



**VOTO DISIDENTE DEL JUEZ EDUARDO VIO GROSSI,
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,
CASO CASA NINA VS. PERÚ,
SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2020,
(Excepciones preliminares, 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 su Resolutivo N° 2³, en el que, sobre la base de lo prescrito en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴, se desestima la excepción preliminar relativa a la falta de competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵ para conocer sobre violaciones concernientes al derecho al trabajo.

2. Ahora bien, atendida la relevancia que está revistiendo el tema en la jurisprudencia de la Corte, se considera necesario reiterar, una vez más, aunque con las modificaciones que impone la peculiaridad del caso de autos, lo expuesto por el suscrito en otros votos individuales⁶.

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 del Estatuto 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 "Desestimar la excepción preliminar relativa a falta de competencia de la Corte para conocer sobre alegaciones concernientes al derecho al trabajo, de conformidad con los párrafos 26 y 27 de esta Sentencia."

⁴ En adelante, la Convención.

⁵ En adelante, la Corte.

⁶ Voto Parcialmente Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus Familiares Vs. Brasil, Sentencia de 15 de julio de 2020, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); 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 Costas), 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).

II. ANOTACIONES PRELIMINARES.

3. Pero, previamente, resulta menester aludir a la función del voto individual, al rol de la Corte, a las reglas de interpretación de los tratados y al caso de autos, para, posteriormente, hacer referencia a la interpretación, sucesivamente, del Artículo 26, de las normas de la Carta de la Organización de los Estados Americanos¹⁵³ a que este último alude y de las concernientes al asunto del Pacto de San Salvador, todo lo cual las que puede ayudar a explicar mejor lo que se pretende sostener en este escrito.

A. Función del voto individual.

4. El presente voto individual se formula tanto en ejercicio de un derecho¹⁵⁴, igualmente reconocido en otros tribunales internacionales¹⁵⁵, como en el cumplimiento de un deber, todo ello para contribuir a la mejor comprensión de lo decidido por la Corte en virtud de su competencia, sea contenciosa¹⁵⁶, sea consultiva o no contenciosa¹⁵⁷, que le ha sido asignada y, consecuentemente, para el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

5. Igualmente se expresa este disenso con la esperanza de que la Corte retorne a su postura de no considerar justiciables los derechos aludidos por el artículo 26. Tal confianza reposa en que el fallo de la Corte es únicamente obligatorio para el Estado parte del caso en

¹⁵³ En adelante, la OEA.

¹⁵⁴ *Supra*, N° 1. En lo sucesivo, cada vez que se aluda en las notas a pie de página, a un artículo se indicará "art." y se entenderá que es de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que, a su turno, será en adelante la Convención.

¹⁵⁵ Art.74.2. del Reglamento de Procedimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *"Tout juge qui a pris part à l'examen de l'affaire par une chambre ou par la Grande Chambre a le droit de joindre à l'arrêt soit l'exposé de son opinion séparée, concordante ou dissidente, soit une simple déclaration de dissentiment"*.

Art. 44 del Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos: *"Opinions individuelles Si l'arrêt n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges, tout juge aura le droit d'y joindre l'exposé de son opinion individuelle ou dissidente."*

Art. 57 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: *"Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los magistrados, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente"*.

Art 74.5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: *"El fallo constará por escrito e incluirá una exposición fundada y completa de la evaluación de las pruebas y las conclusiones. La Sala de Primera Instancia dictará un fallo. Cuando no haya unanimidad, el fallo de la Sala de Primera Instancia incluirá las opiniones de la mayoría y de la minoría. La lectura del fallo o de un resumen de éste se hará en sesión pública"*.

Art.30.3 del Estatuto del Tribunal Internacional del Mar: *"Si el fallo no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los miembros del Tribunal, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión separada o disidente"*.

¹⁵⁶ 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"*.

¹⁵⁷ Art. 64: *"1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.*

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales."

el que se dicta¹⁵⁸, como que, respecto de los demás Estados, constituye solo una fuente auxiliar de Derecho Internacional, es decir, que no crean derecho sino únicamente determinan el establecido por una fuente autónoma¹⁵⁹.

B. Rol de la Corte.

6. En lo relativo a la Corte, es menester tener presente que lo que a ella le corresponde es impartir Justicia en materia de derechos humanos conforme a Derecho y más específicamente, de acuerdo a la Convención. Por ende, goza de la más amplia autonomía en su quehacer, lo que le impone el imperativo de ser muy rigurosa en el ejercicio de sus competencias y, por lo tanto, en el respeto de los principios inherentes a todo órgano jurisdiccional, tales como la imparcialidad, la independencia, la objetividad, la prescindencia política, la ecuanimidad, la plena igualdad ante la Ley y la Justicia, la no discriminación y la ausencia de prejuicios. Y todo ello a los efectos de no frustrar el intento que ya lleva a cabo desde hace más de 40 años.

7. Asimismo, por lo señalado y además, habida cuenta de que el objetivo perseguido por la Corte en el ejercicio de su competencia contenciosa, debe ser el efectivo y pronto restablecimiento, por parte del Estado de que se trate, del respeto de los derechos humanos violados¹⁶⁰, ella debe proceder acorde al principio "*pacta sunt servanda*"¹⁶¹, vale decir, exigirle a aquél lo que realmente libre y soberanamente se comprometió a cumplir¹⁶². La seguridad jurídica que dicha regla implica no debe ser entendida, entonces, como una limitación o restricción al desarrollo de los derechos humanos, sino que más bien como el instrumento que mejor puede garantizar su respeto.

8. En el mismo orden de ideas, cabe resaltar que, aunque la controversia verse sobre la vulneración de derechos de un ser humano y pese a que éste puede, por disposición

¹⁵⁸ Art. 68: "1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado."

¹⁵⁹ Art.38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: "1. 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;

b. 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 conviniere."

¹⁶⁰ 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."

¹⁶¹ Art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: " *Pacta sunt servanda*". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".

En lo sucesivo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados será identificada como "la Convención de Viena".

¹⁶² 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".

reglamentarias, más no convencional, presentar escritos ante la Corte y ser escuchado por ella¹⁶³, el juicio correspondiente sigue siendo entre Estados Partes de la Convención, los que en la Corte y frente al Estado denunciado, son representados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁶⁴. Es, en consecuencia, en tal escenario en el que los Estados han soberanamente consentido en limitar parcialmente su soberanía al reconocer la existencia de derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico internacional. Pero, también es cierto que ellos no han abdicado de su competencia interna, doméstica o exclusiva para regularlos, bajo el concepto de derechos fundamentales, en sus constituciones e incluso se han reservado, especialmente a través del principio de complementariedad y coadyuvancia de la jurisdicción internacional respecto de la nacional¹⁶⁵ y de la consagración del requisito del previo agotamiento de los recursos internos¹⁶⁶, la preeminencia para conocer y resolver las controversias que se susciten a su respecto.

