diversificación de las exportaciones". Esto es, el abanico de posibilidades de las que el intérprete podría "derivar" o "actualizar" derechos humanos no expresamente contemplados en noma internacional alguna, sería enorme, por no afirmar, sin límite.

66. Y se trata de un fenómeno que ya es actual. Antes, la Corte resolvió, conforme al artículo 26, aunque relacionado con otras normas convencionales, casos atingentes al derecho de la salud, a la seguridad social, al derecho del trabajo y al derecho a la estabilidad del empleo. Ahora lo hace respecto de los derechos a la identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, más únicamente sobre la base de lo dispuesto en dicha disposición. De seguir esta tendencia y llevada a su extremo, todos los Estados Partes de la Convención y que han aceptado la jurisdicción de la Corte, eventualmente podrían ser llevados ante ella por ser subdesarrollados o en vías de desarrollo, es decir, por no alcanzar plenamente el desarrollo integral o algunas de sus facetas, esto es, principios", "metas" o "mecanismos" contempladas en la Carta de la OEA de los que la Sentencia deriva derechos.

¹⁰⁰ "Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: ...f) La incorporación y creciente participación de los sectores marginales de la población, tanto del campo como de la ciudad, en la vida económica, social, cívica, cultural y política de la nación, a fin de lograr la plena integración de la comunidad nacional, el aceleramiento del proceso de movilidad social y la consolidación del régimen democrático. El estímulo a todo esfuerzo de promoción y cooperación populares que tenga por fin el desarrollo y progreso de la comunidad;"

¹⁰¹ "Los Estados miembros darán importancia primordial, dentro de sus planes de desarrollo, al estímulo de la educación, la ciencia, la tecnología y la cultura orientadas hacia el mejoramiento integral de la persona humana y como fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso."

¹⁰² "Los Estados miembros cooperarán entre sí para satisfacer sus necesidades educacionales, promover la investigación científica e impulsar el adelanto tecnológico para su desarrollo integral, y se considerarán individual y solidariamente comprometidos a preservar y enriquecer el patrimonio cultural de los pueblos americanos."

67. En este orden de ideas, procede subrayar que la Sentencia ha avanzado en tal dirección. Efectivamente, afirma que existe “la obligación de los Estados de alcanzar el “desarrollo integral” de sus pueblos”, la que “surge de los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta”¹⁰³, por lo que lógicamente se podría suponer, por una parte, que, según la Sentencia, ante la citada obligación, existiría el correspondiente derecho al desarrollo y que el incumplimiento de aquella, podría dar lugar a una acción ante la Corte por violación del correlativo derecho humano. Si ello efectivamente fuese así, a todas luces parecería alejado de lo que los Estados Partes deseaban al firmar la Convención o, al menos, de la lógica implícita en ella, en especial, por la forma en que está redactado el mencionado Capítulo VII.

68. Es, por lo tanto, evidente que “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” a que se refiere el artículo 26, no se colige la competencia de la Corte de conocer y resolver las eventuales violaciones de los derechos que se derivan de ellas.

IV. PROTOCOLO DE SAN SALVADOR.

69. A mayor abundamiento a lo ya expresado, cabe referirse al “Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Protocolo de San Salvador”¹⁰⁴, el que también es citado en la Sentencia en apoyo a su interpretación del artículo 26, pero que el suscrito estima que su suscripción y vigencia respalda, por el contrario, lo que sostiene en este escrito.

70. Dicho instrumento es adoptado en consideración a lo previsto en los artículos 31, 76 y 77¹⁰⁵ de la Convención. Así lo expresa su propio Preámbulo, al señalar que

“(t)eniendo presente que si bien los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales han sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional, resulta de gran importancia que éstos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar en América, sobre la base del respeto integral a los derechos de la persona, el régimen democrático representativo de gobierno, así como el derecho de sus pueblos al desarrollo, a la libre determinación y a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, y considerando que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que pueden someterse a la consideración de los Estados partes reunidos con ocasión de la Asamblea General de la Convención con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades”.

71. De lo transcrito se desprende, por ende, que se trata de un acuerdo “Adicional a la Convención”, que tiene por específica finalidad reafirmar, desarrollar, perfeccionar y proteger los derechos económicos, sociales y culturales y de progresivamente incluirlos en el régimen de protección de la misma y lograr su plena efectividad.

