

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos y sociales: de la prudencia a la audacia

*Laurence Burgorgue-Larsen**

1. INTRODUCCIÓN

Sin importar las latitudes, la cuestión de los derechos económicos, sociales y culturales¹ ha causado y causará debates: su naturaleza y, por ende, su justiciabilidad, no cesa de ser cuestionada y los argumentos tendentes a evitar un compromiso demasiado importante por parte de los jueces en esta materia son numerosos.² Se sabe que los sistemas constitucionales y convencionales

* Catedrática de Derecho Público en la Université Paris 1 Panthéon Sorbonne. Traducción al español por Nicolás Montoya Céspedes, candidato a doctor en Derecho de Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne y miembro del GEDILAS.

¹ Se sabe que la terminología de “derechos económicos, sociales y culturales” (DESC) es comúnmente admitida a escala internacional. Por cuestiones de simplicidad, pero con miras a evitar una excesiva recurrencia a la sigla DESC, emplearé generalmente la expresión de “derechos sociales”.

² Diane Roman presenta con mucha claridad los dos argumentos que clásicamente se han presentado en contra de la justiciabilidad plena de los derechos sociales: el argumento democrático —según el cual le corresponde al Parlamento efectuar las decisiones presupuestales y encargarse de las cuestiones generales del orden económico y social—; el argumento técnico —que afirma que la imprecisión y el carácter progresivo de su rea-

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

—todos ellos fruto de consensos políticos en un momento determinado— reflejan la falta de acuerdos sobre el reconocimiento de un respeto equivalente entre los derechos sociales, por un lado, y los derechos civiles y políticos, por otro. Aunque los estudios demuestran que, alrededor del mundo, las constituciones que consagran este tipo de derechos no dejan de aumentar, los catálogos no son para nada homogéneos. Los derechos sociales consagrados en ellos no son idénticos, no tienen el mismo estatus, no tienen el mismo alcance jurídico y su interpretación —lejos de efectuarse en un vacío— depende de una serie de elementos de orden sociológico relacionados con el poderío o no de partidos políticos de izquierda, el compromiso de la sociedad civil, el perfil de los intérpretes y las tradiciones jurídicas que favorecen o no cierto grado de activismo judicial, etc. [...] Todo esto proporciona un panorama extremadamente contradictorio sobre el alcance de los derechos sociales en el seno de los Estados.³ Así, aunque se pretende que las necesidades elementales de las personas puedan ser satisfechas, aunque estudios recientes en el campo de la filosofía hayan propuesto fundamentos teóricos que invitan a su valorización⁴ y aunque creativos juristas hayan propuesto nuevas maneras de estructurar los derechos a fin de hacerlos exigibles,⁵ el hecho es que las normas positivas no han integrado estas revoluciones conceptuales, a pesar de que los úl-

lización—. Véase Roman, Diane, “La justiciabilité des droits sociaux: les arguments classiques en faveur d’un *self restraint* juridictionnel”, en Roman, Diane (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux: vecteurs et résistances*, París, Pedone, 2012, pp. 29-43.

- ³ Debe referenciarse el impresionante estudio de derecho comparado adelantado por Jung, Courtney; Hirschl, Ran y Rosevear, Evan, “Economic and Social Rights in National Constitutions”, en *American Journal of Comparative Law*, núm. 62, 2014, pp. 1043-1098. No son menos de 195 las constituciones que han sido analizadas con miras a evaluar el número y el estatus de los derechos económicos y sociales que incluyen.
- ⁴ Los trabajos de Amartya Sen (sobre la igualdad), de Martha Nussbaum (sobre la vulnerabilidad y las capacidades) de John Rawls (sobre la justicia) son significativos al respecto.
- ⁵ Entre la abundante literatura véase, Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, México, Editorial Flores, 2014, p. 161; Arango, Rodolfo, *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, Fontamara, 2012, p. 226.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

timos 20 años han mostrado, en todo el mundo, un incremento significativo de decisiones judiciales relacionadas con los derechos sociales.⁶ Por consiguiente, toda vez que la Corte Interamericana decidió tomar en serio estos derechos, erigiéndose como la primera jurisdicción regional de protección de derechos en desarrollar una política jurisprudencial de las más audaces en la materia, sus desarrollos merecen especial atención.

A pesar de que durante mucho tiempo los casos basados de manera específica en los derechos sociales fueron pocos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, hacia finales de la primera década del siglo XXI se ha presentado un incremento significativo gracias a algunas decisiones emblemáticas. La primera de ellas se produjo en 2009, con el fallo *Acevedo Buendía*. Este fallo, relativo al derecho a la pensión de funcionarios y jubilados en Perú, marcó una importante ruptura analítica en la interpretación del artículo 26 de la Convención Americana —cuyo título es “desarrollo progresivo”—, a pesar de que en el caso en concreto no se determinó su violación.⁷ Con fundamento en dicha ruptura, varios de los jueces de la Corte Interamericana desarrollaron, a través de opiniones separadas, un discurso innovador sobre la justiciabilidad de esta original disposición que, como se sabe, constituye ella sola la totalidad del capítulo 3 de la Convención. Así, la jueza jamaicana Maccaulay, en el caso *Furlan*⁸ y, sobre todo, el juez Ferrer Mac-Gregor en cuatro casos⁹ desple-

⁶ La literatura en inglés demuestra la intención. Langford, Malcolm (dir.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 740; Gargarella, Roberto; Domingo, Pilar y Roux, Theunix, *Courts and Social Transformation in new Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot-Burlington, Routledge, 2006, p. 328.

⁷ Corte IDH. *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, núm. 198.

⁸ Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 agosto de 2012. Serie C, núm. 246.

⁹ Se trata de los casos: Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013, Serie C, núm. 261; Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecu-*

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

garon análisis audaces y creativos, en ruptura total con posturas doctrinales precedentes, con miras a reconocer en el artículo 26 un alcance singular. Con dicho fin, estos votos desplegaron una ingeniería interpretativa novedosa al recurrir a técnicas como las remisiones normativas y al aperturismo interpretativo.

Toda la argumentación técnica ya contenida en estos votos estaba a la espera de ser acogida por la mayoría de los miembros de la Corte. Esto se produjo gracias a la postura de algunos jueces (como el costarricense Ventura Robles y el brasileño Caldas en el caso *Gonzales Lluy*) y la llegada de nuevos integrantes al seno de la Corte (como la juez costarricense Odio Benito, el juez argentino Zaffaroni y el juez ecuatoriano Pazmiño Freire). Así, todo estaba listo cuando el 31 de agosto de 2017, en el caso *Lagos del Campo*, se construyó una mayoría al interior de la Corte, no solamente para declarar la justiciabilidad del artículo 26 —y de los derechos sociales a los que remite—, sino para declarar su violación en el caso en concreto.¹⁰ Esta aproximación, que sin lugar a dudas puede ser calificada como “revolucionaria” —toda vez que es al mismo tiempo subversiva y progresista—, fue confirmada algunos meses más tarde en otro caso proveniente de Perú en el que se cuestionaba el despido masivo de varias decenas de trabajadores en el sector de los hidrocarburos¹¹ y en el marco de la

dor. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298; Corte IDH. *Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de julio de 2015. Serie C, núm. 296; y Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C, núm. 312.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340, párr. 154; Véase Parra Vera, Óscar, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso *Lagos del Campo*”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los desafíos*, Querétaro, IECEQ, 2017, pp. 181-234.

¹¹ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C, núm. 344.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

importante opinión consultiva, solicitada por Colombia, sobre la relación entre los derechos humanos y el medioambiente.¹² Luego de haber determinado los contornos de esta nueva política jurisprudencial, que fija una nueva línea interpretativa, la Corte los confirmó y afinó en importantes decisiones posteriores.¹³ Nadie duda que, cada vez que los hechos del caso lo permitan, la Corte continuará reforzando esta innovadora línea argumentativa.

Ahora bien, es importante resaltar que el incremento en la fuerza normativa del artículo 26 a lo largo de la década de 2010 hasta la revolución jurídica del fallo *Lagos del Campo*, no quiere decir que la jurisprudencia anterior no haya sido rica o que no haya anunciado este incremento en el contencioso social al interior de la Corte Interamericana. En efecto, se pueden listar —además de la trascendental opinión consultiva 18, acerca de la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados,¹⁴ solicitada por México en un contexto político y jurídico particularmente tenso con Estados Unidos—¹⁵ importantes casos rela-

¹² Corte IDH, Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-23/17, 15 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 23.

¹³ Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C, núm. 348; Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C, núm. 349.

¹⁴ Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, opinión consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18.

¹⁵ Al origen de la solicitud se encuentra una decisión de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos que preocupó al gobierno mexicano. En efecto, la jurisdicción suprema estadounidense decidió en el caso *Hoffman Plastics Compound Inc.* [Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, 27 de marzo de 2002, *Hoffman Plastics Compound, Inc vs. National Labour Relations Board (NLRB)*], que un trabajador mexicano, despedido por haber distribuido información de carácter sindical, no tenía derecho a ninguna indemnización puesto que se encontraba en situación irregular sobre el territorio de Estados Unidos. Con esta decisión, la Corte Suprema de Justicia cambió una jurisprudencia pacífica de la NLRB y abrió la caja de Pandora de los abusos contra los trabajadores migrantes desprovistos de “papeles” en debida forma.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

cionados con cuestiones de salud,¹⁶ vivienda,¹⁷ educación¹⁸ y, *last but not least*, el derecho al trabajo. Sin duda, en este último aspecto la jurisprudencia proveniente de San José fue durante mucho tiempo la más rica. De la libertad sindical,¹⁹ pasando por el derecho a la pensión,²⁰ para llegar al despido abusivo,²¹ la Corte Interamericana ha sido llevada a pronunciarse principalmente sobre casos relacionados con las múltiples facetas de los derechos de los trabajadores.

La relativa rareza jurisprudencial, hasta finales de la primera década del siglo XXI, se explica gracias a varios factores: uno de tipo político, el otro exclusivamente jurídico. Tratándose de las

¹⁶ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149; Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 171; Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, núm. 261; Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C, núm. 312.

¹⁷ Aquí se debe entender la noción de “vivienda en el sentido amplio, lo que incluye la relación con la tierra que mantienen las comunidades indígenas”. En ese sentido se puede mencionar la primera “gran decisión” tomada por la Corte que la convirtió en la primera jurisdicción internacional en interesarse por estas cuestiones. Véase, Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79. Véase también, Anaya, James y Grossman, Claudio, “The Case of Awás Tingni vs. Nicaragua: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples”, en *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 19, núm. 1, 2002, pp. 1-15.

¹⁸ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *supra*.

¹⁹ Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005, Serie C, núm. 121; Corte IDH. *Caso Contoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C, núm. 167.

²⁰ Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98; y Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, *supra*.

²¹ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, núm. 72; y Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C, núm. 144.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

consideraciones políticas, la configuración del contencioso interamericano ha sido durante muchos años, y lo es en gran parte todavía, la consecuencia de violaciones masivas de los derechos humanos que fueron perpetradas en el continente en los años setenta del siglo xx, en pleno periodo dictatorial. Así, la mayoría de los casos ante la Corte se refiere a asuntos sobre la protección del derecho a la vida (art. 4), la prohibición de la tortura (art. 5), la protección de la libertad y la seguridad personal (art. 7). En lo que atañe al factor jurídico, debe tenerse en cuenta que las disposiciones de la Convención Americana en materia de derechos sociales no son muy numerosas. A decir verdad, no hay más que una; la contenida en el muy importante artículo 26 que lleva por título “Desarrollo progresivo”,²² que constituye la totalidad del capítulo 3 de la Convención bajo el título “derechos económicos y sociales”, cuyo alcance jurídico no ha sido unánime en la doctrina ni en el seno de la Corte.

Por otra parte, no se puede analizar la jurisprudencia de la Corte de San José ignorando otros textos, de desigual importancia, centrados en las cuestiones económicas y sociales que han sido adoptados en el hemisferio sur. En primer lugar, la Carta Interamericana de Garantías Sociales —adoptada con ocasión de la Conferencia Americana de Río de Janeiro en 1947— que fuera el primer texto internacional en el que se reconocieron los derechos de los trabajadores en el continente americano. Este texto —conocido también con el nombre de Declaración de los Derechos Sociales de los Trabajadores— es, simbólicamente, un precedente importante. No obstante, no pasa de tener un valor declaratorio desprovisto de desarrollos jurisprudenciales. El texto de carácter obligatorio que viene a perfeccionar la protección de los derechos sociales en el continente americano es el Protocolo adicional a la Convención Americana de San Salvador adoptado el

²² Dicho art. se lee como sigue: “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”.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

17 de noviembre de 1988, y que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999. Sin embargo, conviene mencionar que al día de hoy no ha sido ratificado más que por 15 Estados miembros²³ de los 23 que han ratificado la Convención Americana y han reconocido la competencia de la Corte.²⁴ Este Protocolo no reconoce la posibilidad de presentar demandas ante la Corte Interamericana —contra Estados que lo han ratificado— sino en lo que respecta a dos derechos: la libertad sindical (art. 8.a) y el derecho a la educación (art. 13). Frente al resto de derechos enumerados en él, los Estados simplemente tienen la obligación de presentar informes periódicos a la Asamblea General de la OEA (art. 19.1). De manera general, el Protocolo de San Salvador afirma en su preámbulo que otros instrumentos ya han reconocido los derechos sociales, pero que estos deben ser “desarrollados, perfeccionados y protegidos” en América. En cualquier caso, su existencia implica *prima facie* una escisión de los regímenes jurídicos. En efecto, los Estados que no lo han ratificado no están sometidos más que a las referencias precisas contenidas en la Carta de la OEA y en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que contienen ciertas disposiciones relativas a la cuestión.²⁵ Se verá, empero, que dicha escisión de regímenes jurídicos ha sido totalmente reevaluada con la aproximación innovadora que la Corte inauguró en el fallo *Lagos del Campo*,²⁶ que fuera confirmado rápidamente.

El análisis de la protección de los derechos sociales en el Sistema Interamericano demuestra que la Corte de San José ha tomado varios caminos para estar en capacidad de garantizarlos. *i.* la *protección indirecta*, a través de los derechos civiles y políticos, en

²³ Al 18 de julio de 2018, únicamente Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam y Uruguay habían ratificado el Protocolo de San Salvador.

