Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO
AÑO XXVI, BOGOTÁ, 2020, PP. 623-644, ISSN 2346-0849

Matías Pedernera Allende* **(Argentina)**

El problema del activismo judicial en el debate sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

RESUMEN

Un terreno relevante para la identificación del activismo judicial tiene que ver con la discusión sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este trabajo, en primer lugar, se intentará clarificar el concepto de activismo judicial, sin agotar el tema. En segundo lugar, se describirá el problema de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En particular, se examinarán las posiciones a favor y en contra de una metodología de justiciabilidad directa de dichos derechos, identificando posibles elementos de activismo judicial.

Palabras clave: activismo judicial; derechos económicos, sociales y culturales; Corte Interamericana de Derechos Humanos.

* Abogado, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina); máster en Global Rule of Law and Constitutional Democracy, Università degli studi di Genova/Universitat de Girona; diplomado en Derechos Humanos, Universidad Austral; magíster en Derecho y Argumentación, Universidad Nacional de Córdoba. Profesor adscrito de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. m.pedernera.allende@gmail.com. https://orcid.org/0000-0002-8716-7860.

** Un agradecimiento al comité evaluador del *Anuario* y al profesor Alfonso Santiago por la bibliografía recomendada, que ha sido tenida en cuenta en este trabajo. También se agradece a los profesores de la Diplomatura en Derechos Humanos de la Universidad Austral (Argentina), algunas de cuyas enseñanzas han servido aquí como punto de partida.

VOLVER A TABLA DE CONTENIDO

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Bogotá, 2020
DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

The problem of judicial activism in the debate on the justiciability of economic, social and cultural rights in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights

ABSTRACT

The discussion on the justiciability of economic, social and cultural rights in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights is relevant to the identification of judicial activism. This work will first attempt to clarify the concept of judicial activism, without exhausting the subject. Second, it will describe the problem of the justiciability of economic, social and cultural rights in the jurisprudence of the Inter-American Court. In particular, it will examine the positions in favor of and against a methodology of direct justiciability of economic, social and cultural rights, identifying possible elements of judicial activism.

Keywords: Judicial activism; economic, social and cultural rights; Inter-American Court of Human Rights.

Das Problem des juristischen Aktivismus in der Debatte über die Justiziabilität der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte vor dem Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte

ZUSAMMENFASSUNG

Ein relevantes Gebiet für die Feststellung von juristischem Aktivismus ist die Diskussion über die Justiziabilität der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte im Zuständigkeitsbereich des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Im vorliegenden Beitrag wird zunächst eine Klärung des Begriffs des juristischen Aktivismus vorgenommen, ohne das Thema erschöpfend darzustellen. Anschließend wird das Problem der Justiziabilität der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte im Zuständigkeitsbereich der Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs dargelegt. Dabei wird insbesondere auf die Positionen für und gegen eine Methode der direkten Justiziabilität der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte eingegangen, wobei mögliche Elemente von juristischem Aktivismus bestimmt werden.

Schlagwörter: Juristischer Aktivismus; wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte; Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte.

Introducción

El activismo judicial constituye uno de los rasgos presentes en las prácticas constitucionales y de los derechos humanos en general, al menos por dos razones. Por un lado, porque la propia configuración de los textos legales goza de cierta apertura, lo que da lugar a amplios márgenes de actuación a los jueces. Por otro lado, porque el

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

campo de los derechos humanos se caracteriza por una fuerte presencia de razones sustantivas, cuya alegación tiende a opacar los otros posibles argumentos presentes en una determinada discusión. Ciertamente, la tarea de los jueces frente a los derechos tiene una doble cara de misión y, a la vez, de atracción.

La cuestión conceptual acerca del activismo no es, sin embargo, lo suficientemente clara y armónica. En efecto, la referencia a la idea de activismo no es uniforme en muchos casos; en diversas oportunidades, algunos autores quieren decir cosas distintas. De esta manera, hay quienes lo valoran de manera positiva, como algo necesario para los tiempos actuales. Otros lo valoran negativamente, como una suerte de usurpación de funciones o una desestabilización del sistema institucional. No obstante, es necesario unificar criterios conceptuales que contribuyan a la identificación y posible evaluación del fenómeno.

Por otra parte, un terreno relevante para la identificación del activismo judicial tiene que ver con la discusión sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en el sistema interamericano. Si bien la distinción entre DESC y derechos civiles y políticos, y su justiciabilidad parece ir superándose, no ha ocurrido así en el ámbito de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), donde la justiciabilidad es una discusión actual, precisamente por el tenor del texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

En este trabajo se intentará clarificar el concepto y ciertos elementos del activismo judicial por medio de un acercamiento que no buscará agotar el tema. De otro lado, se describirá el problema de la justiciabilidad de los DESC en la jurisprudencia de la Corte IDH. En particular, se examinarán las posiciones a favor y en contra de una metodología de justiciabilidad directa o autónoma de los DESC a partir de los argumentos de dos jueces de la Corte IDH (Humberto Sierra Porto y Eduardo Ferrer Mac-Gregor) y los correspondientes desarrollos de esos argumentos, procurando efectuar una suerte de diálogo entre las posiciones, e identificando posibles elementos de activismo judicial o, de su contrario, de autorrestricción judicial.

1. Un acercamiento conceptual al problema del activismo judicial

El concepto de activismo judicial no parece mostrar una configuración clara. Es decir, el uso que del término suele hacerse en el contexto del derecho, no siempre suele efectuarse de manera unívoca. Una posible pregunta relativa al problema en cuestión es: activismo respecto de qué. Las posibles respuestas pueden referirse a las mayorías populares, a las mayorías representadas en los parlamentos, a las normas sancionadas por los parlamentos, a los actos de órganos administrativos o ejecutivos, al significado de las palabras de la constitución, a los fines y propósitos

DR © Konrad Adenaur Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de esta, a los precedentes que establecen interpretaciones de la constitución,[1] a los derechos humanos, etcétera.