72. Esto es, se adopta el Protocolo dado que los derechos económicos sociales y culturales no han sido, a la fecha de su suscripción, reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos ni incluidos en el régimen de protección de la Convención,

¹⁰³ Párr. 202.

¹⁰⁴ *Supra*, Nota N° 64.

¹⁰⁵ *Supra*, Nota N° 84.

lo que implica que tampoco tienen plena efectividad por en virtud del artículo 26. De otra manera, no se entendería la finalidad ni la conveniencia del citado Protocolo.

73. Así las cosas, el Protocolo de San Salvador reconoce¹⁰⁶, establece¹⁰⁷, enuncia¹⁰⁸ o consagra¹⁰⁹ los siguientes derechos: Derecho al Trabajo (art.6) , Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo (art.7), Derechos Sindicales (art.8), Derecho a la Seguridad Social (art.9), Derecho a la Salud (art.10), Derecho a un Medio Ambiente Sano (art.11), Derecho a la Alimentación (art.12), Derecho a la Educación (art.13), Derecho a los Beneficios de la Cultura(art.14), Derecho a la Constitución y Protección de la Familia (art.15), Derecho de la Niñez (art.16), Protección de los Ancianos (art.17) y Protección de los Minusválidos (art.18). Téngase presente que, por el contrario, el artículo 26 no establece o consagra derecho alguno, solo se remite a los que se "deriven" de la Carta de la OEA.

74. Y respecto de esos derechos reconocidos por el Protocolo de San Salvador, los Estados Partes se comprometen a adoptar, de manera progresiva, las medidas que garanticen su plena efectividad (arts.6.2, 10.2, 11.2 y 12.2). En esto hay una coincidencia con lo previsto en el artículo 26, es decir, que tanto el Protocolo de San Salvador como esta última disposición, dicen relación con derechos cuya efectividad no existe o no es plena.

75. El Protocolo de San Salvador igualmente contempla una norma, el artículo 19, concerniente a los medios de protección de los antes señalados derechos. Tales medios consisten en los informes que los Estados Partes deben presentar a la Asamblea General de la OEA "respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo Protocolo", en el tratamiento que el Consejo Interamericano Económico y Social y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura de la organización le den a tales informes y en la opinión eventualmente que pueda proporcionar sobre el

¹⁰⁶ Art. 1: "*Obligación de Adoptar Medidas .Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.*"

Art.4:" *No Admisión de Restricciones. No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado.*"

¹⁰⁷ Arts.2:" *Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.*"

Art.5: "*Alcance de las Restricciones y Limitaciones. Los Estados partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos*"

Art.19.6, *infra* Nota N° 96.

¹⁰⁸ Art.3:" *Obligación de no Discriminación. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*".

¹⁰⁹ *Infra*, Nota N° 110. Art.19.1.

particular la Comisión¹¹⁰. Nótese que esta disposición es similar al proyecto de artículo 27 de la Convención, que fue rechazado por la Conferencia correspondiente.

76. Todo lo anteriormente reseñado significa, primeramente, que, para los Estados Partes del Protocolo, la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales es de "naturaleza progresiva", vale decir, *a contrario sensu*, aquellos no se encuentran vigentes o, al menos, plenamente vigentes, situación similar a la prevista en el artículo 26 en cuanto a los derechos que derivan de la Carta de la OEA.

77. En segundo término y, en consecuencia, ello importa, para los aludidos Estados, que lo dispuesto en el 26 no implica que los citados derechos se encuentren comprendidos entre los que se aplica el sistema de protección previsto en la Convención o que se estén vigentes.

78. Téngase presente también que en la OEA se creó el Grupo de Trabajo para Analizar los informes Periódicos de los Estados Partes del Protocolo de San Salvador¹¹¹, como mecanismo para dar seguimiento al cumplimiento de los compromisos contraídos por dicho instrumento en la materia. Ello confirma que, indudablemente, la voluntad de los mencionados Estados ha sido la de crear un mecanismo no jurisdiccional para la supervisión internacional del cumplimiento del Pacto de San Salvador.

¹¹⁰ Art. 19: "Medios de Protección.1. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a presentar, de conformidad con lo dispuesto por este artículo y por las correspondientes normas que al efecto deberá elaborar la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, informes periódicos respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo Protocolo.