9. Por lo dicho es que, en definitiva, no se está en presencia solo de un relación entre el Estado presuntamente violador de los derechos humanos y la presunta víctima, sino de un asunto que se ubica en el orden público interamericano, esto es, de una materia que afecta globalmente los intereses de la sociedad internacional y es por ello que se le reconoce al individuo cierta subjetividad jurídica internacional, la que, pese a su limitado alcance, ha constituido uno de los grandes avances o transformaciones que el Derecho Internacional ha tenido durante la segunda mitad del siglo XX.

10. Y tal vez sea bueno que la condición de sujeto internacional del ser humano sea parcial, pues de otro modo la relación entre el Estado presuntamente infractor y la presenta víctima sería absolutamente asimétrica, desequilibrada, desigual, en perjuicio de esta última, ya que no dispondría del apoyo o peso político que los demás Estados pueden proporcionar sea a través de la Comisión¹⁶⁷ sea en vista de que se cumpla la sentencia correspondiente¹⁶⁸.

11. Ahora bien, evidentemente, la Corte debe juzgar acorde a lo que disponga el Derecho, expresado, a su respecto, en la Convención. y, por ende, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que, a su turno, integra. Ello incluye a las respectivas normas procesales, que, especialmente en el área de los derechos humanos, son tan esenciales como

¹⁶³ Art.25.1 del Reglamento de la Corte: "*Participación de las presuntas víctimas o sus representantes 1. Después de notificado el escrito de sometimiento del caso, conforme al artículo 39 de este Reglamento, las presuntas víctimas o sus representantes podrán presentar de forma autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y continuarán actuando de esa forma durante todo el proceso.*"
Y Arts. 39.1.d.y 5, 40, 42.3., 43, 46.1., 50.5., 51.5.7.y 9. 52.2.,53, 56, 62, 63, 66.2., 66.1. y 6., y 69.1. y 3., todos del Reglamento de la Corte.

¹⁶⁴ Art. 35: "*La Comisión representa a todos los miembros que integran la Organización de los Estados Americanos.*"
Art. 61.1: "*Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.*"
En lo sucesivo, la Comisión.

¹⁶⁵ Preámbulo, párr.3.

¹⁶⁶ Art. 46.1.a): "*Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;*".

¹⁶⁷ *Supra*, Nota N° 18.

¹⁶⁸ 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.*"

las sustantivas, puesto que su respeto permite que estas últimas realmente puedan ser efectivas. Así, la forma está indisolublemente ligada al fondo. Y es que, en gran medida, las normas procesales, estimadas a veces como meras formalidades y, por ende, susceptibles de no considerarse a fin de privilegiar a las sustantivas, condicionan la aplicabilidad de éstas. No ponderar esta circunstancia podría acarrear un efecto devastador para la vigencia de los derechos humanos.

12. Así las cosas, la Corte debe respetar el principio de Derecho Público de que únicamente se puede hacer lo que la norma expresamente disponga, por lo que, en cuanto a lo no regulado, rige la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del Estado de que se trate¹⁶⁹, principio previsto expresamente en la Carta de la OEA¹⁷⁰ e indirectamente en la Convención¹⁷¹. Sobre este particular, procede tener en cuenta que la teoría de los poderes implícitos, que consagra el principio de que la correspondiente organización internacional de que se trate dispone de las facultades necesarias para cumplir su cometido aún en la eventualidad de que la convención de base nada indique sobre el particular¹⁷², lo que se expresa en la regla de la competencia de la competencia¹⁷³, se aplica a la Corte solamente en cuanto sea necesario para el ejercicio de sus competencias de juzgar o de emitir opiniones consultivas, expresamente conferidas por la Convención y no en cuanto al eventual ejercicio de facultades del todo innecesarias a tal propósito.

13. Entonces, la Corte debe, por una parte, proceder acorde únicamente a lo que la Convención efectivamente dispone y no lo que desearía que establezca y por la otra, evitar modificarla, facultad asignada expresamente a los Estados Partes de aquella¹⁷⁴. En consecuencia, si no está de acuerdo con lo que la norma convencional establece, lo que la

¹⁶⁹ "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 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".

¹⁷⁰ Art. 1, inciso 2°: "La Organización de los Estados Americanos no tiene más facultades que aquellas que expresamente le confiere la presente Carta, ninguna de cuyas disposiciones la autoriza a intervenir en asuntos de la jurisdicción interna de los Estados miembros."

¹⁷¹ 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".

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".

¹⁷² "a [...] de acuerdo al derecho internacional, debe considerarse que la Organización tiene aquellos poderes que, aunque no estén explícitamente previstos en la Carta, se le confieren por inferencia necesaria al ser necesarios para el ejercicio de sus deberes". CIJ, "Reparation of Injuries Suffered in Service of the U.N.", pp. 9-12.

¹⁷³ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Jenkins Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C No. 397, párr. 31.

¹⁷⁴ Supra, Nota N° 25.

Corte debe hacer, no es ejercer la función normativa internacional que le compete a los Estados, sino representarles la necesidad de modificar la norma de que se trate. Así, la nueva disposición que eventualmente surja del ejercicio de la mencionada función por parte de los Estados, ciertamente gozará de una más sólida y amplia legitimidad democrática.

14. Es en mérito de lo todo lo afirmado precedentemente, que, en rigor, a la Corte no le compete promover y defender los derechos humanos, función ésta que la Convención le asignó expresamente a la Comisión¹⁷⁵ y que podría catalogarse de activista, entendiendo este término en el sentido más positivo posible¹⁷⁶. En cambio, a la Corte, se reitera, le corresponde, en el ejercicio de su competencia contenciosa, fallar, con efecto obligatorio para el o los Estados demandados, en los casos que le son sometidos y, en el ejercicio de su competencia consultiva o no contenciosa, emitir su parecer no obligatorio, esto es, en ambas hipótesis, aplicar e interpretar la Convención. Evidentemente, para tal propósito, no solo debe respetar lo prescrito en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sino igualmente lo que contempla el Derecho Internacional General y, en último término, el Derecho en general, aún en la eventualidad de que uno, algunos o todos contemplen normas que no se compartan.