²⁴ En realidad, la Convención fue ratificada por 24 Estados, pero Trinidad y Tobago la denunció el 26 de mayo de 1998.

²⁵ La Declaración garantiza los siguientes derechos económicos, sociales y culturales: derecho a la protección a la maternidad y la infancia (art. VII), derecho a la preservación de la salud y al bienestar (art. XI), derecho a la educación (art. XII), derecho a los beneficios de la cultura (art. XIII), derecho al trabajo y a una justa retribución (art. XIV), derecho al descanso y a su aprovechamiento (art. XV) y el derecho a la seguridad social (art. XVI.)

²⁶ Corte IDH. *Lagos del Campo vs. Perú*, *supra*.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

donde recurre a la técnica de la conexidad para protegerlos; *ii.* la *protección específica*, reconocida en el Protocolo de San Salvador, siempre que el Estado lo haya ratificado y, finalmente, *iii.* la *protección original*, luego de que la Corte reconociera la justiciabilidad del artículo 26 acudiendo al concepto de “derivación” para proteger los derechos contenidos tanto en la Carta de la OEA como en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (III).

2. UNA PROTECCIÓN INDIRECTA A TRAVÉS DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

La Corte Interamericana ha hecho suyo un pasaje del preámbulo del Protocolo de San Salvador, que proclama:

[I]a estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana.

La “interdependencia” de los derechos ha permitido de esa forma construir la jurisprudencia relativa a la protección de los trabajadores, puesto que el enmarañamiento de los derechos sociales con los derechos civiles y políticos impide una separación clara entre unos y otros. Así, tanto a través de ciertos derechos “sustantivos” (A) como de los derechos “procedimentales” (B), la Corte Interamericana ha logrado construir poco a poco un *corpus* social protector para los individuos y los grupos. Es importante, entonces, destacar que aun antes de descubrir las “ventajas” del artículo 26 en el caso *Acevedo Buendía*, la Corte había usado todas las potencialidades de los derechos civiles y políticos para poder proteger, de manera indirecta, los DESC.

2.1. La protección a través de los derechos sustantivos

Los derechos sustantivos que han participado en la protección de los derechos sociales, por medio de la técnica de la conexidad,

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

son cuatro. Se trata del derecho a la vida (art. 4); el derecho a la integridad física (art. 5); la libertad de asociación (art. 16), y el derecho de propiedad (art. 21). Estas disposiciones fueron empleadas en el marco de casos relacionados con las condiciones de internación en instituciones de salud (*Ximenes Lopes*), modalidades de atención y trato médico de pacientes (*Albán Cornejo*, *Suárez Peralta*, *Gonzales Lluy*), al despido de miembros de sindicatos (*Baena Ricardo*) o su ejecución extrajudicial (*Huilca Tesce*, *Cantoral Huamani* y *García Santa Cruz*) y en el marco del derecho a la jubilación (*Cinco Pensionistas*).

En términos generales, se puede decir que la Corte ha sido particularmente audaz. Se verá que ella utiliza, al mismo tiempo, tanto las virtudes de la teoría de las obligaciones positivas —derecho a la vida, derecho a la integridad física— como el potencial de ciertas disposiciones del texto convencional —libertad de asociación—. Se descubrirá, igualmente, que la Corte tampoco ha podido negar la posibilidad de los Estados de limitar algunos derechos, lo que ha sido lógicamente utilizado —por no decir instrumentalizado— por ellos según su conveniencia, especialmente en materia del derecho de propiedad.

2.1.1. El derecho a la vida

El “contencioso” respecto de los niños²⁷ y de las comunidades indígenas²⁸ le ha permitido a la Corte —especialmente a través del *derecho a la vida* que fue rápidamente transformado en el “derecho a una vida digna”—²⁹ tomar posiciones importantes sobre

²⁷ Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, núm. 112.

²⁸ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125; Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245.

²⁹ Pasqualucci, Jo. M., “The Right to a Dignified Life (Vida digna): the integration of Economic and Social Rights with Civil and Political Rights in the Inter-American Human Rights System”, en *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 31, núm. 1, 2008, pp. 1-32.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

cuestiones de salud, educación, vivienda, alimentación y acceso al agua potable.³⁰

Sin embargo, es sobre todo el caso *Ximenes Lopes*³¹ el que proporciona la ocasión para detenerse de forma muy clara, incluso solemne, en la importante problemática de la salud. Se trata del primer caso en el universo interamericano que aborda la situación tan particular de las personas detenidas que sufren problemas psíquicos. Un joven, enfermo psiquiátrico, hospitalizado en un instituto privado especializado bajo control del Estado, es encontrado muerto después de haber sido admitido en dicha institución. Este caso presentó a la Corte la oportunidad de abordar no solo la cuestión de la autonomía personal de los enfermos,³²

³⁰ Melish, T. J., “The Inter-American Court of Human Rights”, en Langford, M. (ed.), *Social rights jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, 2006.

³¹ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, *supra*.

³² La Corte se toma el tiempo de presentar de manera muy precisa su visión considerando que “todo tratamiento de salud dirigido a personas con discapacidad mental debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano, que se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas”. Corte IDH. *Ximenes Lopes vs. Brasil*, *supra*, párr. 130. Se ve aquí cómo surge el concepto de autonomía personal, el que, como se sabe, Cecilia Medina Quiroga considera integrado en el corazón del art. 5, párr. 1, Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Universidad de Chile-Facultad de Derecho, 2003, pp. 138-139. Se corre el riesgo de pensar en este caso que se trata de una actualización de la concepción de la jueza chilena. El *dictum* del párrafo 130 es fundamental, puesto que plantea varios principios claves: 1) la autonomía personal puede ser limitada (en la medida en que, en interés del enfermo, se le pueden imponer medidas de salud, *i.e.* sin su consentimiento); 2) se plantea una presunción de capacidad de expresión a favor de los enfermos psiquiátricos, puesto que la enfermedad mental no equivale a “una incapacidad de autodeterminarse” (por tanto el personal médico y las autoridades deben tener en cuenta esta capacidad); 3) cuando se demuestre que el enfermo mental está imposibilitado para expresar su consentimiento, serán sus parientes, sus representantes legales o las autoridades competentes quienes deberán decidir el tratamiento que se le ha de administrar. El aporte de la Corte de San José en relación con esta cuestión es enorme; prefigura la emergencia de un nuevo contencioso, más diversificado y menos centrado sobre las violaciones masivas de los derechos humanos.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

sino también las obligaciones del Estado en materia de salud. En relación con este segundo elemento, la Corte afirmó, con fuerza, que “la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados”.³³ En este contexto ha decantado las obligaciones que corren a cargo de ellos y que, si no son respetadas, entrañan su responsabilidad internacional. La Corte no ha vacilado en afirmar que los Estados tienen un deber de reglamentación y de control que se despliega cualquiera que sea el estatus jurídico del organismo de salud en cuestión (*i.e.*, tanto si es privado como si es público).³⁴ Así, el deber especial de protección de la vida y de la autonomía personal impone a cargo del Estado la obligación de estar en disposición de prevenir todo tipo de intervenciones de terceros que choquen con esos dos elementos.³⁵ Dicho de otro modo, todo fallo en los mecanismos de protección de los enfermos, por su propia naturaleza vulnerables, será imputado a los Estados que verán automáticamente comprometida su responsabilidad internacional. Eso es tanto como decir que el umbral de las obligaciones a cargo de las instancias estatales es particularmente elevado..., lo que generó un contencioso bastante surtido, como los casos que pusieron de relieve el derecho a la integridad personal (art. 5) lo muestran.

2.1.2. *El derecho a la integridad personal*

En el caso *Albán Cornejo*, la Corte vinculó directamente el derecho a la vida y la integridad personal con los servicios de salud

³³ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, *supra*, párr. 89.

³⁴ En dicho párrafo se señala lo siguiente: “90. La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos. *La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud.*” (*cursivas añadidas*).

³⁵ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, *supra*, párr. 89.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

al considerar que las falencias en las modalidades de tratamiento médico podían constituir una violación del artículo 5 de la Convención.³⁶ Este caso se refirió al fallecimiento de la hija de los peticionarios, que se produjo luego de ser hospitalizada para tratar una meningitis aguda. Al analizar la obligación de los Estados de adoptar medidas internas (art. 2), la Corte presentó varios principios generales sobre la prestación de servicios de salud, la legislación sobre la materia, sus profesionales y las malas prácticas en las que se puede incurrir.³⁷ A partir de dicho análisis, la Corte aprovechó para recordar que el artículo 10 del Protocolo de San Salvador reconocía el derecho a la salud como un “bien publico”, por lo que los Estados debían establecer mecanismos de control sobre la prestación de servicios médicos y debían implementar un sistema de represión penal que tuviera por objeto la sanción de las malas prácticas. Consciente de la no justiciabilidad directa del derecho a la salud, según el Protocolo de San Salvador, la Corte sintió la necesidad de presentar un marco de referencia muy preciso sobre los derechos y deberes de los Estados en la materia, como el juez García Ramírez lo hizo explícito en su voto concordante.

El caso *Suárez Peralta*, por su parte, puso de presente las malas prácticas médicas que siguieron al tratamiento de una apendicitis en un establecimiento privado que provocó sufrimiento permanente a la peticionaria. Sin embargo, aunque la legislación ecuatoriana preveía mecanismos de control y seguimiento a las instituciones médicas, la Corte estimó que no fueron efectivos en el caso en concreto. Por consiguiente, declaró la violación del artículo 5.1 por parte de Perú, por faltar a su deber de garantía y de prevención del derecho a la integridad física en cabeza de la señora Suárez Peralta.³⁸ Este caso permitió recordar, con vehemencia, que los Estados tienen la obligación, sin importar la naturaleza pública o privada del establecimiento médico, de supervisar y controlar la prestación de los “servicios públicos” médicos.³⁹

³⁶ Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador, supra*, párr. 117; y Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, supra*, párr. 130.

³⁷ Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador, supra*, párrs. 116-137.

³⁸ Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, supra*, párr. 154.

³⁹ *Ibidem*, párr. 144.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

Estos elementos fueron importantes para condenar a Ecuador en el caso *Gonzales Lluy* sobre la base de los artículos 4 y 5. Este caso demostró la serie de negligencias que ocasionaron la transmisión, específicamente a través de una transfusión de sangre, del virus del SIDA a Talía Gabriela Gonzales Lluy, quien tan solo tenía tres años a la época de los hechos.⁴⁰ Este fallo fue particularmente llamativo en el continente por haber adoptado el concepto de “discriminación intersectorial”, muy en boga en la literatura especializada.⁴¹

Se debe resaltar aquí que los artículos 4 y 5 son usualmente invocados de manera conjunta en el contencioso relativo al derecho a la salud. El caso *Poblete Vilches* lo demuestra.⁴² Aunque este caso sea conocido por haber consagrado la autonomía del derecho a la salud bajo la nueva interpretación del artículo 26,⁴³ al mismo tiempo pone de manifiesto la utilización, aún eficaz, de los artículos 4 y 5 de la Convención para tratar las omisiones de los Estados en materia de salud.⁴⁴ Siendo posterior a la revolución jurídica del fallo *Lagos del Campo* (véase *infra*), la Corte combinó, aún así, los derechos civiles y políticos mencionados con el artículo 26 y el artículo 1.1 del Pacto de San José.

2.1.3. El derecho a la asociación

El caso *Baena Ricardo* es destacable, puesto que desveló el astuto método de la Corte para extender el campo de aplicación de la Convención hacia las cuestiones sociales. Sin decirlo explícitamente —eso es lo que resulta paradójico—, utiliza las potencialidades ofrecidas por el artículo 16.1 de la Convención. Dicho artículo está redactado como sigue: “Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole” (cursivas añadidas). El inciso final y las

⁴⁰ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, supra*, párr. 191.

⁴¹ Véase *infra*, apartado 3 de este capítulo.

⁴² Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, supra*.

⁴³ Véase, *infra*, apartado 4 de este capítulo.

⁴⁴ Corte IDH. *Poblete Vilches y otros vs. Chile, supra*, párr. 156.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

referencias a los objetivos profesionales y sociales son capitales, puesto que permiten incluir, sin ninguna dificultad, la asociación con fines sindicales bajo la esfera de protección de la libertad de asociación. Este punto era importante en el caso *Baena Ricardo*, en el que el artículo 8.1.a del Protocolo de San Salvador —que protege directamente los derechos de los trabajadores a afiliarse a sindicatos, federaciones y otras confederaciones— no podía ser invocado *in casu*, al no haber entrado en vigor el Protocolo en el momento de los hechos.⁴⁵ Y, por tanto, mientras que la Corte hubiera podido justificar fácilmente la conexidad entre la libertad sindical con la libertad de asociación con los simples resortes de la interpretación exegética, se contentó con considerar que para determinar si la libertad de asociación ha sido infringida en el caso, conviene analizarla en relación con la libertad sindical.

Se convendrá que podía haberlo hecho mejor. De todas formas, no se puede perder de vista que el caso era importante porque revelaba, conforme al testimonio del procurador general del Estado, que la ley retroactiva adoptada en respuesta a la huelga de 201 funcionarios —esencialmente sindicalistas que militaban a favor de una mejora de las condiciones de trabajo en el seno de los establecimientos públicos— había tenido como efecto “quebrantar” los sindicatos más potentes considerados como “opositores” políticos. Ante esta situación, la Corte constató la violación del artículo 16 de la Convención Americana. Además, aprovechó para definir claramente el contenido de “la libertad de asociación en materia sindical”, que concierne “la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho”. La Corte continúa revelando lo que comúnmente se denomina la libertad negativa de asociación al afirmar que “esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad”.⁴⁶ Es en el párrafo 159 del fallo en

⁴⁵ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, *supra*, párr. 99.