2. Todos los informes serán presentados al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos quien los transmitirá al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que los examinen conforme a lo dispuesto en el presente artículo. El Secretario General enviará copia de tales informes a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

3. El Secretario General de la Organización de los Estados Americanos transmitirá también a los organismos especializados del sistema interamericano, de los cuales sean miembros los Estados partes en el presente Protocolo, copias de los informes enviados o de las partes pertinentes de éstos, en la medida en que tengan relación con materias que sean de la competencia de dichos organismos, conforme a sus instrumentos constitutivos.

4. Los organismos especializados del sistema interamericano podrán presentar al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura informes relativos al cumplimiento de las disposiciones del presente Protocolo, en el campo de sus actividades."

5. Los informes anuales que presenten a la Asamblea General el Consejo Interamericano Económico y Social y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura contendrán un resumen de la información recibida de los Estados partes en el presente Protocolo y de los organismos especializados acerca de las medidas progresivas adoptadas a fin de asegurar el respeto de los derechos reconocidos en el propio Protocolo y las recomendaciones de carácter general que al respecto se estimen pertinentes.

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.

7. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podrá formular las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales establecidos en el presente Protocolo en todos o en algunos de los Estados partes, las que podrá incluir en el Informe Anual a la Asamblea General o en un Informe Especial, según lo considere más apropiado.

8. Los Consejos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de las funciones que se les confieren en el presente artículo tendrán en cuenta la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos objeto de protección por este Protocolo."

¹¹¹ AG/RES. 2262 (XXXVII-O/07), del 05/06/2007.

79. La única excepción a ese régimen está prevista en el numeral 6 del artículo 19, a saber, que

"en el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8¹¹² y en el artículo 13¹¹³ 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."

80. En tercer lugar, lo indicado precedentemente implica que únicamente en el evento de violación de los derechos referidos a los sindicatos y a la educación, los pertinentes casos pueden ser justiciables ante la Corte. Respecto de la violación de los demás derechos, entre los que están los derechos al medio ambiente sano y a la alimentación adecuada, opera, por el contrario, sólo el sistema de informes establecido en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador.

81. Es, en consecuencia, un error lo expresado en otro fallo¹¹⁴ y que la Sentencia cita¹¹⁵, en orden a "que no existen elementos para considerar que, con la adopción del Protocolo de San Salvador, los Estados buscaron limitar la competencia del Tribunal para conocer sobre violaciones al artículo 26 de la Convención Americana". Y no existirían tales elementos, según el fallo en cuestión, dado que "si la Convención

¹¹² Art.8: "Derechos Sindicales. 1. Los Estados partes garantizarán: a) el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente;"

¹¹³ Art.13: "Derecho a la Educación. 1. Toda persona tiene derecho a la educación.
2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.
3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:
a. la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
b. la enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
d. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.
4. Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente.
5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados partes."

¹¹⁴ Párr. 66, Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala, párr. 101.

¹¹⁵ Nota 188 de la Sentencia.

Americana no está siendo modificada expresamente con un acto posterior de los Estados, la interpretación que corresponde debe ser la menos restrictiva respecto a sus alcances en materia de protección de los derechos humanos”, agregando que “recuerda que la propia Convención Americana prevé en su artículo 76 un procedimiento específico para realizar enmiendas a la misma, el cual requiere una aprobación de dos terceras partes de los Estados parte de la Convención” y concluyendo en que “sería contradictorio considerar que la adopción de un Protocolo adicional, que no requiere un margen de aceptación tan elevado como una enmienda a la Convención Americana, puede modificar el contenido y alcance de los efectos de la misma”. Más, al parecer, en el citado fallo confunde una enmienda a la Convención con un protocolo adicional a ella. La enmienda, es, según la Convención de Viena, una modificación del tratado de que se trate que puede ser adoptada por todos sus Estados Partes y, por tanto, que puede regir para todas ellas¹¹⁶. La modificación es el cambio del tratado adoptado solo por algunos Estados Partes, de suerte que rija únicamente respecto de ellos¹¹⁷.