15. Y todo ello, no solo en vista de dictar una fundamentada y sólida sentencia u opinión consultiva, sino también a los efectos de que el Estado concernido, tratándose de la primera, restablezca, tan pronto como sea posible, el efectivo goce del derecho humano violado o, en el evento de la segunda, proceda habiendo sido advertido de que, de hacerlo de determinada manera, corre el riesgo de incurrir en una probable violación de un derecho humano. En suma, el apego al Derecho le permite a la Corte ser lo más objetiva posible en sus decisiones y, por ende, más justa.

C. Interpretación de los tratados.

16. Lo que le compete, pues, a la Corte consiste en determinar, entre las varias posibilidades que al efecto se presentan, el sentido y alcance de las disposiciones de la Convención. Ciertamente, en el evento de que el texto de la norma correspondiente no ofrezca varias alternativas de aplicación, no sería necesario indagar más, puesto que no plantearía asunto oscuro o dudoso respecto del que habría que determinar su sentido y alcance.

17. Lo dicho implica que la interpretación de la Convención consiste en desentrañar la voluntad que sus Estados Partes estamparon en ella al momento de suscribirla y, eventualmente, cómo esa expresión convencional debería ser entendida frente a nuevas

¹⁷⁵ Art. 41 de la Convención: "*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;

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".

¹⁷⁶ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 2020. "*Activismo: 1. Tendencia a comportarse de un modo extremadamente dinámico. 2. Ejercicio del proselitismo y acción social de carácter público. Activista: 1. Perteneciente o relativo al activismo. 2. Seguidor del activismo.*"

situaciones. Y a estos propósitos, se debe tener a la Convención, por lo tanto, no únicamente como expresión de la realidad, sino también de lo que se aspira que sea. En otros términos, la Convención no solo da cuenta de la sociedad que regula, sino igualmente de la que se desea que sea.

18. Ahora bien, la principal regla de interpretación de los tratados contenida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁷⁷, es que

"(u)n 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".

19. Dicha norma comprende, por ende, cuatro métodos de interpretación¹⁷⁸. Uno es el método sustentado en la buena fe, lo que 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"*¹⁷⁹. El segundo, es el método textual o literal, que incide en el análisis del texto del tratado, en el vocabulario que emplea y en el sentido ordinario de sus términos. Otro, es el método subjetivo, que busca establecer la intención de los Estados Partes del tratado, analizando para ello, además, los trabajos preparatorios de éste y la conducta ulterior que aquellos han tenido sobre el mismo. Y el cuarto es el método funcional o teleológico, que pretende determinar el objeto y fin para el que fue suscrito el tratado. Dado que estos cuatro métodos de interpretación de un tratado se incluyen en una misma frase, conformando una sola norma, ellos deben aplicarse simultánea y armoniosamente, sin privilegiar ni desmerecer uno u otro. Es esta característica lo que principalmente distingue la interpretación de los tratados de la de otras normas¹⁸⁰.

20. Con relación a la especial regla prevista en el artículo 29 de la Convención¹⁸¹, conocido como principio *pro personae*, procede recordar que se trata de una norma concerniente a la

¹⁷⁷ En adelante, la Convención de Viena.

¹⁷⁸ Art.31 de la Convención de Viena: *"Regla general de interpretación.*

1. *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;*

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."*

¹⁷⁹ *Supra*, Nota N° 15.

¹⁸⁰ Como acontece con lo que dispone el artículo 19 de Código Civil de Chile: *" Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.*

Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento."

¹⁸¹ *"Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:*

interpretación de la Convención, mandando que, en ese ejercicio, el sentido y alcance que se logre no puede implicar una limitación del derecho humano que garantiza o que es reconocido por los otros instrumentos jurídicos que señala. En ese orden de ideas, dicha norma obliga a interpretar los derechos garantizados en la Convención en el sentido y alcance más amplio que se establezca en ella o en otros instrumentos jurídicos aplicables.

21. Por otra parte, en lo concerniente a la jurisprudencia como instrumento de interpretación, hay que recordar que el fallo dictado por la Corte en un caso que le ha sido sometido, es obligatorio únicamente para el o los Estados partes en el mismo¹⁸². Para los demás Estados, constituye un medio auxiliar en la determinación de las reglas de derecho¹⁸³. Y en cuanto a las opiniones consultivas, ellas no son vinculantes y no lo pueden ser puesto que los Estados no están obligados a comparecer ante la Corte en su correspondiente procedimiento de elaboración, no existe contradictorio en éste, la Convención no le asigna valor obligatorio y dado que pueden pedirla órganos de la OEA e incluso los Estados pueden solicitarlas también respecto de la compatibilidad de alguna de sus leyes con la Convención¹⁸⁴ y ¹⁸⁵.

22. Igualmente, con relación a la jurisprudencia, parece necesario formular unas breves acotaciones acerca de las expresiones de varias sentencias de la Corte, en el sentido de que *“los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”*¹⁸⁶. La primera anotación es que ello está previsto en el artículo 31.3. a) y b) de la Convención de Viena, al disponer que, junto al contexto, se debe tener los acuerdos y la práctica de los Estados sobre la interpretación del tratado de que se trate. Lo evolutivo debe ser, entonces, más del Derecho aplicable que de la jurisprudencia que se expida sobre él.

23. La segunda observación es que, en consecuencia, la citada interpretación evolutiva debería concernir específicamente a la sociedad que regula el Derecho Internacional y, en

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.”

¹⁸² *Supra*, Nota N° 12.

¹⁸³ *Supra*, Nota N° 13.

¹⁸⁴ *Supra*, Nota N° 11.

¹⁸⁵ *Voto Individual del Juez Eduardo Vio Grossi, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, Solicitada por la República de Costa Rica, Identidad de Género, e Igualdad y no Discriminación a parejas del Mismo Sexo (Interpretación y Alcance de los Artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en Relación con el Artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párrs. N°s 8 a 16.

¹⁸⁶ *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407*, párr. 158.

En lo sucesivo, cada vez que se indique “párr.” o “párrs.”, se entenderá que se refiere a “párrafo” o “párrafos” de la Sentencia o de la que se trate.

particular, la Convención, es decir, la internacional, conformada por Estados soberanos, que se reputan iguales entre sí, donde no existe una jerarquía preestablecida del poder ni de las normas ni la obligatoriedad de someterse a alguna instancia judicial internacional y en donde las funciones normativas y ejecutivas corresponden a los Estados. Es en tal contexto en que, como indica la doctrina, se debe insertar la función judicial consistente en transformar los mandatos abstractos y generales de la Convención en concretos y particulares y para ello la respectiva instancia judicial no debería delegar en otros su facultad de determinar la referida evolución y las condiciones de vida actuales, puesto que, si lo hiciese, lo que conducir a afirmaciones alejadas de la Justicia que debe impartir.