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 156.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

donde se abordan estos dos puntos, revelando que se trata, en el caso del primero, de un “derecho” (el de constituir organizaciones sin ninguna restricción, excepto aquellas previstas en los párrs. 2 y 3 del art. 16) y de una libertad —la de no ser obligado a afiliarse—. Este último elemento es importante, ya que marca la coherencia jurisprudencial en la protección de ambas dimensiones del derecho. El Tribunal Europeo ha interpretado el artículo 11 de su Convención regional de manera tal que incluya el derecho negativo de asociación.⁴⁷ Su jurisprudencia toma nota de que “los Estados contratantes son poco favorables al mantenimiento de los acuerdos de monopolio sindical”.⁴⁸ Como se ve, el vector de un derecho civil y político, como la libertad de asociación, ha permitido al juez interamericano —a la manera de su colega europeo— consagrar y definir los contornos de la libertad sindical de la que ha tenido a bien recordar su “importancia mayor” para “la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores”.⁴⁹

Cabe preguntarse si la defensa de esos intereses legítimos pasa por el derecho a hacer huelga, como considera parte de la doctrina, como Tara J. Melish, especialista autorizada en materia de derechos sociales. Es el caso *Huilca Tecse* lo que lleva a pensar así.⁵⁰ La Corte condenó a Perú por la violación de los artículos 4 —derecho a la vida— y 16 —libertad de asociación— como consecuencia del asesinato del líder sindical peruano más relevante de la escena política y social a comienzos de los años noventa.⁵¹ A pesar del reconocimiento de responsabilidad llevado a cabo por el Estado, el juez interamericano decidió oportunamente consagrar algunas consideraciones jurisprudenciales a la importancia del derecho de asociación en materia sindical. Así, afirma que el Estado, siendo incapaz de prevenir o de responder de mane-

⁴⁷ TEDH, *Le Compte, Van Leuven et De Meyer vs. Belgium*, sentencia de 23 de junio de 1981, Serie A, núm. 43.

⁴⁸ TEDH, *Sørensen y Rasmussen vs. Denmark*, Gran Sala, sentencia de 11 de enero de 2006, párr. 75.

⁴⁹ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, *supra*, párr. 158.

⁵⁰ Pérez, Olga Lucía y Amato, Victoria, “Pedro Huilca Tecse y los derechos de los trabajadores en el Perú”, en *Revista CEJIL*, año II, núm. 3, diciembre de 2007, pp. 100-105.

⁵¹ Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*, *supra*.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

ra apropiada a la ejecución extrajudicial de Pedro Huilca, había vulnerado la dimensión individual —en perjuicio de la víctima—, pero también la colectiva —en perjuicio de la sociedad en su conjunto— del derecho a la libertad sindical. Eso suponía de nuevo utilizar la teoría de la “doble dimensión” de los derechos, que como ya se sabe, también es utilizada particularmente en materia de libertad de expresión.⁵²

El asesinato de este líder sindical tuvo, en efecto, repercusiones respecto a los otros integrantes del movimiento en Perú, quienes, aterrorizados por el asesinato, pudieron temer por su vida. Por consiguiente, la Corte derivó una obligación positiva en cabeza de los Estados consistente en “garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad sindical sin temor de que serán sujetos a violencia alguna”.⁵³ Este elemento fue confirmado y desarrollado en el caso *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz*, en el que el conflicto armado interno que Perú conoció entre 1980 y 2000 constituía de nuevo el telón de fondo de un asunto relativo al arresto y la ejecución extrajudicial de dos dirigentes sindicales del sector minero.⁵⁴ En este caso, la Corte consideró que “de la libertad de asociación también se derivan obligaciones positivas de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones de dicha libertad. Estas obligaciones positivas deben adoptarse, incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita”.⁵⁵ El efecto horizontal de la Convención Americana despliega aquí todos sus consecuencias, lo que resulta fundamental para extender la eficacia convencional, particularmente cuando el ataque a la vida de los sindicalistas es llevado a cabo, como en el caso, por

⁵² Burgogue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 2008, pp. 564-605. Para una actualización, véase la traducción inglesa del libro, *The Inter-American Court of Human Rights. Case-Law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 886.

⁵³ Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Perú*, *supra*, párr. 77.

⁵⁴ Corte IDH. *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C, núm. 167.

⁵⁵ *Ibidem*, párr. 144.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

comandos paramilitares. La obligación de abrir una investigación de manera efectiva acerca de “los crímenes contra dirigentes sindicales” es particularmente importante ya que, según la Corte, el incumplimiento negligente por parte del Estado tiene un “efecto amedrentador que impide el ejercicio libre de los derechos sindicales”.⁵⁶ Cuando la ausencia de investigación repercute sobre la dimensión colectiva de la libertad sindical...

Tratándose de la dimensión individual de la libertad de asociación, la Corte considera en el asunto *Huilca Tesce* que “la libertad de asociación en materia sindical no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a la formación de sindicatos, sino que incluye igualmente y sobre todo de manera indisociable *el derecho de utilizar todos los medios apropiados para ejercer esta libertad*”⁵⁷ (cursivas añadidas). Este pasaje final es fundamental, puesto que permite pensar que el derecho a la huelga se encuentra incluido entre los “medios apropiados”. La cuestión de saber si está protegido por el sistema convencional americano no se plantearía con tanta agudeza si una lectura estricta del Protocolo de San Salvador no viniese a arrojar cierta duda. En efecto, la competencia de la Corte desde el punto de vista de este Protocolo no vale más que para el párrafo 1.a del artículo 8 relativo al derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y afiliarse a aquellos de su elección. Esto resulta de una lectura estricta del artículo 19.6, que prevé la competencia de la Corte. Ahora bien, el derecho de huelga en sí se encuentra mencionado en el párrafo

⁵⁶ *Ibidem*, párrs. 146 y 148.

⁵⁷ Corte IDH. *Caso Huilca Tesce vs. Perú*, *supra*, párr. 70: “En su dimensión individual, la libertad de asociación, en materia laboral, no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad. Cuando la Convención proclama que la libertad de asociación comprende el derecho de asociarse libremente con fines «de cualquier [...] índole», está subrayando que la libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de asociarse representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga. De ahí la importancia de la adecuación con la Convención del régimen legal aplicable a los sindicatos y de las acciones del Estado, o que ocurran con tolerancia de este, que pudieran hacer inoperante este derecho en la práctica”.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

1.b del artículo 8, que se encuentra, por tanto, en principio excluido de la competencia de la jurisdicción de San José, así como los párrafos 2 y 3 del artículo 8 que conciernen, respectivamente, a las restricciones legítimas a la libertad sindical y a la libertad negativa de asociación. A pesar de que estos elementos podrían militar en favor de una competencia restrictiva de la Corte Interamericana, otros, por el contrario, llevan a pensar que esta será audaz. Basta referirse a la que integra la libertad negativa de asociación como parte del artículo 16⁵⁸ y la manera categórica con la que en lo sucesivo afirma que “el ámbito de protección del artículo 16.1 incluye el ejercicio de la libertad sindical”.⁵⁹ ¿Estos elementos permiten o no considerar que ocurre lo mismo con el derecho de huelga? ¿Será, algún día, considerado como un “medio apropiado” para ejercer la libertad de asociación? Por el momento, si la Corte en su opinión consultiva 22 ha expresamente recordado, con fundamento en el Protocolo de San Salvador, que no era competente para examinar casos donde el derecho a la huelga haya sido violado, tomó la precaución, y esto no es anodino de afirmar que los Estados, conforme al artículo 1 del mismo Protocolo, “deben adoptar las medidas necesarias con miras a lograr en forma progresiva la efectividad plena de este derecho”.⁶⁰ En todo caso, es importante señalar que, en el misma opinión consultiva, la Corte dio un amplio alcance al artículo 8.1.a del Protocolo al afirmar que “el derecho que la norma consagra a favor de los trabajadores constituye un marco a través del cual se generan derechos más específicos en cabeza de los sindicatos, las federaciones y confederaciones como sujetos de derechos autónomos, cuya finalidad es permitirles ser interlocutores de sus

⁵⁸ Véase lo relativo al *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, *supra*.

⁵⁹ Corte IDH. *Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú*, *supra*, párr. 144. Véase también Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, *supra*, párr. 157.

⁶⁰ Corte IDH, Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador), opinión consultiva OC-22/16, 26 de febrero de 2016, Serie A, núm. 22, párr. 104.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

asociados, facilitando a través de esta función una protección más extensa y el goce efectivo del derecho de los trabajadores”.⁶¹

2.1.4. *El derecho a la propiedad*

En cuanto al derecho de propiedad, sabemos que es calificado como “natural e imprescriptible” por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (art. 2), y que su naturaleza es todavía fuente de controversias en el seno de la doctrina. El Sistema Europeo no lo reconoció sino hasta 1952, con ocasión de la adopción del Primer Protocolo Adicional a la Convención Europea, que lo contempla en su artículo 1. Al respecto, debe señalarse que sus promotores no tuvieron éxito en alcanzar un acuerdo en 1950 para incluirlo entre los primeros derechos garantizados, puesto que este era percibido como un conjunto de derechos económicos y muy pronto se decidió que la Convención Europea no consagraría más que derechos civiles y políticos... En el continente americano, aunque este derecho fue consagrado directamente en el corazón de la Convención Americana (art. 21), la dualidad del derecho de propiedad no es menos real. No obstante, eso no ha impedido que la Corte haya establecido los criterios para protegerlo, ampliando de manera considerable su campo de aplicación. La afirmación de la existencia y de la necesidad de proteger la propiedad colectiva o “comunitaria” es, sin duda alguna, el elemento más innovador de su jurisprudencia. El juez interamericano de derechos humanos ha desarrollado a través de esta vía el derecho de las comunidades indígenas a la propiedad ancestral de sus tierras, tierras fuertemente ligadas a su modo de vida tradicional y a sus medios de subsistencia. Esto ha conducido, en consecuencia, a proteger ciertos derechos sociales como la salud, la educación y la cultura, a través de los artículos 4 —derecho a la vida—, 5 —derecho a la integridad—, 19 —derechos del niño— o incluso 21 de la Convención.⁶²

⁶¹ *Ibidem*, párr. 92.

⁶² *Ad ex.*, Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

El vector del derecho de propiedad no solo ha beneficiado a las comunidades indígenas, sino que también ha sido utilizado por la Corte para proteger los derechos de los trabajadores, en particular el derecho a la jubilación. Los “*Cinco Pensionistas*” es el asunto de referencia en la materia.⁶³ Las consecuencias y los efectos de esta sentencia fueron, y son todavía, objeto de controversias en relación con los “derechos adquiridos” en la jubilación. En esta decisión, la Corte de San José consideró de forma lógica que “Si bien el derecho a la pensión *nivelada* es un derecho adquirido, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados” (cursivas añadidas).⁶⁴ Este extracto debe ser interpretado en el marco de las restricciones “legítimas” que todo Estado puede aplicar en el ejercicio de un derecho garantizado que no sea un derecho absoluto. La Corte lo recuerda mencionando dos disposiciones específicas: el artículo 5 del Protocolo de San Salvador —que trata de los límites al disfrute y al ejercicio de los derechos sociales— y el artículo 21 de la Convención presentado como argumento final. “En toda y cualquier circunstancia, si la restricción o limitación afecta el derecho a la propiedad, esta debe realizarse, además, de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 21 de la Convención Americana”.⁶⁵ Eso supone asegurar un necesario margen de apreciación en beneficio de los Estados, que no deben disponer del mismo de forma arbitraria. Los países de América Latina viven todavía situaciones políticas y sociales delicadas. Así, en Perú, el gobierno reformó la legislación relativa a las pensiones en vigor como consecuencia de la condena de la Corte de San José. La reforma tuvo, sin embargo, como propósito

Serie C, núm. 125; y Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146.

⁶³ Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, *supra*.

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 116.

⁶⁵ *Idem*.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

reducir, e incluso eliminar, la teoría de los derechos adquiridos, ¡muy onerosa para el Estado! Cuando el enunciado de los límites al derecho de propiedad permite así poner en cuestión la efectividad de una condena.

2.2. Los derechos procedimentales

Los artículos 8 y 25 de la Convención Americana consagran respectivamente el derecho a “garantías judiciales” y a la “protección judicial”. En realidad, hacen referencia a lo que en Europa se denomina el derecho a un proceso equitativo y el derecho a un recurso efectivo (respectivamente los arts. 6, párr. 1, y 13 de la Convención Europea). La jurisprudencia interamericana es enormemente rica en lo que respecta a estas cuestiones. No existe un solo asunto que le sea sometido a la Corte en el que las peticiones no mencionen esas dos disposiciones, que son generalmente combinadas con la violación de los artículos 1 —obligación de respetar los derechos— y 2 —deber de adoptar disposiciones de derecho interno—. De la misma forma que en el Sistema Europeo de garantía de los derechos (donde el art. 6.1 es una de las disposiciones más invocadas) el “derecho al juez” aparece como consustancial a las democracias hasta el punto de que el artículo 27.2 no autoriza la suspensión de las garantías “indispensables” para la protección de los derechos. Los principios que la Corte Interamericana ha deducido desde sus primeras opiniones consultivas⁶⁶ son tanto más importantes, puesto que ayudan a reformar completamente los sistemas judiciales nacionales. La independencia y la imparcialidad de las jurisdicciones judiciales; la publicidad, la efectividad, la celeridad en el examen de los recursos y el desarrollo del proceso son elementos estructurales para las jóvenes democracias latinoamericanas. Ahora, para que los valores encarnados por el Pacto de San José estén vivos en el

⁶⁶ Corte IDH, El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987, Serie A, núm. 8; y Corte IDH, Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987, Serie A, núm. 9.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

seno de las Américas, hacen falta órganos jurisdiccionales sólidos. La jurisprudencia interamericana participa en el establecimiento de los ejes de esta solidez deduciendo algunos principios fundamentales. Este aspecto es más importante si se tiene en cuenta que el Sistema Interamericano no tiene verdaderamente como vocación juzgarlo todo. Su naturaleza de sistema subsidiario⁶⁷ induce a que pueda contar con la colaboración de los jueces nacionales. Pero estos deben actuar en el marco de estructuras judiciales que garanticen los elementos esenciales de una justicia adecuada. El caso *Apitz Barbera* es sintomático de la importancia de estas cuestiones en Estados en los que el equilibrio democrático continúa siendo frágil y en los que la independencia e imparcialidad de la jurisdicción pueden ser, rápidamente, las primeras víctimas de una “presidencialización del régimen”.⁶⁸

⁶⁷ Sobre el principio de subsidiariedad en general, véase Carozza, Paolo G., “Subsidiarity as a structural Principle of International Human Rights Law”, en *American Journal International Law*, vol. 38, 2003, pp.78-79.