82. Pues bien, el Protocolo de San Salvador es una enmienda. Así se desprende de su propio texto, que contienen todos los elementos de una enmienda¹¹⁸. Pero,

¹¹⁶ Art.39: “Norma general concerniente a la enmienda de los tratados. Un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes. Se aplicarán a tal acuerdo las normas enunciadas en la Parte II, salvo en la medida en que el tratado disponga otra cosa.

Art. 40 de la Convención de Viena: “Enmienda de los tratados multilaterales. 1. Salvo que el tratado disponga otra cosa, la enmienda de los tratados multilaterales se regirá por los párrafos siguientes.

2. Toda propuesta de enmienda de un tratado multilateral en las relaciones entre todas las partes habrá de ser notificada a todos los Estados contratantes, cada uno de los cuales tendrá derecho a participar:

a) en la decisión sobre las medidas que haya que adoptar con relación a tal propuesta:

b) en la negociación y la celebración de cualquier acuerdo que tenga por objeto enmendar el tratado.

3. Todo Estado facultado para llegar a ser parte en el tratado estará también facultado para llegar a ser parte en el tratado en su forma enmendada.

4. El acuerdo en virtud del cual se enmiende el tratado no obligará a ningún Estado que sea ya parte en el tratado que no llegue a serlo en ese acuerdo, con respecto a tal Estado se aplicará el apartado b) del párrafo 4 del artículo 30.

5. Todo Estado que llegue a ser parte en el tratado después de la entrada en vigor del acuerdo en virtud del cual se enmiende el tratado será considerado, de no haber manifestado ese Estado una intención diferente:

a) parte en el tratado en su forma enmendada; y

b) parte en el tratado no enmendado con respecto a toda parte en el tratado que no esté obligada por el acuerdo en virtud del cual se enmiende el tratado.”

¹¹⁷ Art.41: “Acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente. 1. Dos o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas:

a) si la posibilidad de tal modificación esta prevista por el tratado: o

b) si tal modificación no está prohibida por el tratado. a condición de que:

i) no afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones; y

ii) no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto.

2. Salvo que en el caso previsto en el apartado a) del párrafo 1 el tratado disponga otra cosa, las partes interesadas deberán notificar a las demás partes su intención de celebrar el acuerdo y la modificación del tratado que en ese acuerdo se disponga.

¹¹⁸ Art.21: “Firma, Ratificación o Adhesión. Entrada en Vigor. 1. El presente Protocolo queda abierto a la firma y a la ratificación o adhesión de todo Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2. La ratificación de este Protocolo o la adhesión al mismo se efectuará mediante el depósito de un instrumento de ratificación o de adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

3. El Protocolo entrará en vigor tan pronto como once Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión. ”

4. El Secretario General informará a todos los Estados miembros de la Organización de la entrada en vigor del Protocolo. ”

adicionalmente, contempla expresamente que él mismo sea enmendado¹¹⁹. Y al mismo tiempo y como una especie de enmienda, es un protocolo, figura prevista en la Convención¹²⁰ Procede resaltar el hecho de que el propio Protocolo de San Salvador indica en su preámbulo que se adopta considerando que la Convención contempla esa posibilidad¹²¹. Se trata, pues, de un "protocolo adicional" suscrito "con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades", los que, por tanto, no estaban comprendidos en ella.

83. De manera, en consecuencia, que dicho instrumento, al establecer en su artículo 19 la competencia de la Corte para conocer las eventuales violaciones de los derechos referidos a los sindicatos y a la educación, no está limitando a aquella sino todo lo contrario, la está ampliando. De no existir el Protocolo de San Salvador, la Corte no podría conocer ni siquiera la eventual violación de esos derechos.

84. Por otra parte, también el fallo que se ha aludido se ha equivocado al afirmar que "(n)o queda duda que la voluntad de los Estados sobre la competencia de la Corte para pronunciarse sobre violaciones al Protocolo de San Salvador encuentra sus límites en los derechos sindicales y el derecho a la educación"¹²², ya que lo que establece el artículo 19.6 de ese tratado es, muy por el contrario, que de las eventuales violaciones de todos los derechos que reconoce, establece, enuncia o consagra, únicamente puede conocer de las pertinentes al "derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses" y al derecho a la educación¹²³. Todas las presuntas violaciones a los demás derechos que el Protocolo de San Salvador que reconoce, establece, enuncia o consagra, incluidas, por ende, las concernientes al derecho a la la identidad cultural (art.14), al medio ambiente sano (art.11) a la alimentación adecuada (art.12) y al agua, quedan sometidas, consecuentemente, al mecanismo previsto en el artículo 19¹²⁴ y, por lo tanto, fuera del ámbito de la competencia de la Corte.