Un elemento básico del activismo judicial tiene que ver con los efectos expansivos de la decisión judicial. Un posible indicador del activismo supone que la decisión judicial se sale del marco del conflicto jurídico particular, encaminándose hacia otro posible extremo, como el de la política pública. De este modo, en vez de afectar los intereses de las partes, una decisión activista tiende a multiplicar sus efectos.[2] Esta afirmación requiere, sin embargo, ciertos matices porque determinados tribunales –sobre todo las cortes supremas o tribunales internacionales– dictan los llamados "fallos institucionales", donde "además de resolver el tema de fondo, está[n] sentando una postura institucional frente a los otros órganos de gobierno. Ella [La Corte o el Tribunal] debe establecer si avalará, acompañará, invalidará, limitará, o se adelantará a las decisiones de los otros órganos de gobierno".[3]

Algunos de los posibles casos de activismo identificados por la doctrina jurídica son: i) la declaración de inconstitucionalidad de actos "discutibles" de otros poderes políticos, ii) el apartamiento de los precedentes, iii) la creación judicial del derecho, iv) el apartamiento de determinadas metodologías de interpretación jurídica aceptadas, y v) la resolución de casos judiciales con una determinada intención en el resultado.[4] A su vez, se ha distinguido entre *activismo negativo* y *activismo positivo*. El primero supone la aplicación incorrecta del derecho según los términos de las normas jurídicas, mientras que el segundo supone la adopción de una decisión que no encuentra respaldo en textos legales, es decir, la creación judicial de derecho. La evaluación de estas dos clases es diferente, ya que el activismo negativo es más difícil de justificar que el positivo. Este último implica suplementar, más que violentar, las reglas existentes.[5]

Una intuición relativa a la idea de activismo judicial tiene que ver con la adopción de cierta decisión que se toma forzando –en mayor o menor medida– ciertos límites normativos. Esos límites normativos incluyen normas jurídicas, leyes o textos constitucionales, pero también comprenden ciertos ideales en el marco de los cuales se desarrolla la actividad jurisdiccional, tales como el Estado de derecho, la división de poderes, la democracia o la normatividad de los derechos humanos.

---

[1] Thomas Sowell, *Judicial activism reconsidered*, Essays in Public Policy 13 (Stanford: Hoover Institution - Stanford University 1989), 1.

[2] Kenneth Holland, "Introduction", in *Judicial Activism in Comparative Perspective*, ed. by Kenneth Holland (New York: St. Martin´s Press, 1991), 1.

[3] Alfonso Santiago, *La Corte Suprema y el control político. Función política y posibles modelos institucionales* (Buenos Aires: Ábaco, 1999), 157-158.

[4] Keenan Kmiec, "The origin and current meanings of judicial activism", *California Law Review*, n.º 92 (2004): 1463 y ss.

[5] Tom Campbell, "Democratic Aspects of Ethical Positivism", en *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism,* ed. por Tom Campbell and Jeffrey Goldsworthy (London: Routledge, 2016), 14.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La idea de traspasamiento de los límites normativos, aparejada en la noción de activismo judicial, sería el concepto contrario –según algunos autores– de la noción de "autorrestricción judicial".[6] En este sentido se ha señalado que el estudio del activismo judicial "no puede desligarse de una contraposición con el concepto de autorrestricción (*self restraint*) judicial porque el activismo se presenta como una reacción de ciertos jueces a esa posición de base en la que se presupone que se encuentran situados en un determinado sistema institucional".[7]

La noción de autorrestricción, como el término lo indica, apareja la idea de que la restricción depende, en alguna medida, del propio juez (*self*). Es decir que las posibles restricciones al traspaso de los límites normativos por parte del juez no dependen –o no en gran medida, o no eficazmente– de condicionantes externos, sino del propio juez en el ejercicio de la función que le compete. Sin embargo, esto no quiere decir que los límites normativos involucrados deban tomarse a la ligera ni que sean límites débiles. El hecho de que la eficacia de la restricción dependa del propio juez parece tener más relación con la naturaleza de la función judicial y su modo de ejercicio, que con los límites en cuestión.

La otra cara de la moneda de la idea de autorrestricción es la noción de "deferencia hacia el legislador".[8] Esa deferencia podría lograrse por medio de –al menos– dos maneras. Por un lado, *enjuiciar la constitucionalidad de la legislación con base en las específicas intenciones de los constituyentes* –echando mano de una teoría interpretativa originalista–, o asumir que, por principio, *la legislación es conforme a la constitución* y que el juez solo debe declarar su incompatibilidad en casos extremos.[9] En los dos modos indicados se encuentra implícita una cierta presunción de constitucionalidad de la decisión legislativa.

Como puede apreciarse, la idea de *self restraint* evoca la aplicación de categorías constitucionales. Precisamente, la autorrestricción es ubicada en el contexto del derecho constitucional estadounidense por quienes han estudiado sus orígenes. Concretamente, una de las primeras referencias al término se dio en un artículo escrito por James Bradley Thayer en 1893.[10] La propuesta de Thayer supone un criterio deferencial, ante el cual –en caso de duda– debe asumirse una presunción de constitucionalidad favorable a los órganos parlamentarios.[11]

---

[6] Fernando Racimo, "El activismo judicial. Sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional", *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, n.º 2 (2015): 108.

[7] Racimo, "El activismo judicial. Sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional", 108.

[8] Pablo de Lora, "La posibilidad del constitucional thayeriano", *Doxa,* n.º 23 (2000): 55.

[9] De Lora, "La posibilidad del constitucional thayeriano", 55.

[10] El artículo "The origin and scope of the American Doctrine of Constitutional Law" fue publicado en la edición de *Harvard Law Review* del 25 de octubre de 1893 (cfr. Racimo, "El activismo judicial. Sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional", 109-110).

[11] Racimo, "El activismo judicial. Sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional", 112.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En palabras de Thayer, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes procederá solo si los legisladores

> … no han cometido un mero error sino un error muy claro –tan claro que no está sujeto a la inquisición racional. Este es el patrón de deber bajo el que los tribunales enjuician los actos legislativos; ese es el test que aplican –no meramente su propio juicio sobre la constitucionalidad, sino su conclusión acerca de qué juicio es permisible que haga otro poder al que la constitución ha investido con el deber de hacer. Esta regla reconoce que, tomando en consideración las grandes, complejas y nunca del todo claras exigencias del gobierno, mucho de lo que sería inconstitucional para un hombre, o colectivo, puede razonablemente no serlo para otros; que la constitución frecuentemente admite distintas interpretaciones; que hay frecuentemente un margen de elección y juicio; que en tales casos la Constitución no impone sobre el legislador una opinión específica, pero deja abierto ese margen de opción que cualquier alternativa racional es por tanto constitucional.[12]

En función de ello, se ha hablado de la "regla Thayer".[13] En virtud de esta regla, la declaración de inconstitucionalidad por parte de los jueces debe realizarse siguiendo un criterio de estricta racionalidad. Conforme a ello, "los aplicadores constitucionales sólo deberían rebasar el resguardo de las formulaciones lingüísticas constitucionales cuando no haciéndolo se obtiene un resultado severamente erróneo".[14] Trasladando el criterio de esa regla al caso del activismo judicial, podría afirmarse que ese criterio deferencial debería estar presente en todos los casos en que la decisión judicial sea susceptible de expandir sus efectos fuera del caso en que será dictada.