⁶⁸ Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, núm. 182. Este caso asunto encuentra su origen en la destitución de tres miembros de la “Corte Primera de la Contencioso-Administrativo”, por haber cometido un error de derecho acordando un amparo cautelar que tuvo como consecuencia la suspensión de los efectos de un acto administrativo. Venezuela fue condenada por la violación de algunas de las garantías previstas en el art. 8.1. La falta de imparcialidad del órgano que procedió a la destitución de los magistrados fue cuestionada. Correspondía a la Corte preguntarse si el hecho de no poder revocar a los jueces de la instancia disciplinaria era contrario a la exigencia de imparcialidad mencionada en el art. 8.1 (párr. 62). La Corte, tras haber estimado que “la recusación es un instrumento procesal destinado a proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial” (párr. 64), continuó afirmando que si “no hay prueba que indique que el Estado haya desconocido el derecho de las víctimas a ser juzgadas por un tribunal imparcial, pero sí está demostrado que su legislación y jurisprudencia impidieron solicitar que la imparcialidad de su órgano juzgador fuera revisada. Dicho de otro modo, no está demostrado el incumplimiento del deber de respeto del derecho, sino la falta de garantía del mismo” (párr. 66). Tratándose de la *independencia* del poder judicial, la Corte consideró *in casu* —sobre la base de los elementos de prueba de que disponía—, que no se podía considerar que el conjunto de aparato judicial venezolano sufriese una falta de independencia (párr. 108). Sin embargo, la Corte estimó —de nuevo *in casu*— que las tres víctimas no pudieron beneficiarse de

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

Además de constituir el almacén democrático de cualquier Estado, el derecho al juez constituye igualmente uno de los vectores de protección de los derechos sociales. El caso *Baena Ricardo* es ejemplo de ello. Este caso se refirió al despido masivo de 270 funcionarios que habían participado en una serie de manifestaciones contra el gobierno. Este último decidió aplicar retroactivamente una ley que sometía a esas personas a la competencia de las autoridades administrativas, con lo que les privaba de las vías de derecho específicas para los litigios nacidos en el marco de las relaciones laborales. La Corte enunció en esa ocasión que “es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber”.⁶⁹ El Estado se encuentra así confrontado en cualquier ámbito, incluido el laboral, al límite esencial del respeto de los derechos humanos. El caso *Acevedo Jaramillo* hubiera podido ser “banal”, puesto que se refería en particular a la no ejecución por el Estado peruano de las sentencias dictadas por instancias judiciales nacionales. Así, por haber negado a los demandantes el derecho a un recurso efectivo, la violación del artículo 25 de la Convención fue el argumento principal de los peticionarios. Sin embargo, las consecuencias particularmente graves sobre los derechos laborales son tomadas en cuenta a lo largo de las consideraciones de la Corte. Aquí, la interacción entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos es especialmente importante toda vez que el respeto de los primeros sirvió de base indirecta para medir el impacto sobre los segundos, concretamente el respeto de las garantías judiciales. Por ello, la Corte declaró en este asunto que el Estado había violado el artículo 25.1 y 2.c, combinados con el artículo 1.1 del Pacto de San José, teniendo en cuenta las serias consecuencias sobre “los derechos laborales” en el momento de establecer las reparaciones.⁷⁰

un juicio establecido por un órgano suficientemente independiente (párrs. 147-148). Sobre la problemática de la independencia de la justicia, véase el muy minucioso análisis de Ayala Corao, Carlos, “La independencia de la justicia y los procesos constituyentes en la región andina”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 131, 2008, p. 41.

⁶⁹ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, *supra*, párr. 127.

⁷⁰ Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, *supra*, párr. 278.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

Los casos peruanos ponen perfectamente de relieve el hecho de que la violación del derecho al juez puede tener consecuencias “patrimoniales” —en general, usualmente adversas— y afectar indirectamente los derechos de los trabajadores. En otras palabras, una violación de la obligación de ejecutar las decisiones de la justicia (fijada por el art. 25.2.c de la Convención Americana) puede conllevar una violación del derecho de propiedad (protegido por el art. 21 de la misma) que, como se sabe, es interpretado de manera amplia por la Corte de San José,⁷¹ como de hecho hace su homóloga de Estrasburgo. Los casos “*Cinco Pensionistas*”,⁷² y *Acevedo Buendía*⁷³ demuestran lo anterior. Estos casos se refirieron a la no ejecución, por parte del Estado peruano, de varias decisiones de la justicia nacional —incluyendo fallos del Tribunal Constitucional de Lima— que protegían el derecho a la pensión consagrado en el ordenamiento jurídico interno, a nivel constitucional y legislativo. Mientras que el gobierno peruano había disminuido arbitrariamente, con decretos leyes, el monto de las pensiones de personas que se habían desempeñado en la función pública; el juez nacional había decidido su inconstitucionalidad y, por ende, la inaplicabilidad de las disposiciones adoptadas por el ejecutivo. No obstante, las decisiones del guardián de la Constitución peruana, que buscaban que la pensión de los funcionarios retornara a los niveles que nunca debió haber perdido, no fueron aplicadas por el Estado. En este delicado contexto, político y jurídico, la Corte Interamericana recalcó varias veces que el derecho a la pensión, generado por cotizaciones regulares pagadas por personas afiliadas a organismos de seguridad social,

⁷¹ De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte de San José, el derecho a la propiedad comprende “el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona”. Véase, Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiquez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 170, párr. 174; y Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008, Serie C, núm. 179, párr. 55.

⁷² Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, *supra*.

⁷³ Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, *supra*.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

tenía “efectos patrimoniales”⁷⁴ que, como tales, se encontraban protegidos por el artículo 21 del Pacto de San José. De esta forma, la no ejecución de las decisiones de la justicia nacional que tenían por objeto hacer efectivo el derecho a la pensión, no solamente implica una violación del artículo 25.2.c de la Convención, sino que también una violación del artículo 21 de la misma.⁷⁵ Así, la protección indirecta de los derechos sociales se conjuga con su protección específica que deriva del Protocolo de San Salvador.

Se ve, entonces, cómo el recurso a los derechos civiles y políticos ha sido un vector omnicomprensivo, pertinente y eficaz para abordar la protección de los derechos sociales. Sin embargo, en la medida en que la jurisprudencia fue profundizando en la materia, dicho vector fue complementado por la utilización del Protocolo de San Salvador y el artículo 26 de la Convención.

3. UNA PROTECCIÓN ESPECÍFICA SOBRE LA BASE DEL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR

La protección específica se desprende de la redacción del artículo 19.2 del Protocolo de San Salvador. Dicho artículo permite la aplicación del sistema de petición individual (tal como fue reglamentado por los arts. 44-51 y 61-69 de la Convención Americana) cuando un caso permita observar la violación del artículo 8.1 relativo a los derechos sindicales o el artículo 13 relativo al derecho a la educación. Un caso en particular puso en evidencia el uso del Protocolo de San Salvador: el fallo *Gonzales Lluy*.⁷⁶ Este es original, puesto que la Corte, por un lado, continua utilizando el vector de los derechos civiles y políticos (arts. 4 y 5 de la Convención) para proteger el derecho a la vida y salud (véase *supra*) y, por otro lado, se trata del primer caso en la historia del Tribunal Interamericano en el que el derecho a la educación pro-

⁷⁴ Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, *supra*, párr. 103 y Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, *supra*, párr. 85.

⁷⁵ Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, *supra*, párrs. 115 y 121 y Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, *supra*, párr. 91.

⁷⁶ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador*, *supra*.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

tegido por el Protocolo de San Salvador fue invocado y declarado vulnerado con respecto a la peticionaria⁷⁷ quien, en este caso, fuera expulsada a los cinco años de una escuela pública —expulsión amparada por el poder judicial— por temor a que pudiese contagiar a sus compañeros de clase del VIH que había contraído en una transfusión de sangre.

Los argumentos de la Comisión y de los representantes de la víctima pusieron en evidencia que el derecho a la educación había sido infringido por la expulsión de la escuela, ya que perpetuó un tratamiento discriminatorio y estigmatizador de las personas infectadas por el virus del SIDA (párrs. 230-231). El artículo 1.1 de la Convención desempeñó aquí un rol central. Después de recordar lo que lo distinguía del artículo 24, luego de que los representantes de las víctimas hubieran alegado, erróneamente, con fundamento a esta disposición,⁷⁸ la Corte argumentó a partir del artículo 1.1, al considerar que los portadores del virus del SIDA eran sujeto de la protección allí reconocida. Se sabe, en efecto, que la serie de motivos de no discriminación contenidas en la disposición citada es de naturaleza “abierta”, al terminar con la precisión de “otra condición social”,⁷⁹ lo que permitió incluir al amparo de esta disposición lo relativo a la seropositividad. La Corte presentó, además, las consecuencias jurídicas derivadas de este avance: la obligación de activar un control judicial estricto de los motivos de no discriminación, lo que con apoyo en la jurisprudencia de jurisdicciones internas —como la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, Argentina, Costa Rica y la Corte Constitucional de Colombia— denominó “juicio estricto de igualdad”.⁸⁰ En este contexto, la Corte Interamericana recordó la importancia de efectuar un examen riguroso y exhaustivo de las restricciones de los derechos con miras a verificar si las autoridades internas, sobre las cuales pesa la carga de la prueba, están en capacidad de demostrar que existían elementos suficientemente serios para justificar el trato diferenciado y que no había ni fina-

⁷⁷ *Ibidem*, párr. 291.

⁷⁸ *Ibidem*, párr. 243.

⁷⁹ *Ibidem*, párr. 255.

⁸⁰ *Ibidem*, párr. 256.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

lidad ni efecto discriminatorio. Resulta interesante destacar, en este momento, que conforme a otros fallos, como el producido en el marco del caso *Kimel*⁸¹ en materia de libertad de expresión, la Corte decidió acudir a una herramienta —la proporcionalidad— que como se sabe se ha convertido en “lengua común” de numerosas cortes constitucionales⁸² y regionales.⁸³

Luego de establecer el marco teórico de su análisis, la Corte examinó de manera precisa el contexto social y jurídico que originaba la exclusión escolar de Talía.⁸⁴ Es interesante constatar que la evaluación sobre la necesidad de la medida cuestionada se realizó a la luz de varios de los criterios desarrollados en el campo de la educación y la salud por parte de dos órganos convencionales, el Comité de Derechos Económicos y Sociales y el Comité sobre los Derechos del Niño.⁸⁵ El primer elemento que la Corte resalta se refiere a la exigencia de adaptabilidad en el campo educativo cuando el cuerpo profesoral se ve confrontado a niños portadores del VIH. No obstante, omitiendo dicha exigencia, las autoridades ecuatorianas no tomaron medidas para combatir los prejuicios asociados a la situación médica de la peticionaria.⁸⁶ Igualmente, la Corte recordó que era inadmisibles fundar una decisión como la exclusión de una niña de cinco años de la escuela en elementos abstractos y desprovistos de evaluaciones concretas. En otros términos, “las especulaciones, presunciones o estereotipos sobre los riesgos de ciertas enfermedades particularmente cuando reproducen el estigma entorno a las mismas”⁸⁷

⁸¹ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C, núm. 177.

⁸² Cartabia, M., “Le principe de proportionnalité, langage commun des Cours constitutionnelles”, en Alen, A.; Spreutels, J.; Lavrysen, L.; Nihoul, P.; Peremans, E.; Renaud, B.; Theunis, J. y Verrijdt, W. (dirs.), *Cour constitutionnelle 1985-2015*, Bélgica, La Charte, 2016, pp. 105-116.

⁸³ Sudre, F., “Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l’homme: de quoi est-il question?”, en *JCP*, 13 mar 2017, pp. 502-513).

⁸⁴ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador*, *supra*, párrs. 260 y ss.

⁸⁵ *Ibidem*, párr. 264.

⁸⁶ *Ibidem*, párr. 263.

⁸⁷ *Ibidem*, párr. 264

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

no son admisibles como justificación de tratos diferenciados. El segundo elemento se refiere a la obligación, en cabeza de las “instituciones educativas”, de proporcionar un ambiente que acepte y celebre la diversidad humana de la que la discapacidad es “una manifestación inagotable”.⁸⁸

El elemento más llamativo del análisis de la Corte Interamericana en el caso *Gonzales Lluy* es el relativo a la referencia a la interseccionalidad de la discriminación⁸⁹ que, de hecho, es resaltada en la opinión separada del juez Ferrer Mac-Gregor.⁹⁰ En este caso, la Corte Interamericana puso de relieve el hecho de que la discriminación contra Talía se encontraba asociada a una serie de factores relacionados con su sexo —mujer—, su enfermedad —portadora del VIH—, su discapacidad, su edad —menor— y a su estatus social —pobreza—. Conjunto de elementos que la hacían vulnerable y que agravaron los daños por ella sufridos (párr. 285). En el párrafo 290, la Corte presentó el panorama general mencionando expresamente la combinación de factores múltiples de vulnerabilidad de “forma intersectorial múltiple”. El argumento de la Corte resalta que es de la *interacción* entre los múlti-

⁸⁸ *Ibidem*, párr. 284.

⁸⁹ *Ibidem*, párrs. 285-291.

⁹⁰ Se sabe que los trabajos académicos sobre la cuestión son numerosos y que han iniciado por los proponentes de la literatura feminista afroamericana y fueron posteriormente retomados por especialistas anglosajones del derecho de los derechos humanos en general. Se puede considerar que aquí, una vez más, la Corte Interamericana fue pionera, puesto que su homólogo europeo, hasta hoy, no se ha interesado verdaderamente por la cuestión de la interseccionalidad. En 2012, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos habría podido desarrollar un análisis profundo sobre la “discriminación multifactor”, tal como lo invitaban los intervinientes, en el caso *B.S.*, en el que una joven prostituta africana fue maltratada por la policía (TEDH, *B.S. vs. Spain*, 24 de julio de 2012). Pero el Tribunal no se pronunció. En 2017, aunque se avanzó un poco en la consideración de nuevos esquemas analíticos propios de la doctrina sobre los estereotipos (TEDH, *Carvalho da Pinto de Sousa Morais vs. Portugal*, 25 de julio de 2017; Véase Burgorgue, Laurence, *AJDA*, 25 de septiembre de 2017, p. 1769), no se comprometió a efectuar una evaluación profunda de la interseccionalidad. Dicho de otra forma, por el momento no se encuentra una decisión emblemática de la Gran Sala que fije, para Europa, la manera en la que se debe interpretar la interseccionalidad de la discriminación.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

plés factores de vulnerabilidad —portadora del VIH, niña, mujer y pobre— que emana la discriminación multifactorial.