85. Interpretar el Protocolo de San Salvador tal como lo hizo el fallo mencionado, significaría que dicho tratado no habría sido suscrito con la "finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la" Convención "otros derechos y libertades", sino, en cambio, para limitar la competencia de la Corte a su respecto, lo que, obviamente, resulta, en términos del artículo 32 de la Convención de Viena, manifiestamente absurdo o irrazonable, es decir, contrario a la razón o sin sentido.

¹¹⁹ Art.22:"Incorporación de otros Derechos y Ampliación de los Reconocidos. 1. Cualquier Estado parte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podrán someter a la consideración de los Estados partes, reunidos con ocasión de la Asamblea General, propuestas de enmienda con el fin de incluir el reconocimiento de otros derechos y libertades, o bien otras destinadas a extender o ampliar los derechos y libertades reconocidos en este Protocolo.

2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados partes en este Protocolo. En cuanto al resto de los Estados partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación."

¹²⁰ *Supra*, Nota N° 84.

¹²¹ *Supra*, Párr.70.

¹²² Párr. 87, *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*,

¹²³ *Supra*, párr.79.

¹²⁴ *Supra*, Nota N° 110.

86. Todo lo precedentemente expuesto es, por ende, prueba más que evidente que, para los Estados Partes de dicho Protocolo, lo previsto en el artículo 26 de la Convención no puede ser interpretado en orden a que establece o reconoce derechos económicos, sociales o culturales ni que habilita para elevar un caso de violación de ellos a conocimiento de la Corte. Si así lo hubiese establecido o proporcionase la legitimación activa ante la Corte en cuanto a ellos, obviamente no se hubiese celebrado dicho Protocolo. Es, por tal motivo, entonces, que ha sido necesaria su adopción. Su suscripción no se explicaría de otra manera.

87. En mérito de lo precedentemente afirmado, se colige que el Protocolo de San Salvador es, en consecuencia, la nítida demostración de que lo previsto en el artículo 26 no establece derecho humano alguno ni proporciona legitimación activa ante la Corte por violación de los derechos económicos sociales y culturales a que se remite

V. CONCLUSIONES.

88. Como se puede colegir de lo todo lo expuesto, se disiente de la Sentencia ya que, al no emplear adecuadamente los medios de interpretación previstos en la Convención de Viena, conduce a un resultado contrario a la lógica y jamás deseado ni previsto en la Convención, cual es, que las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, incluidos los derechos a la identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, son justiciables ante la Corte.

89. Efectivamente, la Sentencia, aunque formula una muy breve y genérica remisión a fallos anteriores¹²⁵, en verdad privilegia a algunos de los medios de interpretación de los tratados, especialmente el contexto de los términos del tratado y su objeto y fin, por sobre los otros.¹²⁶ La simultaneidad y armonía de todos esos medios que establece la Convención de Viena al mencionarlos a todos juntos en el mismo inciso, se ve así alterada. Y, adicionalmente, incluso las reglas que la Sentencia aplica, no lo son como corresponde¹²⁷.

90. En especial, no se comparte la Sentencia ya que toda su argumentación se dirige, en definitiva, exclusivamente a demostrar la existencia de los derechos a la identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, para lo que invoca diversos instrumentos internacionales e incluso nacionales, por cierto, en su gran mayoría, no vinculantes, pero sin lograr sustentar su parecer en orden que las violaciones de aquellos derechos son justiciables ante la Corte.

91. Asimismo, se discrepa de la Sentencia, puesto que la interdependencia, indivisibilidad, entrelazamiento o vinculación estrecha o indisoluble entre los derechos políticos y civiles y los derechos económicos, sociales y culturales, no es argumento válido para justificar que estos últimos son justiciables ante la Corte, ya que los derechos humanos existen desde antes de que se consagraran en Tratados y ello con prescindencia de que sus eventuales violaciones puedan ser conocidas y resueltas en sede internacional. Así lo demuestra la propia Convención, al indicar que ellos "tienen

¹²⁵ Párr.195.