Retomando la idea de activismo como traspasamiento de límites normativos, si se observa el fenómeno de esta manera, es posible advertir su carácter problemático. Ello, por cuanto aunque en lo inmediato –y en el mejor de los casos– los efectos de la decisión sean positivos (por ejemplo, porque son beneficiosos para los derechos humanos), en lo mediato esos efectos pueden suponer el sacrificio de ciertos principios (como el imperio del derecho, o la democracia), los cuales, a su vez, resguardan ciertos objetivos sustantivos relevantes (como la seguridad jurídica, la previsibilidad, o el respeto de las minorías o mayorías). De este modo, uno de los principales desafíos para los jueces y tribunales tiene que ver con el resguardo del equilibrio entre efectos inmediatos y los principios fundantes del Estado constitucional (y convencional) de derecho.

---

[12] James Bradley Thayer, "The origin and scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review* 7, n.º 3 (1893): 144.

[13] Pablo de Lora, "La interpretación originalista de la constitución: una aproximación desde la filosofía del derecho" (tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 1997), 337.

[14] De Lora, "La interpretación originalista de la constitución", 337.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

2. El debate sobre la justiciabilidad de los DESC en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

La discusión sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) constituye un debate que atraviesa tanto a los sistemas constitucionales nacionales como a los supranacionales de protección de derechos humanos. En el ámbito jurisprudencial de la Corte IDH, la discusión ha estado presente en el contexto de un cierto desarrollo y evolución de los precedentes relativos al tema, e incluso ha dividido las opiniones de los jueces que la integran.

La cuestión de la justiciabilidad de los DESC en la jurisprudencia de la Corte IDH podría sistematizarse en dos grandes periodos. Uno caracterizado por la justiciabilidad indirecta de los DESC, y otro marcado por la justiciabilidad directa;[15] este último modo de satisfacción de los derechos sociales es la más reciente metodología asumida por el tribunal interamericano.[16]

La metodología de justiciabilidad indirecta, o por conexidad, ha tomado como "fuente" de protección judicial a ciertos derechos humanos de carácter "civil y político", como los derechos a la vida, a la integridad física o el derecho de propiedad,[17] y, a partir de ellos, se ha procedido al resguardo de otros derechos de carácter social vinculados a los mencionados. Es decir que, en esta primera etapa, la Corte IDH no ha tomado ningún derecho de naturaleza económica o social, ni ha declarado su violación ni condenado a un Estado a partir de este. Por el contrario, para hacer exigible algún DESC, primero ha tomado un derecho de primera generación como fuente de exigibilidad.

Así, por ejemplo, en el Caso Gonzales Lluy y otros *vs*. Ecuador,[18] la Corte IDH consideró los derechos a la vida y a la integridad personal como fuente para la justiciabilidad del derecho a la salud. Una de las maneras de "transferir" la normatividad de los derechos mencionados al derecho a la salud ha sido el recurso al argumento de la dimensión positiva de los derechos. En virtud de ese argumento,

---

[15] Pamela Aguirre Castro, "Los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Interamericana de Derechos Humanos,* n.º 67 (2018): 163.

[16] Frente a estas dos metodologías se ha señalado la existencia de otra metodología previa en lo temporal y conceptual relativa a un análisis de desarrollo progresivo [Pablo González Domínguez, "Los aportes del Caso Cuscul Pivaral y otros *vs.* Guatemala a la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales", en *La interamericanización de los Desca. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*, coord. por Mariela Morales Antoniazzi *et al.* (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020), 156].

[17] González Domínguez, "Los aportes del Caso Cuscul Pivaral y otros *vs.* Guatemala a la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales", 156.

[18] Corte IDH, Caso Gonzales Lluy y otros *vs.* Ecuador, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los Estados no solo deben abstenerse de lesionar los derechos humanos, sino que, además, deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizarlos.[19]

En la metodología de justiciabilidad directa, la Corte IDH ha declarado la violación de derechos de naturaleza económica, social o cultural de manera autónoma, es decir, sin remitirse a la normatividad de un derecho de naturaleza civil o política. La adopción de esta metodología de justiciabilidad, no ha sido pacífica dentro del Tribunal. Sin embargo, el 31 de agosto de 2017, la Corte dictó sentencia en el Caso Lagos del Campo *vs.* Perú, y declaró la violación autónoma de un DESC como el derecho a la estabilidad laboral. Más precisamente, se responsabilizó al Estado demandado por la violación del artículo 26 de la CADH.[20]

Precisamente, el punto fundamental de la discusión en cuestión ha sido la posibilidad de derivar la normatividad de los DESC afectados del artículo 26 de la CADH. Ello, dado que el texto de la Convención no contiene una enumeración exhaustiva de derechos económicos, sociales y culturales, a los que solo les dedica el capítulo III, que contiene un solo artículo, el referido 26. En contraste, el capítulo II de la Convención, dedicado a los derechos civiles y políticos, contiene un amplio desarrollo de 22 artículos, con sus respectivos incisos.

En lo que sigue se desarrollarán los argumentos a favor y en contra de la justiciabilidad directa de los DESC a partir del texto de la Convención Americana, concretamente, del artículo 26. Ese desarrollo se llevará a cabo con base en los argumentos de dos jueces de la Corte IDH, representativos de ambas posiciones. La argumentación por considerar no contiene referencias explícitas a la cuestión del activismo; sin embargo, es posible encontrar implicaciones del problema en los argumentos empleados por los jueces.

3. El problema del activismo judicial en la posición contraria a la justiciabilidad directa de los DESC en la Corte IDH

Por una cuestión metodológica se desarrollará, en primer lugar, la argumentación del juez Humberto Sierra Porto en el Caso Lagos del Campo *vs.* Perú. Se describirán y sistematizarán, sin pretensión de exhaustividad, las razones que llevaron a dicho a magistrado a oponerse a la justiciabilidad directa de los DESC en el marco del

[19] Corte IDH, Caso Gonzales Lluy y otros *vs.* Ecuador, cit., n.° 168.

[20] Dicho artículo dispone: "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" (énfasis agregado).

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sistema interamericano. Se argumentará que la posición adoptada en este voto es susceptible de enmarcarse en la línea de lo que previamente se ha identificado como "autorrestricción judicial".

Como se señaló, en el año 2017, la Corte IDH dictó sentencia en el Caso Lagos del Campo *vs.* Perú y, entre otras cosas, declaró –por mayoría de cinco votos contra dos– la violación del artículo 26 de la Convención Americana por parte del Estado peruano, en particular, del derecho a la estabilidad laboral. Respecto de ese punto de la sentencia, disintieron los jueces Eduardo Vio Grossi y Humberto Sierra Porto. La argumentación del juez Sierra Porto es susceptible de compendiarse en la identificación de al menos tres límites por los cuales la justiciabilidad directa del derecho a la estabilidad laboral no resulta posible.