24. Por otra parte, al recurrir a la interpretación evolutiva, la Corte debe tener especial cuidado en no desvalorizar lo literalmente pactado, dejándolo sin utilidad práctica, generando así inseguridad jurídica en los Estados Partes de la Convención y, en especial, dudas o temores en adherirse a esta última en los que no la han hecho aún.

D. Caso de autos.

25. Sobre este particular, procede recordar que en la Sentencia se indica que el "*Tribunal reafirma su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la Convención Americana como parte integrante de los derechos enumerados en su texto, respecto de los cuales el artículo 1.1 confiere obligaciones de respeto y garantía*¹⁸⁷", añadiendo, después de un punto aparte, que "*(t)al como lo ha indicado en decisiones previas*¹⁸⁸, *las consideraciones relacionadas con la posible ocurrencia de dichas violaciones deben ser estudiadas en el fondo de este asunto*"¹⁸⁹.

26. Al no proporcionar la Sentencia otra razón que la expuesta escuetamente como justificación de dicha decisión, obliga, pues, para fundamentar la presente discrepancia, a

¹⁸⁷ Nota al párr. N° 26 de la Sentencia: *Cfr. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No 198, párrs. 16, 17 y 100; Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párrs. 142 y 154; Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344, párr. 192; Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 220; Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 100; Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párrs. 75 a 97; Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, párrs. 34 a 37; Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394, párrs. 33 a 34; Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395, párr. 62; Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, párr. 195; Caso Spoltore Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de junio de 2020. Serie C No. 404, párr. 85, y Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr. 23.*

¹⁸⁸ Nota al Párrafo N° 26: *Cfr. Caso Muelle Flores Vs. Perú, supra, párr. 37, y Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr. 23.*

¹⁸⁹ Párr. N° 26.

recurrir a los considerandos atinentes a aquella parte sustantiva de aquella, en donde, como se verá¹⁹⁰, se suministran argumentaciones en favor de la citada decisión adoptada.

27. Sin embargo, para proceder como se indica, se debe tener presente que, al aludir al mencionado artículo 26¹⁹¹, la Sentencia lo hace con referencia específicamente al derecho del trabajo, vale decir, justifica la aplicación de aquél en la atinente a éste¹⁹². De allí, pues, de que lo que se trata en este escrito es exteriorizar, una vez más, la posición de quién suscribe en orden a que los derechos a que se refiere el artículo 26, incluido el derecho al trabajo, no son, por las razones que más se exponen, justiciables ante la Corte, salvo excepciones, entre las que no se encuentra la situación de autos.

28. Es de suma importancia, entonces, desde ya indicar que este voto no se refiere a la existencia del derecho al trabajo 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, se insiste, 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 las violaciones de aquellos y que la referida en autos no se halla entre las excepciones a esa regla general.

29. 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 Convención¹⁹³. Asimismo, es factible que en el futuro todos o algunos los Estados Partes de la Convención convengan Protocolos que establezcan la justiciabilidad, ante la Corte, de eventuales violaciones de otros derechos económicos, sociales y culturales, además de los previstos en el Protocolo de San Salvador.

30. Lo que se sostiene en este voto supone, en consecuencia, que se debe distinguir entre los derechos humanos en general, los 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.

31. La circunstancia, por lo tanto, 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, consecuentemente, puedan eventualmente ser violarlos. En esta última

¹⁹⁰ *Infra*, párrs. 55 y ss.

¹⁹¹ En adelante, artículo 26.

¹⁹² Párrs. N°s 104 y 105.

¹⁹³ *Supra*, Nota N° 23.

eventualidad, la sociedad internacional podrá emplear medios netamente diplomáticos o políticos para lograr el restablecimiento del respeto de los derechos en comento, no obstante que aquellos puedan ser débiles para tal propósito. 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.

III. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 26.

32. De acuerdo, consecuentemente, con lo expuesto precedentemente, en particular, en cuanto a la interpretación de tratados¹⁹⁴, de lo que se trata, entonces, es interpretar, según los métodos ya enunciados, 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."

33. Una consideración previa. Si bien es loable que en los fallos se citen o invoquen los anteriores para sustentar la misma posición que se sigue, no es menos cierto que la sola referencia a ellos sea suficiente para fundamentarlos. Si así fuese, bastaría, como parece ocurrir en autos¹⁹⁵, en afirmar que, porque ya se resolvió en tal sentido, se decide igual. Más, al proceder en tal forma, se debe tener presente que, con ello, se están confirmando los antecedentes que sustentaron los precedentes, por lo que puede resultar indispensable para quien discrepe de lo decidido, como acontece en autos, abordarlos, pese a que la sentencia correspondiente nada exprese sobre el particular.

A. Buena fe.

34. De acuerdo al método sustentado en la buena fe, es más que evidente que el efecto útil de esa norma es que los Estados Partes de la Convención realmente adopten las providencias, tanto en el ámbito nacional como en el de la cooperación internacional, en vista de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas de la Carta de la OEA que indica y todo ello según los recursos disponibles. La obligación de los Estados prevista en el artículo 26 es, entonces, la de adoptar las medidas para ser efectivos los señalados derechos y no a que éstos realmente lo sean. La obligación es de comportamiento, no de resultado. Mal podría ser de esta última naturaleza, cuando ella depende de dos factores, los recursos disponibles y la cooperación internacional, que escapan de la sola voluntad del Estado concernido.

35. Sobre este particular, 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 este último, medidas si el ejercicio de los derechos consagrados en el artículo 1 de la Convención no estuviere garantizado¹⁹⁶ y en el segundo,

¹⁹⁴ *Supra*, II, c.

¹⁹⁵ Párrs N°s 26 y 104.

¹⁹⁶ 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*

providencias en vista de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas de la Carta de la OEA que alude, aunque ambas disposiciones difieren en que esta última condiciona el cumplimiento de lo que establece a la cooperación internacional y a la disponibilidad de los correspondientes recursos.

36. 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"¹⁹⁷, son, empero, 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 Preámbulo¹⁹⁸.

37. 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, como lo hace la Sentencia, que el efecto útil del artículo 26 es que las violaciones de los derechos a que alude son justiciables ante la Corte, sino únicamente que los Estados deben adoptar las providencias pertinentes, incluyendo lo pertinente a la cooperación internacional y según los recursos de que dispongan, para hacer progresivamente efectivos dichos derechos.

38. 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. 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.

39. En suma, entonces, la buena fe conduce 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, como se hace en autos, 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

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.

¹⁹⁷ 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."