¹²⁶ Párrs. 196 y 198.

¹²⁷ Supra, II, C y D.

como fundamento los atributos de la persona humana” y que han sido “consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos”¹²⁸.

92. Pero, además, se disiente de la Sentencia puesto que, por una parte, es la propia Convención la que realiza una clara distinción entre los derechos políticos y civiles y los derechos económicos, sociales y culturales y por la otra, porque, para que estos últimos, incluyendo a los derechos a la identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, pudieran ser justiciables ante la Corte, sería menester la suscripción de un protocolo complementario, como ha acontecido con el Protocolo de San Salvador en lo que dice relación al derecho de formar y adherirse a sindicatos y al derecho a la educación.

93. Igualmente, se debe insistir, una vez más, que este escrito no dice relación con la existencia de los derechos a la identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua. Ello escapa a su propósito. Únicamente se sostiene que su eventual violación no puede ser sometida al conocimiento y resolución de la Corte.

94. Asimismo, se debe señalar que tampoco el presente voto debe ser entendido en orden a que eventualmente no se esté a favor de someter ante la Corte las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales. Lo que se considera sobre el particular es que, si se procede a ello, debe hacerse por quién detenta la titularidad de la función normativa internacional¹²⁹. No parecería conveniente que el órgano al que le compete la función judicial interamericana asuma la función normativa internacional, máxime cuando dichos los Estados son democráticos y a su respecto rige la Carta Democrática Interamericana, la que prevé la separación de poderes y la participación ciudadana en los asuntos públicos¹³⁰, separación que también debería reflejarse en lo atinente a la función normativa internacional, particularmente de aquellas normas que les conciernen más directamente a la ciudadanía.

95. En esta perspectiva, cabe insistir en que la interpretación no consiste en determinar el sentido y alcance de una norma en vista de que exprese lo que el intérprete desea, sino que ella objetivamente dispone o establece y, en lo que respecta a la Convención, de lo que se trata es precisar cómo lo convenido por sus Estados Partes se puede aplicar en los tiempos y condiciones en que se plantea la respectiva controversia, es decir, cómo hacer aplicable el principio “*pacta sunt servanda*” en los tiempos y condiciones de vida en que la controversia tiene lugar. El asunto es, entonces, cómo hacer que los tratados de derechos humanos sean, *per se*, efectivamente instrumentos vivos, es decir, susceptibles de comprender o ser

¹²⁸ Párr.3° de su Preámbulo.

¹²⁹ *Supra*, Nota N° 119.

¹³⁰ Adoptada en el Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, 11 de septiembre de 2001, Lima, Perú.

Art. 3: “*Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.*”

Art. 6: “*La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia.*”

aplicables a las nuevas realidades que se enfrentan y no que sea su interpretación la que, como si fuese una entidad separada de aquellos, acompañe la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, alterando lo prescrito por aquellos.

96. Finalmente, es imperioso repetir que, de insistirse en el derrotero adoptado por la Sentencia¹³¹, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en su conjunto podría verse seriamente limitado. Y ello en razón de que muy probablemente, por una parte, no se incentivaría, sino todo lo contrario, la adhesión de nuevos Estados a la Convención ni la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte por los que no lo hayan hecho y por la otra parte, podría renovarse o aún acentuarse la tendencia entre los Estados Partes de la Convención de no dar cumplimiento completo y oportuno a sus fallos. En suma, se debilitaría el principio de la seguridad o certeza jurídica, el que, en lo atinente a los derechos humanos, también beneficia a las víctimas de sus violaciones al garantizar el cumplimiento de las sentencias de la Corte por sustentarse sólidamente en los compromisos soberanamente asumidos por los Estados.

97. Al respecto, no se debe olvidar que, en la práctica y más allá de cualquier consideración teórica, la función de la Corte es, en definitiva, dictar fallos que restablezcan, lo más pronto posible, el respeto de los derechos humanos violados¹³². No es tan seguro que ello se logre respecto de violaciones derechos humanos que no fueron consideradas en la Convención como justiciables ante la Corte.

Eduardo Vio Grossi
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

¹³¹ *Supra*, Párr.67.

¹³² Art.63.1, *Supra*, Nota N° 27.