3.1. El límite del tenor literal

El juez Sierra Porto aclaró que su posición personal es favorable a la justiciabilidad de los derechos sociales, pero que, sin embargo, su disidencia con la opinión mayoritaria en el caso tenía que ver con el modo en que esa justiciabilidad opera en el marco del sistema interamericano.[21] De este modo, argumentó, en primer lugar, que el artículo 26 de la Convención Americana no contiene un catálogo de derechos cuyo cumplimiento pueda ser verificado directamente por la Corte IDH. Por el contrario, lo que la Corte sí puede controlar es el cumplimiento de la obligación de desarrollo progresivo de dichos derechos.[22]

En segundo lugar, dado que el artículo 26 de la CADH contiene una remisión a la Carta de la OEA ("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"), el juez Sierra aclaró que lo que efectivamente puede encontrarse en ese instrumento es un listado de metas y expectativas que persiguen los países de la región, pero no un catálogo preciso de derechos subjetivos. De tal modo, si quisieran derivarse derechos económicos, sociales y culturales de la Carta de la OEA, debería efectuarse un arduo trabajo interpretativo.[23]

---

[21] Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto en el Caso Lagos del Campo *vs.* Perú, n.° 6.

[22] Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto en el Caso Lagos del Campo *vs.* Perú, n.° 8.

[23] Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto en el Caso Lagos del Campo *vs.* Perú, , n.° 9. La Carta de la OEA contiene referencias al derecho a trabajar y a sus condiciones, como el inciso g del artículo 34, que alude a salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables; o el inciso b del artículo 45, que califica el trabajo como derecho y deber social; o el artículo 46, que se refiere a la armonización de la legislación laboral y de la seguridad social. Sin embargo, no hay referencias expresas a la estabilidad laboral en sí misma.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En tercer lugar, el juez Sierra aclaró que el texto del artículo 26 remite a la Carta de la OEA. De ese modo, no podría integrarse dicha disposición normativa con otros instrumentos del sistema universal de derechos humanos, u otros sistemas regionales, por más de que se los califique como "vasto *corpus iuris*", parafraseando al voto de la mayoría. En sus palabras, la remisión a esos instrumentos no subsana ni cambia lo que el artículo 26 expresamente dispone.[24]

Recapitulando, para el juez Sierra Porto, la premisa normativa de la decisión judicial relativa a la justiciabilidad del derecho a la estabilidad laboral solo se encuentra integrada por el artículo 26 de la CADH y la Carta de la OEA. Si la *quaestio iuris* del razonamiento no contiene una consagración del derecho en cuestión o –al menos– una previsión expresa, el tribunal no puede declarar la responsabilidad del Estado en ese punto –o, al menos, no puede hacerlo mediante una metodología directa de justiciabilidad–. Para el magistrado, la construcción de un catálogo de DESC a partir de las limitadas disposiciones normativas con las que en este punto cuenta el juez interamericano implicaría la generación de una "vis expansiva" de responsabilidad de los Estados. En sus palabras, "al no tener presente un catálogo definido de los DESC cuya infracción genera responsabilidad de los Estados, estos no pueden prevenir ni reparar internamente las posibles infracciones porque básicamente la Corte IDH puede modificar el catálogo de los derechos dependiendo del caso".[25]

Este primer argumento, limitante de la metodología de justiciabilidad directa, supone asumir el llamado "límite del tenor literal" en la interpretación. Dicho límite marca la distinción entre interpretación y creación judicial del derecho.[26] Al respecto se ha señalado que el juez, al interpretar una proposición normativa, se encuentra con una proposición lingüística respecto de la cual debe determinar qué es lo que con ella se ha querido decir (intención pragmática). Frente a ello se ha señalado que "no puede atribuirse a una norma una motivación pragmática que no se adecue a las reglas semánticas y sintácticas del lenguaje en que se expresa".[27] En la argumentación del juez Sierra, la derivación de un derecho a la estabilidad laboral

[24] Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto en el Caso Lagos del Campo *vs*. Perú, n.° 12.

[25] Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto en el Caso Lagos del Campo *vs*. Perú, n.° 13. En este sentido, Ruiz Chiriboga ha señalado que la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador deben considerarse como el texto de un único tratado, y que el Protocolo no debe ignorarse porque expresa la voluntad de los Estados parte. Si ello es así, los derechos a los que los Estados se encuentran comprometidos son aquellos que derivan de la Carta de la OEA. De lo contrario, se estaría pasando por alto su voluntad [Oswaldo Ruiz Chiriboga, "The American Convention and the Protocolo of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non enforceability of economic, social and cultural rights in the Inter-American System", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, n.º 31 (2013): 185].

[26] Matthias Klatt, *Hacer el derecho explícito. Normatividad semántica en la interpretación jurídica*. Trad. por F. Campos Zamora (Madrid: Marcial Pons, 2017), 23.

[27] Pilar Zambrano, "La interpretación jurídica como co-creación", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, n.º 3 (2009): 404.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

a partir del artículo 26 de la CADH, y la consiguiente obligación para el Estado, constituye un *non sequitur*. Es decir, del material jurídico por interpretar, según su tenor literal, no es posible extraer una conclusión semejante.

La distinción entre interpretación y creación del derecho concluye su argumentación en este punto. Para el juez Sierra, los Estados –como partes en el proceso– no tendrán la capacidad de prever infracciones, o una posible decisión condenatoria de la Corte, si se derivan DESC de manera directa de la premisa normativa con la que se cuenta. Y no podrán hacerlo porque, en realidad, los jueces estarían modificando el catálogo de derechos a los que originariamente se comprometieron.

Por ello podría afirmarse que la posición del juez Sierra Porto asume en este punto las cualidades de *self restraint*. Precisamente, una de las posibles definiciones de activismo tiene que ver con la idea de "legislación judicial"[28] o creación judicial del derecho, es decir, se adopta una decisión que no se encuentra respaldada por un texto legal autoritativo.[29] Por el contrario, una posición deferente a los límites impuestos por los textos legales se restringe a sí misma, y no emite decisiones que no se encuentren garantizadas por las disposiciones normativas.[30]

3.2. El límite de la competencia

Otro de los argumentos esbozados en el voto parcialmente disidente del juez Sierra Porto tiene que ver con la competencia de la Corte IDH para declarar violaciones de derechos económicos, sociales y culturales. Para el magistrado, la respuesta a esta cuestión se encuentra en el Protocolo de San Salvador.[31] La relevancia de este instrumento consiste en la definición de los DESC que los Estados estarían obligados a cumplir.[32]

A continuación, el juez Sierra citó el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador, que dispone:

> En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la

[28] Kmiec, "The origin and current meanings of judicial activism", 1471.

[29] Arthur Glass, "The vice of judicial activism", en *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism,* ed. por Tom Campbell and Jeffrey Goldsworthy (London: Routledge, 2016), 355.

[30] Como se verá, uno de los problemas de este punto tiene que ver con que, precisamente, para la posición contraria, la justiciabilidad directa sí se encuentra garantizada por las previsiones de la Convención Americana.

[31] El Protocolo de San Salvador fue adoptado el 17 de noviembre de 1988 como adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

[32] Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto en el Caso Lagos del Campo *vs.* Perú, n.° 15.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El párrafo a) del artículo 8 se refiere a los derechos sindicales, mientras que el artículo 13 alude al derecho a la educación.