Actualmente, es pertinente preguntarse por el destino contencioso del Protocolo de San Salvador. En efecto, partiendo de la base del cambio de interpretación del artículo 26 y la “autonomización” subsecuente de varios derechos sociales (véase *infra*), ¿continuará siendo invocado por los peticionarios?

4. UNA PROTECCIÓN ORIGINAL A TRAVÉS DEL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

A la protección indirecta y la protección específica de los derechos económicos y sociales se suma hoy una protección original a través del artículo 26 de la Convención Americana. Después de un comienzo caótico, en el que el artículo 26 fue descartado judicialmente (4.1.), en la actualidad se anuncia el comienzo de una nueva era, extremadamente prometedora, donde el alcance y el sentido de esta disposición han tomado un giro manifiestamente revolucionario, puesto que la justiciabilidad del artículo 26 es, desde hace poco, aceptada (4.2.).

4.1. El descarte judicial del artículo 26 de la CADH

Según el artículo 26 de la Convención, que lleva por título “Desarrollo progresivo” (siendo la única disposición incluida en el capítulo III, que lleva a su vez por título “Derechos económicos, sociales y culturales”), “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” (cursivas añadidas).

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

La redacción del artículo 26 ha suscitado siempre importantes *disputatio* doctrinales, marcadas todas ellas por la idea de la imprecisión normativa de tal disposición, que no hace sino acentuar el carácter jurídicamente ambiguo de los derechos sociales. El célebre jurista uruguayo Hector Gross Espiell criticó su “debilidad” normativa, así como su carácter “superfluo”,⁹¹ si se tiene en cuenta la protección que resulta de la combinación de la Carta de la OEA, tal como fuera reformada por el Protocolo de Buenos Aires⁹² y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.⁹³ Por su parte, Víctor Rodríguez Rescia puso de relieve, de manera más clásica, el carácter impreciso de los derechos sociales al calificarlos como “derechos programáticos”.⁹⁴

El artículo 26 engendra todavía más perplejidad en relación con el principio de progresividad que menciona. Esta noción no es desconocida en el universo del derecho internacional y más específicamente en el del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Se sabe que a la luz de dicho pacto se han instaurado estándares de evaluación (*i.e.*, de *monitoring*) en términos de progresividad y no regresividad. Estos se materializan con la presentación periódica de informes por parte de los Estados al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Es a través de dos importantes textos como el citado Comité ha precisado la naturaleza y la extensión de las obligaciones de los Estados en el marco del Pacto. El artículo 26 es, entonces, la manifestación, a escala interamericana, del principio de progresividad que, en sí mismo, no puede servir de una base jurídica “justiciable”, en la medida en que los estándares de progresividad y de no regresividad no son susceptibles de control por el juez,

⁹¹ Gros Espiell, H., “La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l’homme: analyse comparative”, en *Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, vol. 218, 1989, p. 291.

⁹² En particular, las referencias contenidas en los arts. 2 y 17 de la Convención Americana.

⁹³ Esta enuncia el derecho a la salud, art. XI; el derecho a la educación, art. XII; el derecho a los beneficios de la cultura, art. XIII; el derecho al trabajo, art. XIV, y el derecho a la seguridad social, art. XVI.

⁹⁴ Rodríguez Rescia, Víctor, *Los derechos económicos sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano: mecanismos para su protección*, San José, Costa Rica, IIDH, 2004, p. 1.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

sino más bien por los órganos del Sistema Interamericano, empezando por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Lo que el juez puede hacer es utilizar los logros del principio de no discriminación o extraer todas las consecuencias de la obligación de adoptar las medidas precisas. Esta obligación era, por otra parte, claramente expuesta por el Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al exponer los principios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y afirmar que,

si bien el Pacto [*internacional de derechos económicos, sociales y culturales*] preveía efectivamente que el ejercicio de los derechos deberá ser asegurado progresivamente y reconocía las obligaciones resultantes del carácter limitado de los recursos disponibles, imponía también diversas obligaciones con efecto inmediato, de las que dos son particularmente importantes para comprender la naturaleza precisa de las obligaciones de los Estados partes. Una obligación [...] es que los Estados partes “se comprometen a garantizar” que los derechos considerados “serán ejercidos sin discriminación”. [...] La otra obligación reside en el hecho de que conforme a los términos del párrafo 1 del artículo 2, los Estados se comprometen a adoptar medidas, obligación que, en sí misma, no se encuentra matizada o limitada por otras consideraciones.⁹⁵

Adicionalmente, si bien la cuestión de la “progresividad” fue objeto de numerosas discusiones doctrinales —puesto que los derechos sociales generan sistemáticamente numerosos “mitos”—,⁹⁶ la misma no ha sido abordada de manera general por la Corte de San José. Durante mucho tiempo, hasta la decisión del 1 de julio de 2009, el único análisis del artículo 26 de la Convención —sucinto y generador de numerosos interrogantes— provino de la sentencia de los “*Cinco pensionistas*”.⁹⁷ Tanto la Comisión como los representantes de las víctimas alegaban la violación del artículo 26, dado que —desde su punto de vista— el Estado, al modificar los modos de cálculo de las pensiones, no había respetado

⁹⁵ Comité DH, La naturaleza de las obligaciones de los Estados partes (art. 2, párr. 1 del Pacto), observación general 3, 14 de diciembre de 1990, párr. 9.

⁹⁶ Mejía R., Joaquín A., “Cinco mitos sobre los DESC”, en *Revista CEJIL*, año II, núm. 3, sep, 2007, pp. 58-69.

⁹⁷ Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, *supra*.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

la obligación resultante del principio de progresividad: la prohibición de toda regresión en materia económica y social. A este argumento, la Corte respondió con un *dictum* particularmente ambiguo y, para algunos, notablemente peligroso y regresivo.⁹⁸ La Corte afirmó:

Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente *cobertura* de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, *sobre el conjunto de la población*, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.⁹⁹ (cursivas añadidas)

Para el juez de Roux Rengifo, la Corte se había equivocado subordinando al “test del artículo 26 las actuaciones de los Estados que afectan al conjunto de la población”.¹⁰⁰ Según él, la Corte confundía la función de *monitoring* de los derechos —que corresponde a la Comisión Interamericana— y la función judicial que es la propia de la Corte y que no está en absoluto subordinada a la existencia de un número preciso y determinado de personas que hayan visto vulnerados sus derechos. Para Tara Melish, si el párrafo 147 de la sentencia de los “*Cinco Pensionistas*” es una “catástrofe”, es porque confunde efectivamente las dos funciones, complementarias pero distintas, de *monitoring*, por un lado, y de control contencioso, por otro. Ahora bien, si la Corte se ha equivocado es porque habría sido inducida al error por los argumentos de la Comisión y de los representantes de las víctimas que, a propósito, se basaron equivocadamente sobre el trabajo realiza-

⁹⁸ Melish, Tara J., “A Pyrrhic Victory for Peru’s Pensioners: Pensions, Property, and the Perversion of Progressivity”, en *Revista CEJIL*, núm. 1, 2005, pp. 51-65.

⁹⁹ Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, *supra*, párr. 147.

¹⁰⁰ Último párrafo de la opinión concordante de Carlos Vicente de Roux Rengifo a la sentencia de la Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, *supra*.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

do a escala universal en relación con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales desde hace más de treinta años. Cabe preguntarse si estas críticas fueron escuchadas por la Comisión y la Corte. Así lo parece, dado que los asuntos posteriores en los que cuestionaban derechos de los trabajadores demuestran una moderación argumentativa de buena ley, al menos por parte de la Comisión. Esta no invocó la violación del artículo 26 en el caso de los *Trabajadores cesados del Congreso*¹⁰¹ ni en el caso *Acevedo Jaramillo*.¹⁰² Tal actitud de *self restraint* argumentativo no fue la opción estratégica elegida por los representantes de las víctimas. Plantear, por ejemplo, la violación de la obligación de progresividad respecto del derecho a la seguridad social previsto en el artículo 45 de la Carta de la OEA¹⁰³ o solicitar que la reglamentación y la jurisprudencia internacional sean tenidas en consideración “a fin de precisar el alcance y el contenido” del derecho del artículo 26,¹⁰⁴ fueron estrategias procesales que les llevaron *in fine* hacia un *impasse*. En los dos casos aludidos, la Corte rechazó esas pretensiones. El rechazo fue tajante en el caso *Acevedo Jaramillo*: “La Corte no analizará la alegada violación al artículo 26 de la Convención porque ya se refirió a las graves consecuencias que tuvo el incumplimiento de las sentencias en el marco de los derechos laborales amparados en aquellas”¹⁰⁵ y no menos implacable en el caso de los *Trabajadores Cesados del Congreso*. La Corte explicó *expressis verbis* que tras haber tenido en cuenta los derechos de las víctimas desde el ángulo de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, era “consciente de que las violaciones a dichas garantías necesariamente tuvieron consecuencias perjudiciales para las presuntas víctimas, en tanto que cualquier cese tiene consecuencias en el ejercicio y goce de otros derechos propios de una relación

¹⁰¹ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 158.

¹⁰² Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, *supra*.

¹⁰³ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, *supra*, párr. 134.

¹⁰⁴ Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, *supra*, párr. 283.a.

¹⁰⁵ *Ibidem*, párr. 285.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

laboral”.¹⁰⁶ Sin embargo, relegó el examen de sus “consecuencias” a la etapa de las reparaciones. El recurso a las reparaciones resulta aquí de capital importancia. La Corte de San José pone de relieve, una vez más, toda la originalidad del Sistema Interamericano que beneficia, *in casu*, a los trabajadores. Además de las indemnizaciones pecuniarias —a menudo bastante elevadas, como en el caso de los “*Cinco Pensionistas*”— la violación de los derechos de los trabajadores ha permitido a la Corte pronunciarse sobre la *restitutio in integrum*, una reparación cuya aplicación se sabe difícil, o incluso imposible, a la luz de las violaciones graves y sistemáticas del derecho a la vida a las que el Sistema Interamericano se enfrenta desde hace años. La Corte desarrolla en toda su amplitud la noción de *restitutio* exigiendo del Estado no solo cambios legislativos y jurídicos importantes, tales como la creación de un órgano independiente e imparcial para evaluar los despidos de los trabajadores del Congreso peruano,¹⁰⁷ sino también la adopción de medidas imponiendo el reintegro de las personas indebidamente despedidas en sus puestos de trabajo, llegando incluso hasta exigir al Estado que ofrezca a esas personas “alternativas de empleo que respeten las condiciones, los salarios y las remuneraciones que [los empleados] tenían en el momento de ser despedidos”.¹⁰⁸ Medidas, por tanto, que imponen a los Estados una carga notablemente más pesada que la que enfrentan en el marco de la protección de los derechos civiles y políticos más comunes.

Aunque la etapa de las reparaciones ha permitido *in fine* que la situación de los peticionarios-trabajadores fuera tomada en cuenta, no se puede ocultar el hecho de que el caso de los “*Cinco Pensionistas*” no permitió tener una visión clara y definitiva del alcance del artículo 26. Afortunadamente, el asunto *Acevedo Buendía* y después el caso *Lagos del Campo* colmaron las lagunas analíticas y conceptuales anteriores.

¹⁰⁶ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, *supra*, párr. 136.

¹⁰⁷ *Ibidem*, punto 4 del dispositivo.

¹⁰⁸ Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, *supra*, punto 6 del dispositivo.

4.2. La justiciabilidad actual del artículo 26

La justiciabilidad del artículo 26 se produjo en varias etapas. El fallo *Acevedo Buendía* analizó las condiciones históricas de su elaboración y su ubicación en el texto de la Convención. La aproximación interpretativa utilizada por la Corte le permitió tomar posición sobre esta disposición (4.2.1). No fue sino en 2017, es decir, 38 años después de la instalación de la Corte en 1979 y ocho años después del caso *Acevedo Buendía*, que la Corte “cruzó el Rubicon” para afirmar, expresamente, la justiciabilidad del artículo 26 (4.2.2).

4.2.1. La apertura del caso *Acevedo Buendía*

El caso *Acevedo Buendía* hace parte de lo que se podría llamar las “grandes decisiones” de la Corte de San José, pues es la primera sentencia que toma posición *expressis verbis* sobre el alcance de “cláusula de progresividad”. Como hemos visto, si tal disposición fue mencionada en el caso de los “*Cinco Pensionistas*”, fue de manera muy breve y, además, generó muchos malentendidos y controversias doctrinales. La sentencia del 1 de julio de 2009 es todo lo contrario. Es una verdadera profesión de fe por parte de la Corte, ya que toma posición de manera unívoca acerca de esta importante cláusula. Tal opción metodológica estaba anunciada, de forma casi premonitrice, por el juez mexicano Sergio García Ramírez, quien, en su voto concurrente en el asunto “*Cinco Pensionistas*”, había anunciado el desarrollo casi inevitable de esta temática “actual y trascendental” del contencioso interamericano.¹⁰⁹ Ya es cosa hecha. Los hechos que originaron el fallo eran un “clásico” de los casos peruanos presentados ante la Corte de San José, ya que eran ampliamente similares a los del caso de los “*Cinco Pensionistas*”.