¹⁹⁸ Considerando 5º: "... 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".

providencias para hacer progresivamente efectivos los derechos que se derivan de aquellas normas y todo ello considerando la cooperación internacional y los recursos de que dispongan.

40. La Sentencia, entonces, al omitir toda referencia a la buena fe, se aparta ostensiblemente de lo previsto a su respecto, en lo atinente a la interpretación de los tratados, en la Convención de Viena.

B. Tenor literal.

41. Al interpretar el artículo 26 a la luz de su tenor literal o corriente, se puede concluir en que dicha norma:

i. se encuentra, como única disposición, en el Capítulo III, denominado "Derechos Económicos, Sociales y Culturales"¹⁹⁹, de la Parte I, titulada, "*Deberes de los Estados y Derechos Protegidos*", la que también comprende al Capítulo I "*Enumeración de Deberes*", su Capítulo II "*Derechos Civiles y Políticos*"; por lo que, en consecuencia, se puede desprender de lo expuesto que es el propio instrumento convencional el que, a diferencia de lo que ha estimado la Corte en su jurisprudencia²⁰⁰, considera separadamente a los derechos civiles y políticos y a los derechos económicos, sociales y culturales, haciendo una nítida distinción entre ellos, al disponer una consideración especial y diferente a cada uno;

ii. no enumera ni detalla o especifica los derechos que alude, tan solo los identifica como los "*que se derivan*"²⁰¹ 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 inferir²⁰² de disposiciones de esta última;

iii. ergo, directamente no reconoce los derechos a que se refiere ni que se garantice su ejercicio, como sí lo hace la Convención;

iv. no hace efectivos o exigibles tales derechos, pues si así lo hubiera querido, lo habría expresado derechamente y sin ambigüedad alguna, es decir y diferencia de lo que señala la jurisprudencia de la Corte, no "*existe una referencia con el suficiente grado de especificidad al derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias para derivar su existencia y reconocimiento implícito en la Carta de la OEA*"²⁰³

v. 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 alude, mandato en el que la Sentencia no repara; y

¹⁹⁹ 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*".

²⁰⁰ *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017.* Serie C No. 340, párr. N° 141.

²⁰¹ "*Derivar: Dicho de una cosa: Traer su origen de otra.*" Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 2020

²⁰² "*Inferir: Deducir algo o sacarlo como conclusión de otra cosa*", *Idem*.

²⁰³ *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020.* Serie C No. 407, párr. 155.

vi. 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 a la concurrencia de terceros Estados.

42. En suma, se puede concluir en que los derechos en cuestión no son, en términos empleados por la Convención, "reconocidos"²⁰⁴, "establecidos"²⁰⁵, "garantizados"²⁰⁶, "consagrados"²⁰⁷ o "protegidos"²⁰⁸ en o por ella.

43. Por otra parte, se debe dejar constancia que la Sentencia se limita a afirmar que la Corte recuerda que el derecho al trabajo ha sido un derecho reconocido y protegido a través

²⁰⁴ 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 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."

²⁰⁵ 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."

²⁰⁶ 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".

²⁰⁷ 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."

²⁰⁸ 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."

del artículo 26 en diferentes precedentes por este Tribunal²⁰⁹, indicando en la respectiva nota a pie de página las sentencias correspondientes²¹⁰.

44. El derecho del trabajo no es, pues, *"un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención"* o *"un derecho reconocido"* por *"el artículo 26"*, sino que es un derecho que se derivaría *"de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la"* OEA, es decir, es un derecho que tiene su origen esta última y no en la Convención.

45. En síntesis, la Convención no *"realiza"*, como se afirma la jurisprudencia de la Corte, *"una remisión directa a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA"*, sino que, a lo más y tal como por lo demás textualmente aquella lo indica, los derechos de que se trata *"pueden ser derivados interpretativamente del artículo 26"* y *"su existencia y reconocimiento"* sería *"implícito en la Carta"*. Pues bien, para determinar esos derechos y estimarlos, en términos empleados por la Convención, como *"reconocidos"*, *"establecidos"*, *"garantizados"*, *"consagrados"* o *"protegidos"* en o por ella, únicos respecto de los que, por su violación, son justiciables ante la Corte, sería necesario interpretar las citadas normas de la Carta de la OEA, derivar de allí los derechos correspondientes y considerarlos, consecuentemente, reconocidos, más no expresamente, sino que solo implícitamente, por dicho tratado, ejercicios intelectuales todos, demasiados alejados de las expresiones directas y claras de la Convención respecto de los derechos a que ella se refiere, como para tenerlos en cuenta para concluir que estos últimos se encuentran comprendidos en aquella.

46. Al actuar en esa dirección, indudablemente que la jurisprudencia de la Corte 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 jurisprudencia de la Corte, relevancia alguna y, por ende, lo considera como un mero formalismo, 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.

C. Método subjetivo.

47. Al intentar tener en cuenta el contexto de los términos de la Convención, se debe aludir al sistema consagrado en la Convención en el cual él se inserta, 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 Convención²¹¹;

²⁰⁹ Párr. N° 104.

²¹⁰ Cfr. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párrs. 142 y 145. En similar sentido: *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344, y *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348.

²¹¹ *"Parte III, "Disposiciones generales y transitorias"*.

b) en lo relativo a los deberes, ellos son dos, a saber, la "*Obligación de Respetar los Derechos*"²¹² y el "*Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*"²¹³ y en lo atinente a los derechos, ellos son los "*Derechos Civiles y Políticos*"²¹⁴ y los "*Derechos Económicos, Sociales y Culturales*"²¹⁵; y

c) en lo pertinente a los órganos, ellos son la Comisión, la Corte y la Asamblea General de la OEA, correspondiéndole a la primera la promoción y defensa de los derechos humanos²¹⁶, a la segunda, interpretar y aplicar la Convención²¹⁷ y a la tercera, adoptar las medidas que correspondan para hacer cumplir el pertinente fallo²¹⁸;

48. 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 (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*".

49. 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*" OEA, únicamente se puede requerir de los Estados 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 la plena efectividad*" de aquellos y ello "*en la medida de los recursos disponibles*".

50. Ahora bien, procede dejar constancia, a los efectos de la aplicación de este método de interpretación, 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*"²¹⁹.

²¹² *Supra*, Nota N° 58.

²¹³ *Supra*, Nota N° 50.

²¹⁴ 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).

²¹⁵ *Supra*, parr. N° 32.

²¹⁶ *Supra*, Nota N° 18.

²¹⁷ *Supra*, Nota N° 10.

²¹⁸ 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.*"

²¹⁹ Preámbulo de la Convención, párr. 5°.