Por ello, el magistrado de la Corte IDH concluyó que "mediante esta disposición, los Estados resolvieron limitar la competencia de la Comisión y de la Corte para conocer de casos contenciosos que no se encuentren relacionados con algunos derechos sindicales y con el derecho a la educación".[33] Para el juez Sierra Porto, no es irrelevante que el Protocolo de San Salvador haya sido adoptado con fecha posterior a la Convención Americana. Por el contrario, esa circunstancia permite afirmar que lo contenido en el artículo 19.6 citado constituye la voluntad específica y posterior de los Estados sobre la competencia de la Corte IDH frente a los DESC.[34]

Nuevamente, desde otra perspectiva, la argumentación del juez Sierra Porto se inscribe en una línea de autorrestricción. Es decir, que frente a la disyuntiva entre ampliar competencias o restringirse, los argumentos del magistrado se ciñeron al tenor de un instrumento posterior y específico que, en sus palabras, limita el campo de acción del tribunal en virtud de la voluntad de los Estados. La actitud contraria, o sea, la tendencia a la ampliación de la competencia ha sido considerada un caso de activismo judicial por el cual los tribunales no se confinan a sí mismos a la resolución de conflictos jurídicos, sino a la realización de objetivos políticos, que afectan a muchas más personas e intereses que la resolución de disputas en márgenes estrechos.[35] Esa consideración amplia, también ha merecido críticas por el déficit de legitimación democrática que presenta.[36]

3.3. El límite de los precedentes y la seguridad jurídica

El tercer límite contenido en la argumentación contraria a la justiciabilidad directa tiene que ver con el valor de los precedentes. La sentencia dictada en Lagos del Campo *vs.* Perú implicó un cambio jurisprudencial, en cuanto supuso la adopción de una metodología de justiciabilidad autónoma. Sin embargo, para el juez Sierra Porto, el voto mayoritario no asumió que efectivamente se estaba cambiando el criterio de la Corte y se estaban dejando de lado los precedentes por los cuales la declaración de

---

[33] Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto en el Caso Lagos del Campo *vs.* Perú, n.° 17.

[34] Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto en el Caso Lagos del Campo *vs.* Perú, n.° 18.

[35] Holland, "Introduction", 1.

[36] Véase, entre otros, Glass, "The vice of judicial activism", 356.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

violación de DESC se desarrollaba a través de una metodología indirecta. Debido a esa falta de reconocimiento, para el juez Sierra, el voto mayoritario incumplió la carga argumentativa que supone el cambio de precedente.[37]

Para el juez Sierra Porto, una razón que explica la falta de reconocimiento del cambio de precedente es la asunción por parte de los integrantes de la mayoría que, en el caso, se estaba reiterando la jurisprudencia sostenida en Acevedo Buendía y otros *vs.* Perú.[38] En dicho caso –como se verá luego– la Corte IDH declaró su competencia para conocer de una posible violación del artículo 26 –en concreto, el derecho a la seguridad social–, pero concluyó en que dicha violación no había ocurrido.[39] Es decir, constituye un precedente en cuanto a la competencia, pero no en cuanto a la metodología de justiciabilidad.

Frente a ello, en palabras de Sierra Porto,

> los tribunales deben ser consistentes con sus decisiones previas, esta es una de las exigencias básicas […] para garantizar la seguridad jurídica y la efectiva aplicación del principio de igualdad a los destinatarios de sus decisiones. Los cambios súbitos e injustificados de jurisprudencia, resultan arbitrarios y minan la legitimidad de los órganos judiciales.[40]

Precisamente, este argumento constituye una de las manifestaciones de la autorrestricción judicial. Como se ha expresado, ignorar un precedente –en este caso, un precedente horizontal– constituye un caso de activismo.[41] Ello, por cuanto "cuando la Corte revierte una decisión propia o crea nuevo derecho de la nada, deja su rol de diseñadora de políticas públicas a la vista",[42] por tanto, ello supone una seria carga argumentativa.

Por otra parte, frente al cambio de la jurisprudencia, para Sierra Porto, "era imperante que se reconociera que se estaba realizando un cambio jurisprudencial, que se alejaba de la posición de las decisiones anteriores que al respecto ha tomado la

---

[37] Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto en Caso Lagos del Campo *vs.* Perú, n.° 35.

[38] Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y jubilados de la Contraloría") *vs.* Perú, Sentencia de 1 de julio de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

[39] Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y jubilados de la Contraloría") *vs.* Perú, cit., punto resolutivo 3.

[40] Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto en el Caso Lagos del Campo *vs.* Perú, n.° 36.

[41] Kmiec, "The origin and current meanings of judicial activism", 1466.

[42] Walter Murphy, *Elements of Judicial Strategy* (Chicago: University of Chicago Press, 1964), 204, citado en Saul Brenner and Harold Spaeth, *Stare Indecisis. Las alteraciones del precedente en la Corte Suprema de Estados Unidos, 1964-1992*. Trad. por S. Figueroa Rubio and C. Spoerer Grau (Madrid: Marcial Pons, 2017), 20. La referencia de la cita a "la Corte" alude a la Corte Suprema de Estados Unidos.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Corte IDH y explicara con fundamentos de mucho peso las razones por las cuales consideraba necesario realizar dicho cambio".[43] Y la razón de ello es que

> … los valores en juego son la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad, por lo que los Estados y todas las personas sujetas a la jurisdicción de la Convención Americana deben entender las razones de mucho peso que tuvo el Tribunal para variar su precedente. Más si se tiene en cuenta que este no es un simple cambio jurisprudencial, pues en el fondo lo que se hace en esta Sentencia es una mutación de la Convención Americana y, por esta vía, una transformación esencial del sistema de justicia interamericana.[44]

4. El problema del activismo judicial en la posición favorable a la justiciabilidad directa de los DESC en la Corte IDH

En el análisis de la posición a favor de la justiciabilidad directa de los DESC se considerarán los argumentos brindados por el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso Suárez Peralta *vs*. Ecuador,[45] complementado con los aportes del voto conjunto en Cuscul Pivaral y otros *vs.* Guatemala,[46] y el voto concurrente del juez Pazmiño en Lhaka Honhat *vs*. Argentina". Se tomarán estos precedentes como bloque argumentativo que contrasta con los argumentos analizados en el epígrafe precedente.

4.1. El argumento sustantivo

La argumentación del juez Ferrer Mac-Gregor en Suárez Peralta *vs*. Ecuador constituyó un alegato a favor de la justiciabilidad directa de los DESC que, en ese caso concreto, no se implementó. Para el magistrado, la metodología indirecta "no otorga una eficacia y efectividad plena de esos derechos, desnaturaliza su esencia, no abona al esclarecimiento de las obligaciones estatales sobre la materia y, en definitiva, provoca traslapes entre derechos, lo que lleva a confusiones innecesarias en los tiempos

---

[43] Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto en el Caso Lagos del Campo *vs.* Perú, n.° 37.