Los peticionarios, todos miembros de una Asociación que agrupaba los Cesantes y Jubilados de la Controlaría General del

¹⁰⁹ Voto concurrente razonado en la sentencia de los “*Cinco Pensionistas*”, punto 3: “Cabe suponer que la Corte podrá examinar esta relevante materia en el futuro. Habrá ocasión, pues, de subrayar de nueva cuenta la jerarquía de esos derechos, que no tienen menor rango que los civiles y políticos”.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

Perú,¹¹⁰ se quejaban del incumplimiento de dos fallos del Tribunal Constitucional peruano (de 21 de octubre de 1997 y de 26 de enero de 2001). Se trató de decisiones judiciales fundamentales para los peticionarios, ya que obligaban a la Contraloría a abonar una parte de la pensión de jubilación de los integrantes de la Asociación que habían visto cómo la cuantía de aquella había disminuido luego de la promulgación de unos decretos ley. Por un lado, la Comisión no invocó la violación del artículo 26, fundando su argumentación sobre la vulneración de los artículos 21 —derecho de propiedad— y 25 —protección judicial—. Por el otro lado, el artículo 26 combinado con el artículo 1, párrafo 1 fue al centro de la argumentación de los representantes de las víctimas. La novedad procesal¹¹¹ radicaba en la excepción preliminar *ratione materiae* presentada por el gobierno peruano, que rehusaba la competencia de la Corte para decidir a propósito de la violación del derecho a la seguridad social, que tanto el Convenio como el protocolo de San Salvador no protegía. La Corte desestimó tal excepción afirmando que tenía la *compétence de la compétence* para determinar el alcance de su propia competencia.¹¹² Añadiendo, como argumento subsidiario, que “puesto que el Perú es Estado Parte de la Convención Americana y ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte, esta es competente para decidir si el Estado ha incurrido en una violación o incumplimiento de alguno de los derechos reconocidos en la Convención, inclusive en lo concerniente al artículo 26 de la misma. Por lo tanto, el análisis de esta controversia, es decir, la determinación de si el Estado es responsable por el incumplimiento del artículo 26 de la Convención, se realizará en el capítulo de fondo de la presente Sentencia”.¹¹³

En una materia tan discutida y controvertida, la Corte fue muy clara al afirmar que “la regresividad resulta justiciable cuan-

¹¹⁰ En total se trataba de 273 personas. Véase Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, *supra*, párr. 4.

¹¹¹ Si la comparamos al *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, *supra*.

¹¹² Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, *supra*, párr. 16.

¹¹³ *Ibidem*, párr. 17.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

do de derechos económicos, sociales y culturales se trate”.¹¹⁴ Tal afirmación no fue acompañada, *in casu*, de una constatación de violación del artículo 26, pero el paso efectuado fue gigantesco. Para llegar a tal solución, utilizó —haciendo gala de su forma tan característica de interpretación acudiendo tanto la jurisprudencia europea como la “doctrina” del Comité Económico y Social— el método histórico y sistemático para estudiar las obligaciones que derivan del Pacto americano.¹¹⁵ Habrá que seguir con mucha atención la evolución de la jurisprudencia para ver si, en otro caso, la Corte será aún más audaz declarando la vulneración del artículo 26.

Si la Corte fue, en cierta forma, pionera con el fallo *Acevedo Buendía*, al ser la primera jurisdicción internacional en consagrar la justiciabilidad de la obligación de no regresividad impuesta a los Estados, su liderazgo judicial en esta materia se puso de manifiesto, con mayor agudeza, en el caso *Lagos del Campo*.

4.2.2. La revolución del fallo *Lagos del Campo*

Este caso se refiere al despido de un trabajador, por falta grave, luego de declaraciones públicas que había efectuado en su calidad de representante del personal. Un despido que las jurisdicciones internas, específicamente la jurisdicción suprema que revocó la decisión de primera instancia, avalaron con fundamentos cíclicos. Al ser despedido, el trabajador estaba en la imposibilidad de beneficiarse de una pensión y no encontraba un trabajo. Su vida familiar y su salud se vieron afectadas.¹¹⁶ El Estado peruano fue condenado, con una votación de 5 contra 2, por haber infringido, por un lado, el derecho a la “estabilidad laboral” reconocido por el artículo 26 (combinado con los arts. 1.1, 13, 8 y 16 de la Convención) y, por otro lado, la libertad de asociación de los trabajadores consagrada por los artículos 16 y 26 (combinado con los arts. 1.1, 13 y 8 de la Convención Americana). De esta manera, la Corte hizo justiciable el artículo 16. ¿Cuál fue la argumentación

¹¹⁴ *Ibidem*, párr. 103.

¹¹⁵ *Ibidem*, párrs. 99-103.

¹¹⁶ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, *supra*, párr. 152.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

de la Corte para llegar a tal resultado cuando ninguna de las disposiciones de la Convención Americana menciona, *prima facie*, el derecho al trabajo y el Protocolo de San Salvador solo hace justiciable los derechos a la educación (art. 13) y el derecho de asociación sindical (art. 8.1.a.)?

Por lo que respecta al derecho a la estabilidad laboral, la Corte actuó en tres movimientos: reiterar, innovar, aperturar. Empecemos por examinar el movimiento “reiterar”. Gracias a la combinación de los literales b y d del artículo 29 —que consagra el principio de no regresividad— no solamente en el marco del goce y ejercicio de los derechos consagrados a nivel estatal, sino en el marco de las convenciones de las que los Estados son parte, así como en relación con la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y “textos internacionales de la misma naturaleza”, la Corte reafirmó solemnemente la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales.¹¹⁷ Además de citar los casos *Acevedo Buendía*, *Suárez Peralta*, *Gonzales Lluy* —en los que ya había abordado este elemento crucial—, la Corte, casi de manera imperceptible, citó el preámbulo de la Convención al final de la nota al pie número 189, contenida en el párrafo 141, sin identificar un considerando en particular. Podríamos, en este momento, suponer que se refería específicamente al primero y al último.¹¹⁸ En todo caso, la Corte presentó así, de entrada, el fundamento filosófico de su análisis. Muchas veces invocadas en medios doctrinales progresistas, a veces anunciadas solemnemente por las jurisdicciones, la interdependencia y la indivisibilidad en general nunca trascendían de afirmaciones vacuas. Se verá que, en esta oportunidad,

¹¹⁷ *Ibidem*, párr. 141.

¹¹⁸ El primer párrafo prevé: “Reafirmando su propósito de 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”, y el último está redactado de la siguiente manera: “Considerando que 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”.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

no fue así. La Corte prosiguió recordando el posicionamiento del artículo 26 en la Convención. Aunque constituye la totalidad del capítulo —el tercero—, se encuentra en la primera parte del texto, reiterando que por ello estaba sujeto, como los derechos enumerados en el capítulo 2, a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1, y 2.¹¹⁹ Hasta aquí, se admite, el razonamiento es familiar, puesto que en términos generales se trata de una sucesión de reiteraciones de posturas que la Corte ya había tomado.

La innovación vendría inmediatamente, tomando la forma de lo que se podría denominar la técnica de la “derivación”. Esta consiste en derivar el derecho al trabajo de otros textos —Carta de la OEA y Declaración Americana— gracias al mecanismo de la remisión —tanto textual como jurisprudencial—.

En tres párrafos, del 143 al 145, la Corte hizo que el derecho al trabajo “derivara” de una interpretación del artículo 26 combinada con la Carta de la OEA y la Declaración Americana. Para iniciar, la Corte acudió al texto mismo del artículo 26, que menciona *expressis verbis* que “aquellos derechos se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA”. Esta mención expresa, aunque aislada del resto del texto del artículo 26, permitió, por consiguiente, analizar el texto adoptado en 1948 —y reformado por el Protocolo de Buenos Aires de 1967— para de allí extraer los artículos que hacen referencia al trabajo. Ello se logró con los artículos 45.b y c, y 34.g de la Carta de la OEA, que mencionan que el “trabajo es un derecho y un deber social”; que “salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos” deben existir; que los trabajadores tienen derecho a “asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses” y, finalmente, que los Estados deben “armonizar la legislación social” para proteger esos derechos.

Con fundamento en el artículo 26, que remite a la Carta de la OEA, la Corte adjunta una dosis de interpretación jurisprudencial y recuerda que —desde su décima opinión consultiva, rendida en 1989 sobre la interpretación de la Declaración Americana— ya

¹¹⁹ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, *supra*, párr. 142.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

había afirmado que era imposible “interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración”¹²⁰ y que dicha Declaración es “fuente de obligaciones internacionales”.¹²¹ Es así como, con fundamento en la Carta de la OEA y sus disposiciones relativas al trabajo, la Declaración resurge (y particularmente su art. XIV sobre las condiciones justas de trabajo) gracias a la opinión consultiva de 1989 y a una segunda alusión al literal d, del artículo 29.¹²² Al considerar que se debía interpretar el artículo 26 en relación con la Carta de la OEA, siendo ella misma “interpretada y aplicada” teniendo en cuenta las disposiciones de la Declaración Americana, que a su vez impide toda interpretación regresiva de la Convención (art. 29.d), la ingeniosidad interpretativa de la Corte estuvo en todo su esplendor. No obstante, ella decidió no detenerse allí y procedió a su tercer movimiento.

La Corte termina su argumentación acudiendo a su técnica principal, el “aperturismo”.¹²³ Así, no solamente se remite a las disposiciones constitucionales de 18 Estados para concluir que el derecho al trabajo estaba consagrado en ellas,¹²⁴ sino que hace un barrido por el *corpus juris* internacional más representativo para demostrar que lo mismo ocurría en el nivel internacional: A nivel universal (con el art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el art. 6 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales; el art. 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; el art. 32.1 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño), a nivel regional (en el contexto interamericano, con

¹²⁰ Corte IDH, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, opinión consultiva OC-10/89, 14 de julio de 1989, Serie A, núm. 10, párr. 43

¹²¹ *Ibidem*, párr. 45.

¹²² Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, *supra*, párr. 144.

¹²³ Burgogue-Larsen, Laurence, “El aperturismo: la técnica de interpretación «reina» de los tratados regionales de protección de los derechos humanos”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 103, 2015, pp. 9-130.

¹²⁴ *Ibidem*, párr. 145, particularmente la nota al pie número 199.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

los arts. 7 y 8 de la Carta Social de las Américas; los arts. 6 y 7 del Protocolo de San Salvador), en el europeo (con el art. 1 de la Carta Social Europea), y el africano (con el art. 15 de la Carta Africana).

Todo estaba preparado para, en el párrafo 146, afirmar que analizando “el contenido y el alcance” del artículo 26, la Corte tendrá en cuenta, sobre la base de las reglas de interpretación previstas en el artículo 29.b, c y d, la protección de la estabilidad laboral. Restaba, entonces, definir qué entendía la Corte por esta expresión. Inspirándose de la observación general 18 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC) sobre el derecho al trabajo, del Convenio 158 de la OIT relativo a la terminación de la relación de trabajo, y la recomendación 143 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores, la Corte precisó la obligación de los Estados en lo que respecta a la protección del derecho a la estabilidad laboral¹²⁵ pero, al mismo tiempo, recordó que ella “no consiste en una permanencia desprovista de restricciones en un mismo puesto de trabajo” sino que, más bien, consiste en “respetar este derecho” reconociendo al trabajador “garantías de protección” en caso de que sea despedido.¹²⁶ Así, para la Corte, el despido arbitrario del señor Lagos del Campo no solamente lo privó de su empleo, sino de los “beneficios derivados de la seguridad social” que no fueron correctamente protegidos por las jurisdicciones internas.¹²⁷

El segundo eje importante del fallo *Lagos del Campo* se refiere al derecho de defender y promover los intereses de los trabajadores a través de la libertad de asociación. En lugar de hacer derivar este derecho únicamente del artículo 16 —cuya redacción habría permitido perfectamente a la Corte referirse a la expresión de fines “profesionales” o a la de “todo otro fin”—, la Corte prefiere aislar, para singularizarla de mejor manera, la libertad de asociación de los trabajadores con miras a defender sus intereses, al hacerla derivar del artículo 26 combinado con el artículo 16. La mención del artículo 26 permite la remisión a las normas sociales

¹²⁵ *Ibidem*, párr. 149.

¹²⁶ *Ibidem*, párr. 150.

¹²⁷ *Ibidem*, párr. 153.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

de la Carta de la OEA —una vez más sin mención a un artículo específico— y al preámbulo de la Carta Democrática Interamericana que reconoce el derecho de los trabajadores a asociarse para la promoción y defensa de sus intereses.¹²⁸ Se trató, de cierta forma, de una distinción del derecho de asociación sindical tal como hasta entonces había sido utilizado por la Corte en el marco de casos de despido y ejecución extrajudicial de líderes sindicales.¹²⁹ La aproximación metodológica de la Corte fue ampliamente explicada, para dotarla de mayor legitimidad, por el juez Ferrer Mac-Gregor en su voto concordante, que proporciona explicaciones importantes para entender de mejor manera el proceder de la Corte que, en este aspecto, fue menos prolijo que en lo que se refiere a la estabilidad laboral. Con fundamento en estos elementos, la mayoría de los jueces de la Corte consideró que el despido del peticionario no solamente no le permitió representar más a los trabajadores en el marco del proceso electoral interno de la empresa, que él mismo era responsable de supervisar,¹³⁰ sino que este evento tuvo consecuencias sobre la dimensión colectiva del derecho, ya que pudo tener un efecto “amedrentador e intimidante” sobre el resto de los miembros de la “comunidad industrial”.¹³¹

4.2.3. Las extensiones del fallo *Lagos del Campo*

En los seis meses que siguieron la revolución del fallo *Lagos del Campo*, la Corte confirmaría su nueva aproximación, basada en la derivación de derechos, en la decisión *Petroperú* y en la opinión consultiva 23, solicitada por Colombia.¹³² En el caso concerniente a Perú, la Corte declaró la violación del derecho al trabajo a favor de más de un centenar de trabajadores en razón de su imposibilidad de acceder a un recurso judicial efectivo en los tér-

¹²⁸ *Ibidem*, párr. 158.

¹²⁹ Véase *supra*, apartado 2 de este capítulo.

¹³⁰ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, *supra*, párr. 161.

¹³¹ *Ibidem*, párr. 162.

¹³² Corte IDH, opinión consultiva OC-23/17.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

minos de los artículos 8, párrafo 1, y 25.¹³³ En el marco de la solicitud de opinión consultiva presentada el 14 de marzo de 2016 por el gobierno colombiano, la Corte aprovechó las cuestiones basadas en las obligaciones del Estado en lo que respecta a la preservación del medioambiente en la región del Caribe, para consagrar la justiciabilidad del derecho “autónomo” a un ambiente sano,¹³⁴ lo que según el juez Humberto Sierra Porto fue un *obiter dictum* inconveniente.