51. Es decir, ha sido la propia Convención la que, en cumplimiento de dicho mandato, le dio a los derechos civiles y políticos un tratamiento diferenciado de los derechos económicos sociales y culturales, expresado, 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, 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.

52. Asimismo, es menester hacer presente que, en cuanto a lo que el artículo 31.2 de la Convención de Viena considera como contexto no existe *acuerdo alguno que se refiera a (la Convención) y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de su celebración*" ni tampoco algún *"instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración"* de la Convención y *"aceptado por las demás como instrumento referente"* a ella.

53. Tampoco existe junto al contexto, como lo dispone el artículo 31.3 de la Convención de Viena, algún *"acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación"* de la Convención *"o de la aplicación de sus disposiciones ni una "práctica ulteriormente seguida en la aplicación" de ella"*, por la cual conste el *acuerdo de las partes acerca de" su "interpretación"*, salvo el Protocolo de San Salvador.

54. Por ende, no resulta aceptable que, ante la ausencia de lo que se conoce por la doctrina como la "interpretación auténtica", el sentido y alcance de la Convención 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.

55. En apoyo de lo resuelve, la Sentencia sí menciona, empero, el artículo XIV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 29.d) de la Convención y la *Observación General No. 18 sobre el derecho al trabajo*, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. En cuanto al primero, cabe señalar que no establece la justiciabilidad ante la Corte del derecho al trabajo y lógicamente no lo hizo, pues a la fecha de dicho instrumento, aquella no existía.

56. Respecto del segundo, procede insistir en que él se refiere a la interpretación de la Convención que pueda limitar o excluir el goce y ejercicio o el efecto de derechos humanos reconocidos por esta última, lo que no ocurre, por ende, con los derechos que derivan de la Carta de la OEA. Además, tampoco dice relación con la justiciabilidad del derecho al trabajo.

57. Finalmente, en cuanto a la referencia al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, se trata de un órgano compuesto de 18 expertos independientes, esto es, no está conformado por representantes de Estados, y que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados partes, vale decir, no dice relación con la Convención, de modo que mal puede disponer la justiciabilidad ante la Corte del derecho al trabajo, lo que, por cierto, no hace. Adicionalmente, procede añadir que la resolución del citado Comité constituye más bien una aspiración, por lo demás legítima, de cambio o desarrollo del Derecho Internacional en la materia.

58. Es, pues, irrefutable que ninguno de los textos recién citados, se reitera, ninguno, dice relación o dispone que las presuntas violaciones del derecho al trabajo, como tampoco a los demás derechos económicos, sociales y culturales que se derivan de las normas

económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA, puedan ser llevadas ante la Corte para que resuelva sobre ellas.

59. A lo precedentemente indicado, procede añadir que las referencias que la Sentencia hace a la legislación interna del Estado²²⁰, tampoco justifica la tesis sostenida por ella 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 citado artículo 29, al momento de interpretar aquella a los efectos de que ello no limite el goce y el ejercicio de un derecho reconocido por este último.

60. Con respecto a lo sostenido precedentemente, se debe remarcar que en la propia Sentencia se indica que *"el problema jurídico planteado por la presunta víctima se relaciona con los alcances del derecho al trabajo, y en particular sobre el derecho a la estabilidad laboral, entendido como un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención Americana"*²²¹. El asunto sometido a la Corte no era, pues, el de la judicialización ante la Corte de las violaciones de dicho derecho sino de su alcance.

61. 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, 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 no solo resulta superfluo, sino que puede acarrear que también las violaciones de otros derechos que se estimen que asimismo deriven de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA, sean sometidas a conocimiento y resolución de aquella.

62. De lo reseñado, se puede concluir, por lo tanto, que la aplicación del método subjetivo de interpretación de los tratados, conduce al mismo resultado ya antes señalado, a saber y a diferencia de lo que indica la Sentencia, 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, el derecho al trabajo, en el régimen de protección previsto en la Convención.

D. Método funcional o teleológico.

63. 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"*²²²;

²²⁰ Párr. N° 105.

²²¹ Párr. N° 104.

²²² Preámbulo, párr. 1°.

b) para ello, "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

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 derecho 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 a los que se refiere y ello "*en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados*".

64. En otros términos, el objeto y fin del artículo 26 es que se adopten las providencias que señala para lograr a efectividad de los derechos que indica y no que éstos sean exigibles de inmediato y menos aún que sean justiciables ante la Corte. Téngase en cuenta, a este respecto, que el propio título de la disposición es "*Desarrollo Progresivo*" y que el del Capítulo III, del que es la única norma, es "*Derechos Económicos, Sociales y Culturales*", de donde se colige que lo que ordena tal norma, su objeto y fin, es que se adopten medidas para lograr, progresivamente, la efectividad de los derechos a que se refiere y no que éstos sean efectivos.

65. 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 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.

66. Es por tal motivo que no se puede compartir el criterio expuesto en la jurisprudencia de la Corte, en el sentido de que en mérito de lo previsto en los artículos 1 y 2 de la Convención, el artículo 26 distingue entre "*aspectos que tienen una exigibilidad inmediata*" y "*aspectos que tienen un carácter progresivo*"²²³, puesto que ello se aparta ostensiblemente de lo previsto en la aludidas disposiciones, que establecen que los derechos a que se refieren son únicamente los "*reconocidos*", "*establecidos*", "*garantizados*", "*consagrados*" o "*protegidos*" en o por ella, lo que no acontece con los aludidos por el artículo 26. Además, la indicada distinción que hace la Sentencia sería, en sí misma, confusa y aún contradictoria, ya que, por una parte, no se sabría con certeza y con antelación al proceder cuales aspectos o más exactamente, cuales derechos a que alude el artículo 26 serían exigibles de inmediato y cuales requerirían que progresen con tal propósito y por la otra, los primeros no requerirían la adopción de providencias para ser exigibles, mientras los otros no podrían serlo en tanto no se adopten aquellas.

²²³ *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr. N° 172.

67. 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 Partes²²⁴. 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, la Corte podría establecer derechos no expresamente previstos en dichas normas y disponer que son justiciables ante ella.

68. En definitiva, pues, discrepando de la Sentencia, se puede afirmar que 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.

69. En lo concerniente a los medios complementarios de interpretación de tratados²²⁵, 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 aprobado²²⁶.

70. 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 aquella 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."

71. Nótese que el mencionado proyecto de artículo 27, que no fue aprobado²²⁷, 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*

²²⁴ *Supra*, Nota N° 25.

²²⁵ Art.32 de la Convención de Viena: "*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."

²²⁶ Actas de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 7 a 22 de noviembre de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 318.