[44] Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto en el Caso Lagos del Campo *vs.* Perú, n.° 37.

[45] Corte IDH, Caso Suárez Peralta *vs.* Ecuador, Sentencia de 21 de mayo de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

[46] Corte IDH, Caso Cuscul Pivaral y otros *vs.* Guatemala Sentencia de 23 de agosto de 2018, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

actuales de clara tendencia hacia el reconocimiento y eficacia normativa de *todos los derechos*"[47] (énfasis agregado).

El punto de partida para abogar por la justiciabilidad directa es una razón sustantiva: los derechos humanos son interdependientes e indivisibles. Por tanto, no es adecuado establecer una distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales.[48] Para el juez Ferrer Mac-Gregor, este argumento posee profundos alcances: establece una relación fuerte y de igual importancia entre ambas categorías de derechos, obliga a interpretar todos los derechos de manera conjunta, otorga una visión autónoma a los DESC conforme a su esencia y características propias, conduce a declarar la violación del deber de garantía de los derechos derivados del artículo 26 de la CADH[49] en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2, precisa las obligaciones que deben cumplir los Estados en materia de DESC, permite una interpretación evolutiva del *corpus iuris* interamericano, y proporciona un fundamento más para utilizar otros instrumentos e interpretaciones de organismos internacionales relativas a los DESC con el fin de darles contenido.[50]

Para el magistrado, este principio sustantivo ha tenido su recepción en el ámbito de la jurisprudencia interamericana y, por tanto, posee el valor de precedente judicial. En concreto, alude a la sentencia dictada por la Corte IDH en Acevedo Buendía y otros *vs*. Perú, caso en el cual el tribunal aceptó su competencia para conocer la posible violación del artículo 26 de la CADH.[51] La evolución de la jurisprudencia sobre el tópico llevó a que, en 2018, en el Caso Cuscul Pivaral *vs*. Guatemala, la Corte declarara la violación del artículo 26 y reforzara sus argumentos sobre la justiciabilidad directa de los DESC.

El recurso al argumento sustantivo de la indivisibilidad de los derechos podría considerarse un indicio de cierta actitud activista en el presente voto concurrente,

---

47 Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso Suárez Peralta *vs*. Ecuador, n.° 11.

48 Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso Suárez Peralta *vs*. Ecuador, n.° 15.

49 En este sentido, en el n.° 78 del Caso Cuscul Pivaral, la Corte señaló que, efectivamente, del artículo 26 de la CADH se derivan derechos internacionalmente exigibles. Sin embargo, en el n.° 97 efectuó una precisión importante: "Corresponderá, en cada caso concreto que requiera un análisis de Desca, determinar si de la Carta de la OEA se deriva explícita o implícitamente un derecho humano protegido por el artículo 26 de la Convención Americana, así como los alcances de dicha protección".

50 Corte IDH, Caso Cuscul Pivaral, cit., n.° 27.

51 Según ha señalado Parra Vera, la admisión de la hipótesis de que el artículo 26 incluye derechos sociales apareja tres problemas concretos: cuáles son los derechos que se pueden inferir de la Carta de la OEA; cuáles son los alcances de la cláusula de desarrollo progresivo y cómo operan las obligaciones estatales en relación con estos derechos [Óscar Parra Vera, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el sistema interamericano* (México: CNDH, 2011), 16].

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

así como en la decisión mayoritaria de Lagos del Campo y de Cuscul Pivaral. Ello, no supone necesariamente una calificación peyorativa. Por el contrario, se ha señalado la existencia de un activismo "bueno" cuando la decisión judicial contribuye a la ampliación de la lista de los derechos protegidos, a atemperar decisiones legislativas restrictivas de derechos fundamentales u otorgarles nuevos alcances interpretativos.[52] Para otros autores, este tipo de argumentos constituye un caso de activismo porque implica que el juez se basa en razones propias, subestimando lo que el derecho prescribe.[53]

4.2. El principio hermenéutico de la decisión

Otro elemento de soporte de la argumentación favorable a la justiciabilidad directa de los DESC es un criterio interpretativo que, por su fuerza argumentativa, contribuye a la adopción de determinados cursos de acción. Como se ha señalado, a partir de las normas por interpretar es preciso identificar el sentido de cada una de ellas y un sentido global que unifique el conjunto de las normas relevantes.[54] El sentido global de las prácticas constitucionales, que no precise de una justificación ulterior, tiene que ver con la igual consideración y respeto de cada persona humana, es decir, del valor intrínseco de cada ser humano.[55]

La recepción jurídica de ese principio hermenéutico es el llamado principio *pro homine*. Precisamente, ese criterio asumió el juez Ferrer Mac-Gregor para disipar posibles dificultades normativas en el desarrollo de su postura. En sus palabras, la resolución de los posibles problemas debe darse "a partir de una interpretación sistemática, teleológica, evolutiva y que tenga en cuenta la interpretación más favorable para impulsar la mejor protección del ser humano y el objeto y fin del artículo 26 de la Convención Americana respecto a la necesidad de garantizar efectivamente los derechos económicos, sociales y culturales".[56] Según el principio reconocido en el artículo 29 de la CADH, "el principio *pro persona* implica, *inter alia*, efectuar la

[52] Pablo Manili, "El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema", *La Ley* (2006): 2-3.

[53] Kmiec, "The origin and current meanings of judicial activism", 1476. En palabras del actual juez de la Corte Suprema argentina Carlos Rosenkrantz, "un juez no puede ser original porque eso es tomar al derecho en sus propias manos y un juez no tiene la atribución política de tomar el derecho en sus propias manos […] yo no creo que un juez deba importar su propia teoría constitucional a su labor judicial" [Universidad Torcuato Di Tella, "Vistas desde la catedral: una entrevista con Carlos Rosenkrantz", *Revista Argentina de Teoría Jurídica Universidad Torcuato Di Tella*, n.º 17 (2016): 83].

[54] Pilar Zambrano, "El derecho como práctica y como discurso. La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación", *Dikaion,* n.º 18 (2009): 120.

[55] Zambrano, "El derecho como práctica y como discurso. La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación", 122.