A modo de preámbulo a su solicitud de opinión consultiva, el gobierno colombiano presentó sus inquietudes sobre la degradación ambiental en la región del Caribe, consecuencia del desarrollo de “imponentes infraestructuras” que tenían vocación de implantación permanente.¹³⁵ Conviene aquí precisar inmediatamente, como no lo hiciera Colombia en sus escritos, que dichas “infraestructuras” se refieren al proyecto faraónico nicaragüense de construcción de un canal interoceánico.¹³⁶ Sin embargo, el trasfondo político de la solicitud de opinión consultiva no es anodino y permite comprender la estrategia, por no decir táctica judicial, del gobierno colombiano. Este último ha sido llevado ante la Corte Internacional de Justicia tres veces por Nicaragua en litigios de orden fronterizo. Uno de ellos fue resuelto por una decisión del 19 de noviembre de 2012.¹³⁷ Los otros dos, presen-

¹³³ Corte IDH. *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*, *supra*, párr. 195.

¹³⁴ Corte IDH, opinión consultiva OC-23/17, párr. 57.

¹³⁵ *Ibidem*, párr. 2.

¹³⁶ *Ibidem*, párr. 25. En realidad, esta precisión fue presentada por Guatemala en la audiencia.

¹³⁷ Corte Internacional de Justicia, 19 de noviembre de 2012, *Différend territorial et maritime (Nicaragua vs. Colombia)*, Recueil 2012, p. 624. Este fallo causó gran conmoción en círculos políticos y jurídicos colombianos. Lo anterior puesto que, aunque la CIJ reconoció la soberanía del Estado sudamericano sobre algunas islas, islotes y archipiélagos que se encuentran en el Mar Caribe en las proximidades de Nicaragua, el mismo fallo modificó la frontera marítima entre los dos Estados, reduciendo significativamente el mar territorial de Colombia. Como consecuencia de esto, a los pocos días de conocido el fallo, de 27 de noviembre de 2012, el gobierno colombiano denunció el Pacto de Bogotá, base jurídica de su reconocimiento de la jurisdicción de la CIJ, véase Comunicado de prensa de la Presidencia de

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

tados en 2013, están pendientes de decisión.¹³⁸ Demandado ante el principal órgano judicial de las Naciones Unidas, Colombia decidió tomar las riendas y jugó la carta judicial interamericana al solicitar a la Corte de San José que se pronunciara sobre cuestiones relacionadas con los diferendos pendientes ante la Corte Internacional de Justicia. En función de la jurisprudencia progresista y audaz de la Corte Interamericana, y su aproximación *pro personae* y *pro ecología*, era fácil predecir quien sería favorecido. Desde este punto de vista, la estrategia fue un logro formidable porque esta opinión consultiva, en 98 páginas, presenta el alfa y a omega de las obligaciones en materia ambiental que se derivan no solamente de lo que la Corte llama el “*corpus juris* interamericano”, sino de las reglas y principios del derecho internacional del medioambiente.

Las tres preguntas formuladas por Colombia eran muy técnicas, algunos dirían incluso que eran áridas. La primera se refería al alcance de la noción de jurisdicción. Se trataba de saber si, en los términos del artículo 1.1 de la Convención, una persona que no se encontraba en el territorio de uno de los Estados parte a la Convención Americana podría, a pesar de ello y sujeto a condiciones, encontrarse bajo su jurisdicción. La segunda se refería al alcance de las obligaciones convencionales. Lo que se pretendía era saber si las medidas y comportamientos de uno de los Estados parte a la Convención —cuyos efectos serían susceptibles de causar graves daños al ambiente marino (por acción y/u omisión)— eran compatibles con las obligaciones consagradas en los artículos 4.1 —derecho a la vida— y 5.1 —integridad física— de la Convención, leídos de manera combinada con el artículo 1.1. Finalmente, la tercera pregunta consistía en saber si se debía interpretar las obligaciones de respeto y garantía de los derechos y libertades previstas en los artículos 4.1 y 5.1 de manera tal que

la República de Colombia, consulta 8 ago 2018, disponible en http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2012/Noviembre/Paginas/20121128_01.asp

¹³⁸ Se trata del caso de supuestas violaciones de los derechos soberanos y los espacios marítimos en el mar caribe (*Nicaragua vs. Colombia*) y el caso de la cuestión de la delimitación de la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia, más allá de las 200 millas marinas de la costa nicaragüense (*Nicaragua vs. Colombia*).

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

implican una obligación más general en cabeza de los Estados de respetar las normas del derecho internacional del medioambiente que tienen por objeto impedir la causación de un daño ambiental capaz de imposibilitar el goce efectivo... En caso afirmativo, Colombia quería saber si esta obligación general podría traducirse en la realización de estudios de impacto ambiental en zonas protegidas.

Debe subrayarse, de entrada, que la Corte fue audaz sobre la totalidad de las preguntas. La Corte confirmó, en primer lugar, que el concepto de jurisdicción que se encuentra en el artículo 1.1 de la Convención se refiere a toda situación en la que un Estado parte ejerce su autoridad o un “control efectivo” sobre las personas, sin importar que sea sobre su territorio o fuera de él,¹³⁹ aspecto en el que comparte la postura con la jurisprudencia del TEDH. Por ello, considera que “las posibles víctimas de las consecuencias negativas de esas actividades se encuentran bajo la jurisdicción del Estado de origen, a efecto de la posible responsabilidad del Estado por el incumplimiento de su obligación de prevenir daños transfronterizos”.¹⁴⁰ Sobre todo, las respuestas a la segunda y tercera pregunta formuladas demuestran que la voluntad de la Corte no titubea, por ahora, al imponer a los Estados una serie de obligaciones relacionadas directamente con el respeto de los derechos a la vida y la integridad, dos derechos que se encontraban en el centro de la solicitud colombiana y que, sin duda alguna, explican el origen de afirmaciones particularmente progresistas.

La Corte Interamericana valoriza, primero, las obligaciones de prevención de las que infiere obligaciones de hacer. Así, prevenir los “daños ambientales significativos” con miras a respetar y garantizar la vida y la integridad personal de los individuos requiere la reglamentación y control de las actividades peligrosas; la realización de estudios de impacto ambiental —cuando existen riesgos de ocurrencia de dichos “daños significativos”— y la atenuación de sus efectos, cuando se presenten.¹⁴¹ Se debe resaltar aquí que la Corte consideró, en este contexto, que el principio

¹³⁹ Corte IDH, opinión consultiva OC-23/17, párrs. 72-81.

¹⁴⁰ *Ibidem*, párr. 102.

¹⁴¹ *Ibidem*, párrs. 127-174.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

de precaución era trascendental, “aún en ausencia de certeza científica”,¹⁴² lo que es particularmente remarcable.

Posteriormente, la Corte centró su atención en la obligación de cooperación para evitar “todo daño ambiental transfronterizo significativo”, distinguiendo dos obligaciones suplementarias. La de notificación —los Estados que adelanten actividades potencialmente peligrosas para el medioambiente deben advertir a quienes sean “potencialmente afectados” por ellas y cuando se presenten situaciones de “emergencia ambiental”— y la de consulta y negociación —una vez más con los Estados potencialmente afectados por importantes riesgos ambientales—.¹⁴³ La Corte termina, apoteósicamente, valorizando tanto en el marco de lo que llamó las obligaciones procedimentales, el derecho de acceso a la información ambiental, el derecho a la participación ciudadana en la toma de decisiones como en la implementación de políticas públicas ambientales y, *last but not least*, el derecho de acceso a la administración de justicia con miras a hacer respetar las obligaciones ambientales tratadas a lo largo de su opinión consultiva.¹⁴⁴ Todo ello con fundamento *expressis verbis* en las disposiciones de la Convención Americana: el artículo 13, para el derecho de acceso a la información, sobre el que el caso *Claude Reyes*¹⁴⁵ ya había mostrado todo su esplendor, el artículo 23, para los derechos políticos, y el artículo 8.1, para el acceso a la justicia.

Aunque esta amplia gama de obligaciones debe ser resaltada, puesto que constituye una verdadera hoja de ruta para todos los Estados de la región y, más allá de ella, el alcance de la opinión consultiva es igualmente fundamental en dos aspectos: el de la defensa en favor de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos y el ambiente, por un lado y el carácter autónomo reconocido al derecho a un ambiente sano y su justiciabilidad, por otro.

¹⁴² *Ibidem*, párr. 180.

¹⁴³ *Ibidem*, párrs. 181-210.

¹⁴⁴ *Ibidem*, párrs. 211-241.

¹⁴⁵ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 151.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

Se trata de la segunda oportunidad real que tuvo la Corte de abordar lo que se podría llamar una verdadera defensa de la valorización de los vínculos entre la protección de los derechos humanos y la protección del medioambiente para consagrar su interdependencia e indivisibilidad.¹⁴⁶ En efecto, si el caso *Claude Reyes*, que se refería a un proyecto monumental de deforestación en el sur de Chile, había permitido valorizar el derecho al acceso a la información pública, especialmente en materia ambiental, gracias a la redacción del artículo 13 de la Convención Americana,¹⁴⁷ y si numerosos casos de comunidades “indígenas” habían permitido valorizar su relación con las tierras ancestrales y la necesidad de que ellas puedan llevar una “vida digna”, fue el caso *Kawas*,¹⁴⁸ relativo al asesinato de la presidente de una importante fundación de protección del medioambiente en Honduras, en donde la Corte tuvo el cuidado de afirmar que “existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos”.¹⁴⁹ Con la opinión

¹⁴⁶ Corte IDH, opinión consultiva OC-23/17, párr. 54.

¹⁴⁷ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, *supra*.

¹⁴⁸ Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C, núm. 196.

¹⁴⁹ *Ibidem*, párr. 148. En el marco del estudio de la violación del art. 4 (derecho a la vida), la Corte Interamericana recuerda la rampante ola de asesinatos de “defensores de derechos humanos, especialmente de defensores del medio ambiente” en Honduras luego de la muerte de Blanca Jeannette Kawas Fernández. En el marco del análisis de la violación del art. 16 —libertad de asociación—, la jurisdicción interamericana no dudó, como es habitual, efectuar una cadena de referencias endógenas —i.e, propias al sistema político y jurídico de la OEA— y exógenas —completamente exteriores al continente americano— para afirmar la existencia de la relación entre la protección del medioambiente y la realización de otros derechos humanos. Además de valorar la jurisprudencia europea —los casos *Guerra*, *López Ostra*, *Fadeyeva*— y de recordar su propia jurisprudencia en el caso relativo a las comunidades indígenas, así como la constitucionalización del medioambiente en varios países del continente, la Corte hizo referencia al trabajo de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y de las Naciones Unidas. Estos últimos han puesto en evidencia la manera en la que la degradación ambiental y los efectos perversos del cambio climático han afectado el goce efectivo de los derechos humanos en el hemisferio. Asimismo, afirma, para completar esta profesión de fe sobre los vínculos entre el respeto de los derechos humanos y la protección

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

consultiva 23, la Corte profundizó considerablemente este *dictum*, que de hecho recuerda.¹⁵⁰ Siendo fiel al aperturismo que la caracteriza, la Corte, recurriendo a una imponente nomenclatura de fuentes exógenas a su sistema de referencia, no cesó de mostrar que tanto en el campo de los derechos humanos —en el nivel interamericano,¹⁵¹ europeo, africano¹⁵² y universal—,¹⁵³ como en el derecho internacional público —a través de una suma consecuente de textos internacionales de *soft law*¹⁵⁴ como la declaración de Estocolmo de 1972, la Declaración de Johannesburgo de 2002 y la agenda 2030 adoptada en 2015—, existe una “relación interdependiente” entre la protección del medioambiente, el desarrollo sostenible y los derechos humanos.

El segundo aporte significativo de la opinión consultiva 23 se refiere a la justiciabilidad y a la autonomía del derecho a un ambiente sano. La Corte trasladó al campo ambiental el método de derivación que había utilizado en el caso *Lagos del Campo*

ambiental, que muchos avances han sido tenidos en cuenta en el Protocolo de San Salvador. Este, en efecto, es el primer instrumento convencional que reconoce el derecho a un ambiente sano en el *corpus* de los derechos humanos. El art. 11.1 que establece que “Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos”. La táctica de la Corte al respecto es interesante y merece ser resaltada. El protocolo adicional al Pacto de San José no reconoce justiciabilidad al derecho al ambiente. Este es “únicamente” protegido por la vía de los informes periódicos que los Estados parte deben transmitir a la Comisión Interamericana (art. 19.6). Sin embargo, la Corte no alude a este elemento de orden procedimental y no se ata al contenido del Protocolo. Esto es una manera de importar, a su jurisprudencia, la protección del medioambiente que, de golpe, se convertirá en un parámetro de su interpretación. La muerte de la defensora del medioambiente —presidenta de PROSALANTE— fue considerada por la Corte, “de manera evidente”, como una “privación de su derecho a asociarse libremente” (párr. 152) y recordó el efecto amedrentador que este tipo de crímenes tienen “sobre las otras personas vinculadas a este tipo de causas” (párr. 153). En este contexto, la violación del art. 16.1, en combinación con el artículo 1.1 fue declarada.

¹⁵⁰ Corte IDH, opinión consultiva OC-23/17, párr. 47.

¹⁵¹ *Ibidem*, párr. 49.

¹⁵² *Ibidem*, párr. 50.

¹⁵³ *Ibidem*, párr. 51.

¹⁵⁴ *Ibidem*, párr. 52.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

sobre la estabilidad laboral. Además de mencionar la existencia precisa en el *corpus juris* interamericano de una disposición consagrada al hecho de que “toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos” (art. 11. 1 del Protocolo de San Salvador), y que los “Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente” (art. 11.2),¹⁵⁵ consideró que este derecho debía “considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26”.¹⁵⁶ Este *obiter* es fundamental. Ni más ni menos, la Corte, en función consultiva, afirma sin ambages la justiciabilidad de este derecho. El mensaje enviado a todos los defensores del medioambiente es fuerte: saben desde ahora que, en el contencioso, no estarán obligados a desplegar los tesoros de la ingeniería argumentativa para llegar, con fundamento en el vector de los derechos civiles y políticos, a obtener una protección del medioambiente, como en el caso *Kawas*. Habiendo establecido la justiciabilidad, la Corte extiende al medioambiente la teoría de la “doble dimensión” que utilizaba hasta ahora en favor de la libertad de expresión.¹⁵⁷ En su dimensión colectiva, el derecho al ambiente sano “constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras”, mientras que en su dimensión individual, su violación “puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida”. La Corte enfatiza en este *dictum* que “La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad”.¹⁵⁸

Luego de proclamar la justiciabilidad del derecho a un ambiente sano gracias a una audacia interpretativa de primer orden, la Corte Interamericana abordó su “autonomía”. Este, sin duda,

¹⁵⁵ *Ibidem*, párr. 56.