²²⁷ Actas de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 7 a 22 de noviembre de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 448.

Buenas Aires" y por la otra parte, "los otros derechos consagrados en esta Convención", esto es, los "derechos civiles y políticos".

72. 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 políticos²²⁸.

IV. LA CARTA DE LA OEA.

73. 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.

74. Con relación al derecho al trabajo, la Sentencia evoca a los artículos 45.b y c²²⁹, 46²³⁰ y 34.g²³¹ de la Carta de la OEA.

75. Ahora bien, basta la sola lectura de las normas citadas para comprobar, con claridad y sin la menor duda, que ellas establecen obligaciones de hacer o de comportamiento, expresadas en los "*máximos esfuerzos*" a que los Estados se comprometen a fin de lograr la aplicación de los "*principios*" y "*mecanismos*" que indica, entre los que se encuentra el derecho al trabajo, o para facilitar la integración latinoamericana, la armonización de las legislaciones laborales y la protección de los derechos de los trabajadores, o para lograr la "*meta básica*"

²²⁸ 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).

²²⁹ Artículo 45 de la Carta de la OEA: "*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: [...] b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar; c) Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva [...].*"

²³⁰ Artículo 46 de la Carta de la OEA: "*Los Estados miembros reconocen que, para facilitar el proceso de la integración regional latinoamericana, es necesario armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de la seguridad social, a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos, y convienen en realizar los máximos esfuerzos para alcanzar esta finalidad.*"

²³¹ Artículo 34.g de la Carta de la OEA: "*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: [...] g) Salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos.*"

consistente en salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos..

76. No se debe olvidar que todas las normas citadas se encuentran en el Capítulo VII de aquella, denominado "*Desarrollo Integral*". Téngase en cuenta, sobre este particular, que dicho capítulo comienza estableciendo, que:

"(l)os 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."

77. Es decir, dispone la obligación general de los Estados americanos de aunar sus esfuerzos para lograr la justicia social y el desarrollo integral. No dispone que ellos respetarán o garantizarán derechos de las personas. Y esa premisa inspira a todo el citado Capítulo VII.

78. De modo, pues, que las referidas normas no establecen obligaciones de resultado, esto es, no disponen que se respeten los derechos humanos que se deriven de las normas que alude, sino que se realicen los "*máximos esfuerzos*" para lograr así los "*principios*", "*mecanismos*", "*metas*" y "*finalidad*" que indican. Es decir, las normas en cuestión, si bien aluden al derecho del trabajo, al derecho de los trabajadores y a las condiciones laborales, lo hacen en tanto constituyen sea la base, origen o razón sea un fin²³² respecto de la que hay que realizar los máximos esfuerzos para alcanzarlos o para que sean una realidad

79. Así las cosas, el abanico de posibilidades de las que el intérprete podría "*derivar*" derechos humanos no expresamente contemplados, en noma internacional alguna, sería enorme, por no afirmar, sin límite. Baste con leer lo que los propios artículos de la Carta de la OEA señalados en la Sentencia, mencionan como "*metas básicas*"²³³ o como "*principios y*

²³² Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 2020.

²³³ Art. 34: "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."

*mecanismos*²³⁴ o como la *"finalidad"*²³⁵, para percatarse, sin margen de duda alguna, que dichas disposiciones no tienen por objeto establecer derecho alguno ni menos aún la justiciabilidad ante la Corte de sus violaciones, sino que sencillamente consagran aspiraciones que deben ser alcanzadas mediante el cumplimiento de obligaciones de comportamiento, expresadas en el despliegue de los *"máximos esfuerzos"* que los Estados miembros de la OEA deben realizar al efecto.

80. De continuar la Corte con esta tendencia y llevada a su extremo, todos los Estados Partes de la Convención y que han aceptado su jurisdicción, eventualmente podrían ser llevados ante ella por no alcanzar plenamente alguno de los *"principios"*, *"metas"* o *"mecanismos"* o *"finalidad"* contempladas en la Carta de la OEA de los que la Sentencia deriva derechos, lo que, 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.

81. Lo anterior resulta particularmente evidente, por ejemplo, en lo que se refiere a la *"(i)ndustrialización acelerada y diversificada, especialmente de bienes de capital e intermedio"*, la *"(e)stabilidad del nivel de precios internos en armonía con el desarrollo económico sostenido y el logro de la justicia social"*, la *"(p)romoción de la iniciativa y la inversión privadas en armonía con la acción del sector público"*, la *"(e)xpansión y diversificación de las exportaciones"*, *"(e)l funcionamiento de los sistemas de administración pública, banca y crédito, empresa, distribución y ventas, en forma que, en armonía con el sector privado, responda a los requerimientos e intereses de la comunidad"*, y la facilitación del *"proceso de la integración regional latinoamericana"*. Resulta al menos dudoso que se haya querido derivar de esas afirmaciones derechos humanos referidos a esos temas, que, de suyo, integran la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del Estado²³⁶

82. Por tanto, en razón de todo lo señalado, es que es 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

²³⁴Art. 45: *"Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica; b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar; c) Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva; d) Justos y eficientes sistemas y procedimientos de consulta y colaboración entre los sectores de la producción, tomando en cuenta la protección de los intereses de toda la sociedad; e) El funcionamiento de los sistemas de administración pública, banca y crédito, empresa, distribución y ventas, en forma que, en armonía con el sector privado, responda a los requerimientos e intereses de la comunidad; 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; g) El reconocimiento de la importancia de la contribución de las organizaciones, tales como los sindicatos, las cooperativas y asociaciones culturales, profesionales, de negocios, vecinales y comunales, a la vida de la sociedad y al proceso de desarrollo; h) Desarrollo de una política eficiente de seguridad social, e i) Disposiciones adecuadas para que todas las personas tengan la debida asistencia legal para hacer valer sus derechos."*

²³⁵ *Supra*, Nota N° 86.

²³⁶ *Supra*, Nota N° 23.

se refiere el artículo 26, no se colige, a diferencia de lo que se indica en autos, la competencia de la Corte de conocer y resolver las eventuales violaciones de los derechos que se "*derivan*" de ellas.

V. EL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR.

83. 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*", el que también es citado en la jurisprudencia de la Corte en apoyo a su interpretación del artículo 26²³⁷, pero que el suscrito estima que su suscripción y vigencia respalda, por el contrario, lo que sostiene en este escrito.

84. Dicho instrumento²³⁸ es adoptado en consideración a lo previsto en los artículos 31, 76 y 77²³⁹ 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 Organización de los Estados Americanos proyectos de protocolos adicionales a esa Convención con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades,"

85. 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.