[56] Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso Suárez Peralta *vs*. Ecuador, n.º 45.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, lo que impide, además, que se utilicen otros instrumentos internacionales para restringir los derechos de la Convención Americana".[57]

La apelación a la noción de persona humana como criterio interpretativo y decisional ha sido invocada por el juez Pazmiño en su voto concurrente en Lhaka Honhat *vs*. Argentina, al señalar que "en ciertas oportunidades, se impone implementar una hermenéutica más expansiva de la norma en pos de garantizar una mejor protección del ser humano".[58]

4.3. La contestación a los límites del tenor literal y de competencia

La argumentación del juez Ferrer Mac-Gregor de algún modo trata de manera conjunta la cuestión de los límites literales y de competencia a los que se hizo referencia. El magistrado reconoce "una aparente tensión interpretativa con los alcances que deben darse al artículo 26 del Pacto de San José en relación con el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador que limita la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales a sólo a ciertos derechos".[59] Frente a esa tensión, el juez citó el voto de la magistrada de la Corte IDH Margarette May Macaulay en el Caso Furlan *vs*. Argentina, para quien el Protocolo de San Salvador "no establece ninguna disposición cuya intención fuera limitar el alcance de la Convención Americana".[60]

Según la magistrada, tanto la CADH como el Protocolo de San Salvador deben interpretarse de manera sistemática y de buena fe. Ello supone no establecer distinciones entre los derechos reconocidos entre los artículos 3 y 26 de la Convención (argumento de la indivisibilidad). En segundo lugar, como la práctica del derecho de los tratados excluye la posibilidad de resultados manifiestamente absurdos o irracionales como producto de la interpretación, tampoco debería considerarse que el Protocolo de San Salvador restrinja el alcance de los derechos reconocidos por la Convención Americana.[61]

Finalmente, la magistrada interamericana concluye con un argumento que el juez Ferrer Mac-Gregor hace suyo:

> *… lo que importa no es la intención subjetiva de los delegados de los Estados en el momento de la Conferencia de San José o durante la discusión del Protocolo*

---

[57] Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso Suárez Peralta *vs*. Ecuador, n.° 68. En el mismo sentido, Corte IDH, Caso Cuscul Pivaral *vs*. Guatemala, n.° 92.

[58] Voto concurrente del juez Patricio Pazmiño Freire en el Caso Lhaka Honhat *vs*. Argentina, n.° 11.

[59] Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso Suárez Peralta *vs*. Ecuador, n.° 35.

[60] Voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay en el Caso Furlan *vs*. Argentina, n.° 8.

[61] Voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay en el Caso Furlan *vs*. Argentina, n.° 8.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> *de San Salvador, sino la intención objetivada del texto de la Convención Americana*, tomando en cuenta que el deber del intérprete es actualizar el sentido normativo del instrumento internacional.[62] (Énfasis agregado)

De este modo, puede observarse el contraste entre este argumento, cuyo respaldo está dado por la deferencia a la indivisibilidad de los derechos, y el argumento de la posición contraria a la justiciabilidad directa, deferente a la voluntad de los Estados, y su conocimiento previo de las obligaciones emanadas de la Convención.[63]

A partir de ello, la estrategia argumentativa del juez Ferrer Mac-Gregor fue considerar que la competencia de la Corte IDH es sobre todos los derechos, y que tanto respecto de unos –civiles y políticos– como de otros –DESC– son aplicables las obligaciones generales de respeto, garantía y adecuación, contenidas en los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana.[64] Luego, añadió que, frente al alcance de esas obligaciones, el Protocolo de San Salvador no ha establecido nada, y que si hubiera sido la voluntad de los Estados restringir aquel alcance respecto de los DESC, ello debería haberse expresado de forma inequívoca.[65]

Haciendo valer el principio hermenéutico indicado, el juez interamericano argumentó que "lo que corresponde es aplicar el principio de interpretación más favorable no sólo en relación con aspectos sustantivos de la Convención sino también en aspectos procesales relacionados con la atribución de competencia, siempre y cuando exista un conflicto interpretativo concreto y genuino".[66] A continuación, explicó: "Es claro que la Corte IDH no puede declarar la violación del derecho a la salud en el marco del Protocolo de San Salvador, porque así se advierte de la literalidad del artículo 19.6 del mismo".[67] Sin embargo, le dio al Protocolo de San

---

[62] Voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay en el Caso Furlan *vs*. Argentina, n.° 9.

[63] En este sentido, una de las definiciones del Caso Cuscul Pivaral *vs*. Guatemala ha sido la determinación de que la Convención Americana no es cualquier tratado multilateral donde la voluntad de las partes resulta concluyente, sino un tratado de derechos humanos, donde lo concluyente es el texto convencional (CIDH, Caso Cuscul Pivaral *vs.* Guatemala, n.° 77).

[64] Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso Suárez Peralta *vs*. Ecuador, n.° 41.

[65] Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso Suárez Peralta *vs*. Ecuador, n.° 42. En su voto concurrente en el Caso Lhaka Honhat *vs*. Argentina, n.° 4, el juez Pazmiño aclaró, en este sentido, que la conclusión de justiciabilidad de los DESC a partir de las disposiciones de la Carta de la OEA "no lleva al resultado de 'crear' o 'innovar' obligaciones internacionales o normativas amplias o abstractas, pues esto claramente, no solo que atentaría contra el principio de seguridad jurídica relacionado con el principio de legalidad, sino que adicionalmente haría imposible a los Estados que puedan prever la conducta que deben adoptar frente a los compromisos asumidos internacionalmente".

[66] Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso Suárez Peralta *vs*. Ecuador, n.° 43.

[67] Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso Suárez Peralta *vs*. Ecuador, n.° 47.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Salvador un lugar de mera orientación interpretativa más que de fuente vinculante de obligaciones de derechos humanos.

De ese modo, si el Protocolo de San Salvador puede usarse como criterio orientador, también pueden serlo otras posibles fuentes de derecho internacional. Así, la argumentación del juez Mac-Gregor se encaminó a demostrar que el recurso a otras fuentes internacionales constituye una práctica de la Corte IDH para complementar la Convención Americana, haciendo referencia a un *corpus iuris* internacional.[68] Precisamente, este argumento sirvió de base –como se señaló– para integrar la premisa normativa de Lagos del Campo y abrir paso a la metodología de justiciabilidad directa.

En consecuencia, a partir del argumento sustantivo de la invisibilidad e interdependencia de los derechos, y del principio hermenéutico *pro persona*, la argumentación del juez Ferrer Mac-Gregor le permitió interpretar el artículo 26 de la Convención Americana de modo que permitiera la justiciabilidad autónoma de los DESC como cumplimiento de los deberes generales previstos en la Convención, sin que las disposiciones del Protocolo de San Salvador –límites de competencia– pudieran ser obstáculo para esa conclusión.