¹⁵⁶ *Ibidem*, párr. 57.

¹⁵⁷ Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5, párr. 30.

¹⁵⁸ Corte IDH, opinión consultiva OC-23/17, párr. 59.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

es un pasaje que muestra la visión de futuro del juez interamericano de derechos humanos. Aunque el derecho contemporáneo, especialmente algunos ordenamientos jurídicos internos, camuflan ciertos avances que constituyen una “tendencia” (como el preámbulo de la Constitución boliviana y el art. 71 de la Constitución ecuatoriana que atribuye a la *Pacha Mama* derechos o algunos fallos innovadores como los de la Corte Constitucional colombiana¹⁵⁹ y la Corte Constitucional ecuatoriana¹⁶⁰) nunca antes un juez internacional se había aventurado a afirmar que el derecho a un ambiente sano, como derecho autónomo, “a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales”.¹⁶¹ La naturaleza como sujeto de derechos... es este el progreso magistral del juez regional de los derechos humanos. Dicho de otro modo, no solamente se trata de proteger la naturaleza en la medida que ella se encuentra intrínsecamente ligada a los seres humanos y al goce efectivo de los derechos —algunos siendo más susceptibles que otros a ser afectados por los daños causados al medio ambiente—,¹⁶² sino por su “importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos”.¹⁶³

En épocas en las que las degradaciones ambientales se multiplican —y son responsables indirectas de la creación del “contentioso climático”—¹⁶⁴ ya no se puede ser pusilánime. Muchos de los actores lo han entendido y hacen primar la imaginación y la audacia, imbuidas de una fuerte dosis de voluntarismo político,

¹⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-622, 10 noviembre de 2016, párr. 9.27-31.

¹⁶⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 218-15-SEP-CC, 9 de julio de 2015.

¹⁶¹ Corte IDH, opinión consultiva OC-23/17, párr. 62.

¹⁶² *Ibidem*, párr. 64.

¹⁶³ *Ibidem*, párr. 62.

¹⁶⁴ Huglo, Christian, *Le contentieux climatique, une révolution judiciaire mondiale*, Bruselas, Bruylant, 2018.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

con el fin provocar cambios.¹⁶⁵ Entre estos actores, los jueces se ubican en la primera línea porque pueden hacer que las interpretaciones clásicas del derecho evolucionen y aceptar la actualización en lo que atañe al medioambiente. Con su estatus como jurisdicción internacional, la señal dada por la Corte Interamericana en favor de la protección de la naturaleza, y en consecuencia de los seres humanos que viven en ella, es significativa. Ella merece ser celebrada, estudiada y difundida.

La profundización de la nueva aproximación argumentativa basada en el artículo 26 de la Convención Americana ha iniciado. Por ahora,¹⁶⁶ el derecho a la “estabilidad laboral”,¹⁶⁷ el derecho al trabajo en sí mismo,¹⁶⁸ el derecho a un ambiente sano¹⁶⁹ y el derecho a la salud¹⁷⁰ han sido declarados derechos “autónomos” y directamente justiciables con fundamento en la disposición convencional recién citada. A cada oportunidad que se le presenta, la Corte aprovecha para afinar su forma de razonar. Así, en el fallo *San Miguel de Sosa* se señala la obligación en cabeza de los Estados de no discriminar los trabajadores en función de sus opiniones políticas. En el caso concreto, el despido arbitrario de tres mujeres constituyó, para la Corte, “una forma de desviación de poder”.¹⁷¹ Igualmente, en el caso *Poblete Vilches*, relacionado con

¹⁶⁵ Por ejemplo, véase la versión comentada de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de Picod y Huglo, Bruselas Bruylant, 2018, p. 137, prólogo de C. Lepage.

¹⁶⁶ Al 31 de julio de 2018.

¹⁶⁷ Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, *supra*; Corte IDH. *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*, *supra*.

¹⁶⁸ Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, *supra*.

¹⁶⁹ Corte IDH, opinión consultiva OC-23/17.

¹⁷⁰ Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*.

¹⁷¹ Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, *supra*, párr. 221: “En el presente caso, la Corte concluyó que la terminación arbitraria de la relación laboral de las presuntas víctimas con el Consejo Nacional de Fronteras constituyó una forma de desviación de poder, pues se utilizó una cláusula establecida en su contrato como velo de legalidad para encubrir la verdadera finalidad de tal medida, a saber: una represalia en su contra por haber ejercido legítimamente sus derechos de participación política y libertad de expresión. Es decir, ellas fueron objeto de discriminación política mediante un despido arbitrario, el cual ocurrió en un contexto de denuncias de

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

la falta de cuidados en favor de un adulto mayor que conllevaron a su muerte, la Corte presenta dos precisiones. Una general, en la que hace explícitas las dos obligaciones que derivan del artículo 26. Por un lado, “la adopción de medidas generales de manera *progresiva*” que implican la prohibición de toda regresión. Por otro, “la adopción inmediata de medidas eficaces que garanticen el acceso indiscriminado a las prestaciones reconocidas por cada derecho”.¹⁷² La otra precisión es específica al derecho a la salud. La Corte presentó con detalles el alcance y contenido de este derecho, basándose en las disposiciones constitucionales chilenas y teniendo en cuenta el *corpus juris* internacional de la materia. Con fundamento en dicha comparación, la Corte estuvo en capacidad de constatar la “consolidación” del derecho, lo que le permitió establecer una serie de estándares bastante precisos, tanto en lo que se refiere a las emergencias médicas como en lo que atañe al tratamiento de adultos mayores vulnerables.¹⁷³

En este punto del análisis debe señalarse, sin embargo, que este proceder de la Corte no se produjo sin resistencia internas. El punto de vista de los jueces minoritarios no pasó inadvertido. El juez uruguayo Alberto Pérez Pérez empezó la disputa. Lo hizo tímidamente en el caso *Suárez Peralta* al precisar que no se debían comprender las referencias al derecho a la salud como un reconocimiento de la competencia de la Corte en materia de derechos sociales.¹⁷⁴ Lo hizo con más claridad en el caso *Gonzales Llyu*, en el que, luego de analizar los antecedentes de la Conven-

despidos semejantes y de otras formas de represalia para quienes habían decidido ejercer sus libertades al firmar por la solicitud de referendo. Así, su despido tenía la intención encubierta de acallar y desincentivar la disidencia política, pues fue instrumentalizado para que otras personas se vieran amedrentadas de participar políticamente y de expresar sus ideas y opiniones”.

¹⁷² Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*, párr. 104.

¹⁷³ En este contexto fue que la Corte declaró, en favor del señor Poblete Vilches, la vulneración del “derecho a la salud sin discriminación mediante servicios necesarios y urgentes en relación a su situación especial de vulnerabilidad como persona mayor”. Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, *supra*, párr. 118-143.

¹⁷⁴ Corte IDH. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, *supra*, párr. 1, voto razonado del juez Alberto Pérez Pérez.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

ción Americana, concluye que la mayoría de Estados no tuvieron jamás la intención de integrar estos derechos en el régimen de protección establecido por ella.¹⁷⁵ Sobre este punto concordó el entonces presidente, Humberto Sierra Porto, emitiendo su primer voto separado desde que integró la Corte. Vale la pena recordar que el juez Sierra Porto, cuando fue miembro de la Corte Constitucional colombiana, una de las más activas y progresistas en materia de derechos sociales, estaba a favor de la justiciabilidad de los derechos sociales,¹⁷⁶ pero en el contexto del Sistema Interamericano, niega cualquier fuerza normativa al artículo 26, ya que dicha disposición se limita a consagrar la necesidad de su “desarrollo progresivo”. Esta resistencia, a la que se sumó el juez chileno Vio Grossi, se manifestó de manera constante ulteriormente.

Ante cada avance, efectuado a través de fallos —*Lagos del Campo, Petroperú, San Miguel de Sosa y Poblete Vilches*— o de opiniones consultivas —medioambiente y derechos humanos—, el juez Sierra Porto presentó, de manera detallada y debidamente razonada, argumentos encaminados a cuestionar no solamente la nueva interpretación del artículo 26, que en su concepto sería contraria a la letra y el espíritu de la Convención, y a señalar las incoherencias y lagunas argumentativas en los casos en los que la Corte mezcló la nueva aproximación al artículo 26 y la protección indirecta a través de los derechos civiles y políticos, como en el caso *Poblete Vilches*.¹⁷⁷

Estas disidencias, que demuestran que las formas de interpretar el derecho y, por ende, de rendir justicia, son siempre diversas, no pueden ser tomadas a la ligera. Ellas permiten, indirectamente, presagiar otra resistencia, más política, por parte de los poderes constituidos de los Estados que podrían rebelarse contra una interpretación que sea considerada demasiado audaz, por lo que llevaría a una forma de “reforma judicial de la

¹⁷⁵ Voto razonado del Juez Alberto Pérez Pérez en el caso Corte IDH. *Gonzales Lluy*.

¹⁷⁶ Parra Vera, Óscar, *op. cit.*, p. 218.

¹⁷⁷ Véanse párrs. 6 y ss. de su voto concordante en este caso.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

Convención”.¹⁷⁸ En todo caso, aunque los Estados aceptasen sin desdén estos avances jurisprudenciales, el otro gran reto sería lograr hacerlos efectivos en su seno, lo que en materia de derechos sociales es, en general, lejos de ser el caso.¹⁷⁹

BIBLIOGRAFÍA

- Anaya, James y Grossman, Claudio, “The Case of *Awas Tingni vs. Nicaragua*: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples”, en *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 19, núm. 1, 2002.
- Arango, Rodolfo, *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, Fontamara, 2012.
- Ayala Corao, Carlos, “La independencia de la justicia y los procesos constituyentes en la región andina”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 131, 2008.
- Burgogue-Larsen, Laurence, “El aperturismo: la técnica de interpretación «reina» de los tratados regionales de protección de los derechos humanos”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 103, 2015.
- y Úbeda de Torres, Amaya, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l’homme*, Bruselas, Bruylant, 2008.

¹⁷⁸ El párr. 88 del fallo *Poblete Vilches* es significativo en este punto y muestra claramente el punto de vista del Estado, que no se debe subestimar: “Asimismo, en sus alegatos finales indicó el Estado que apoya la justiciabilidad de los DESC vía conexión con los Derechos Civiles y Políticos, mas no reconoció la competencia de la Corte para declarar la vulneración del artículo 26 de la Convención en forma directa. El Estado agregó que si bien la Corte puede incorporar diversos criterios interpretativos en el desarrollo de su jurisprudencia, el tribunal internacional debe respetar los límites jurisdiccionales de su competencia contenciosa y tener en consideración cuáles fueron las obligaciones contraídas por los Estados al momento de ratificar la Convención”.

¹⁷⁹ Langford, Malcolm; Rodríguez Garavito, César y Rossi Julieta (dirs.), *La lucha por los derechos económicos y sociales. Los fallos judiciales y la política por su cumplimiento*, Bogotá, Dejustica, 2017.

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

- Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, México, Editorial Flores, 2014.
- Carozza, Paolo G., “Subsidiarity as a structural Principle of International Human Rights Law”, en *American Journal International Law*, vol. 38, 2003.
- Cartabia, M., “Le principe de proportionnalité, langage commun des Cours constitutionnelles”, en Alen, A., Spreutels, J.; Lavrysen, L.; Nihoul, P.; Peremans, E.; Renaud, B.; Theunis, J. y Verrijdt, W. (dirs.), *Cour constitutionnelle 1985-2015*, Bélgica, La Charte, 2016.
- Gargarella, Roberto; Domingo, Pilar y Roux, Theunix, *Courts and Social Transformation in new Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot-Burlington, Routledge, 2006.
- Gros Espiell, H., “La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l’homme: analyse comparative”, en *Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, vol. 218, 1989.
- Huglo, Christian, *Le contentieux climatique, une révolution judiciaire mondiale*, Bruselas, Bruylant, 2018.
- Jung, Courtney; Hirschl, Ran y Rosevear, Evan, “Economic and Social Rights in National Constitutions”, en *American Journal of Comparative Law*, núm. 62, 2014.
- Langford, Malcolm (dir.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- ; Rodríguez Garavito, César y Rossi Julieta (dirs.), *La lucha por los derechos económicos y sociales. Los fallos judiciales y la política por su cumplimiento*, Bogotá, Dejusticia, 2017.
- Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Universidad de Chile-Facultad de Derecho, 2003.
- Mejía R., Joaquín A., “Cinco mitos sobre los DESC”, en *Revista CEJIL*, año II, núm. 3, sep, 2007.

La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos...

- Melish, Tara J., “A Pyrrhic Victory for Peru’s Pensioners: Pensions, Property, and the Perversion of Progressivity”, en *Revista CEJIL*, núm. 1, 2005.
- , “The Inter-American Court of Human Rights”, en Langford, M. (ed.), *Social rights jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, 2006.
- Parra Vera, Óscar, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso *Lagos del Campo*”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los desafíos*, Querétaro, IECEQ, 2017.
- Pasqualucci, Jo. M., “The Right to a Dignified Life (Vida digna): the integration of Economic and Social Rights with Civil and Political Rights in the Inter-American Human Rights System”, en *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 31, núm. 1, 2008.
- Pérez, Olga Lucía y Amato, Victoria, “Pedro Huilca Tecse y los derechos de los trabajadores en el Perú”, en *Revista CEJIL*, núm. 3, diciembre de 2007.
- Rodríguez Rescia, Víctor, *Los derechos económicos sociales y culturales en el marco del sistema interamericano: mecanismos para su protección*, San José, Costa Rica, IIDH, 2004.
- Roman, Diane, “La justiciabilité des droits sociaux: les arguments classiques en faveur d’un *self restraint* juridictionnel”, en Roman, Diane (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux: vecteurs et résistances*, Paris, Pedone, 2012.
- Sudre, F., “Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l’homme: de quoi est-il question?”, en *JCP*, 13 mar 2017.