86. Esto es, el Protocolo se adopta 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, lo que implica que tampoco tienen plena efectividad en virtud del artículo 26. De otra manera, no se entendería la finalidad ni la conveniencia del Protocolo.

²³⁷ *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr.161.

²³⁸ En lo sucesivo, el Protocolo.

²³⁹ *Supra*, Nota N° 25.

87. En esa perspectiva, el Protocolo reconoce²⁴⁰, establece²⁴¹, enuncia²⁴² o consagra²⁴³ 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.

88. Y respecto de esos derechos reconocidos por el Protocolo, 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 como esta última disposición, dicen relación con derechos cuya efectividad no existe o no es plena.

89. El Protocolo 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 particular la Comisión²⁴⁴. Nótese que esta disposición es similar al proyecto de artículo 27 de la Convención, que fue rechazado por la Conferencia correspondiente.

²⁴⁰ 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.*"

²⁴¹ 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: "*Medios de Protección. 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*".

²⁴² 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*".

²⁴³ Art.19.1: "*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*".

²⁴⁴ 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*

90. 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.

91. En segundo término y, en consecuencia, ello importa, para los aludidos Estados, que lo dispuesto en el 26 implica que los citados derechos no se encuentren comprendidos entre los que se aplica el sistema de protección previsto en la Convención o que se estén vigentes, dado que, en caso contrario, la adopción del Protocolo hubiese sido innecesaria.

92. Téngase presente también que en la OEA se creó el Grupo de Trabajo para Analizar los informes Periódicos de los Estados Partes del Protocolo²⁴⁵, 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 Protocolo.

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

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."

²⁴⁵ AG/RES. 2262 (XXXVII-O/07), del 05/06/2007.

"en el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8²⁴⁶ y en el artículo 13²⁴⁷ 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."

94. 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 estarían los demás aspectos del derecho al trabajo, opera, por el contrario, sólo el sistema de informes establecido en el artículo 19 del Protocolo.

95. Por ende, el Protocolo es una enmienda a la Convención. Así se desprende de su propio texto, al considerarse como Protocolo, figura expresamente prevista en aquella²⁴⁸. Procede resaltar el hecho de que en su Preámbulo se deja constancia de que se adopta considerando que la Convención contempla esa posibilidad²⁴⁹. Se trata, pues, de un "protocolo adicional" a ella suscrito *"con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades"*, los que, por tanto, no los incluía.

96. 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

²⁴⁶ 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"*.

²⁴⁷ 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."

²⁴⁸ *Supra*, Nota N° 25.

²⁴⁹ *Supra*, párr.84.

los sindicatos y a la educación, no está limitando a aquella sino todo lo contrario, la está ampliando. De no existir el Protocolo, la Corte no podría conocer ni siquiera la eventual violación de esos derechos.

97. Todo lo precedentemente expuesto es, por ende, prueba más que evidente que, para los Estados Partes del 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. Se reitera que, si así lo hubiese establecido, obviamente no se hubiese celebrado el Protocolo. Es, por tal motivo, entonces, que ha sido necesaria su adopción. Su suscripción no se explicaría de otra manera.

98. En mérito de lo precedentemente afirmado, se puede concluir en que el Protocolo es, en consecuencia, la nítida demostración de que lo previsto en el artículo 26 no establece derecho humano alguno.

VI. CONCLUSIONES.

99. Es, entonces, por lo todo lo expuesto, incluido lo indicado en las Anotaciones Preliminares²⁵⁰, que se disiente de la Sentencia, en especial, de lo indicado en su resolutivo N° 2²⁵¹.

100. Al efecto, se debe señalar que la Sentencia, al desestimar la excepción de la falta de competencia para conocer de violaciones de derechos humanos invocando la aplicación del artículo 26, no deja margen alguno al presente disenso para pronunciarse sobre sus demás puntos resolutivos. Esto es, al sostenerse en este voto que la Corte carece de la citada competencia, lógicamente, se afirma que no procedía que ella se pronunciara sobre el fondo del caso, como ha acontecido. La única salvedad a ello es lo previsto en el Resolutivo N° 11, al que se ha concurrido aprobándolo dado que, sencillamente, repite lo que establece el Reglamento de la Corte²⁵², motivo por el que, de no haberse incluido, de todas maneras, se aplicaría.

101. Por otra parte, parecería conveniente insistir, una vez más, que este escrito no dice relación con la existencia del derecho al trabajo en el ámbito del Derecho Internacional. Ello escapa a su propósito. Únicamente se sostiene que su eventual violación no puede ser sometida al conocimiento y resolución de la Corte.

²⁵⁰ *Supra*, II.

²⁵¹ *Supra*, Nota N° 3.

²⁵² Art. 69. "*Supervisión de cumplimiento de sentencias y otras decisiones del Tribunal.*

1. *La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes.*

2. *La Corte podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos.*

3. *Cuando lo considere pertinente, el Tribunal podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en ésta escuchará el parecer de la Comisión. }4. Una vez que el Tribunal cuente con la información pertinente, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes. 5. Estas disposiciones se aplican también para casos no sometidos por la Comisión."*

102. Y más aún. Se debe asimismo indicar 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 establecer esa competencia jurisdiccional, ello, debe hacerse por quién detenta la titularidad de la función normativa internacional. No parecería conveniente que el órgano al que le compete la función judicial interamericana asuma aquella otra función, máxime cuando los Estados a los que les corresponde esta última son democráticos y a su respecto rige la Carta Democrática Interamericana²⁵³, la que prevé la separación de poderes y la participación ciudadana en los asuntos públicos, lo que, sin duda, la Corte debería igualmente y en su ámbito, respetar.

103. Asimismo, es imperioso repetir que, de persistirse en el derrotero adoptado por la Sentencia, 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 los principios de la seguridad y de 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.

104. Sobre este último particular, no está de más recordar 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 violados en un específico caso. No es tan seguro que ello se logre respecto de violaciones de esos derechos que no fueron consideradas en la Convención como justiciables ante aquella ni tampoco cuando, más que procurar resolver el caso que le ha sido sometido, parecería que la preocupación principal fuese establecer normas, pautas o estándares de aplicación general y no fallar específicamente un caso y que, a partir de allí y de varias sentencias dictadas en el mismo sentido o en la misma dirección, se desprenda una jurisprudencia, compuesta, por ende, por varios precedentes coincidentes.



Pablo Saavedra Alessandri
Secretario



Eduardo Vio Grossi
Juez

²⁵³ Adoptada en el Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, 11 de septiembre de 2001, Lima, Perú.