La argumentación efectuada por el juez Ferrer Mac-Gregor para conseguir la justiciabilidad de los DESC resulta interesante. Se trata de una estrategia argumentativa marcada por razones sustantivas y que muestra la fisonomía de un tribunal "activo" para conseguir la satisfacción de los derechos humanos. Sin embargo, surge un posible interrogante que tiene que ver con la tensión que esta estrategia argumental produce con respecto al principio *pacta sunt servanda*.[69]

En efecto, se ha señalado que este principio posee una doble dirección:

> Para los estados nacionales significa que ellos han de cumplir las obligaciones internacionales que han asumido con la ratificación de la CADH y en caso de no hacerlo podrán ser observados o condenados por los órganos establecidos en el SIDH. Pero para estos últimos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), implica que ellos han de ceñir su actuación a la específica voluntad común de los estados nacionales puesta de manifiesto con la firma de

[68] Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso Suárez Peralta *vs.* Ecuador, n.° 56. Para Ruiz Chiriboga, no corresponde recurrir a otros instrumentos internacionales porque el artículo 26 CADH solo hace referencia a la Carta de la OEA (Oswaldo Ruiz Chiriboga, "The American Convention and the Protocolo of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non enforceability of economic, social and cultural rights in the Inter-American System", 186).

[69] Los argumentos del juez Pazmiño en el n.° 4 del Caso Lhaka y del voto conjunto en el n.° 77 del Caso Cuscul Pivaral parecen contestar de algún modo a esta tensión: la Corte no crea obligaciones, y la CADH no es cualquier tratado multilateral.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

> la CADH, teniendo siempre también en cuenta las normas de *ius cogens* que tienen operatividad propia.[70]

En este sentido, un desafío para las estrategias argumentales centradas en objetivos sustantivos supone valorar también los otros principios normativos que gobiernan la práctica institucional del sistema interamericano; de lo contrario, esa falta de valoración también implica ciertos sacrificios.

Conclusión

El activismo judicial posee diversas manifestaciones. Un posible núcleo común de esas expresiones tiene que ver con la expansión de los efectos de la decisión judicial fuera del caso en que se presenta, hacia otro extremo, el de la política pública. El activismo, a su vez, puede ser catalogado como negativo o positivo, según que la decisión se caracterice por una vulneración del derecho establecido, o cree nuevo derecho ante la ausencia de legislación.

Una posible manera de considerar al activismo tiene que ver con el traspaso de límites normativos. De este modo, el carácter problemático del activismo surge cuando, aunque en lo inmediato los efectos de la decisión sean positivos (por ejemplo, porque son beneficiosos para los derechos humanos), en lo mediato esos efectos pueden suponer el sacrificio de ciertos principios (como el imperio del derecho, o la democracia), los cuales, a su vez, resguardan ciertos objetivos sustantivos relevantes (como la seguridad jurídica, la previsibilidad, o el respeto de las minorías o mayorías).

Una noción contraria al activismo judicial es la idea de *self restraint*, que evoca, en términos generales, el mantenimiento de los efectos de la decisión judicial dentro de sus cauces institucionales. Los orígenes de esta idea se dan en el marco del control de constitucionalidad, contexto en el cual los jueces deben guardar deferencia hacia el legislador. En términos más amplios, esa deferencia debería guardarse no solo respecto del legislador, sino también de las agencias ejecutivas, de los precedentes y de los límites de los textos normativos.

Por otra parte, en el ámbito de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la justiciabilidad de los DESC ha presentado una evolución desde metodologías indirectas a metodologías autónomas. El derrotero hacia el cambio de jurisprudencia en el Caso Lagos del Campo *vs*. Perú no ha sido pacífico, y esa jurisprudencia parece irse consolidando.

En efecto, la posición contraria a la justiciabilidad directa se ha basado en los términos en que está redactada la Convención Americana, en el límite de la

[70] Alfonso Santiago, "El principio de subsidiariedad y la doctrina del margen nacional de apreciación", *pro-manuscrito* (2019): 6.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

competencia de la Corte IDH y en la seguridad jurídica. La posición favorable a la metodología autónoma se ha basado en la interdependencia e indivisibilidad de los derechos, en el principio *pro persona*, y en la irrelevancia de las objeciones de competencia y de límites textuales. En principio, es posible identificar a la primera posición como *self restraint* y a la segunda como activista, en favor de los derechos humanos. El desafío para la Corte IDH tiene que ver con resguardar el principio *pacta sunt servanda*, fundante del sistema.

Bibliografía

Aguirre Castro, Pamela. "Los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista Interamericana de Derechos Humanos,* n.º 67 (2018): 155-202.

Brenner, Saul y Harold Spaeth. *Stare Indecisis. Las alteraciones del precedente en la Corte Suprema de Estados Unidos, 1964-1992.* Traducido por S. Figueroa Rubio y C. Spoerer Grau. Madrid: Marcial Pons, 2017.

Campbell, Tom. "Democratic Aspects of Ethical Positivism". En *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism,* editado por Tom Campbell y Jeffrey Goldsworthy, 3-36. London: Routledge, 2016.

De Lora, Pablo. "La interpretación originalista de la constitución: una aproximación desde la filosofía del derecho". Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Madrid, 1997.

De Lora, Pablo. "La posibilidad del constitucional thayeriano". *Doxa*, n.º 23 (2000): 49-75.

Glass, Arthur. "The vice of judicial activism". En *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism,* editado por Tom Campbell y Jeffrey Goldsworthy, 355-369. London: Routledge, 2016.

González Domínguez, Pablo. "Los aportes del Caso Cuscul Pivaral y otros *vs.* Guatemala a la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales". En *La interamericanización de los Desca. El Caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*, coordinado por Mariela Morales Antoniazzi, 153-182. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.

Holland, Kenneth. "Introduction". In *Judicial Activism in Comparative Perspective*, edited by Kenneth Holland, 1-12. New York: St. Martin´s Press, 1991.

Klatt, Matthias. *Hacer el derecho explícito. Normatividad semántica en la interpretación jurídica.* Traducido por F. Campos Zamora. Madrid: Marcial Pons, 2017.

Kmiec, Keenan. "The origin and current meanings of judicial activism". *California Law Review*, n.º 92 (2004): 1442-1478.

Manili, Pablo. "El activismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema". *La Ley* (2006): 1-8.

DR © Konrad Adenauer Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Parra Vera, Óscar. *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el sistema interamericano.* México: CNDH, 2011.

Racimo, Fernando. "El activismo judicial. Sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional". *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, n.º 2 (2015): 101-181.

Ruiz Chiriboga, Oswaldo. "The American Convention and the Protocolo of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non enforceability of economic, social and cultural rights in the Inter-American System". *Netherlands Quarterly of Human Rights*, n.º 31 (2013): 159-186.

Santiago, Alfonso. *La Corte Suprema y el control político. Función política y posibles modelos institucionales.* Buenos Aires: Ábaco, 1999.

Santiago, Alfonso. "El principio de subsidiariedad y la doctrina del margen nacional de apreciación". *Pro-manuscrito*, 2019.

Sowell, Thomas. *Judicial activism reconsidered*. Series Essays in Public Policy 13. Stanford: Hoover Institution - Stanford University, 1989.

Thayer, James Bradley. "The origin and scope of the American Doctrine of Constitutional Law". *Harvard Law Review* 7, n.º 3 (1893): 129-156.

Universidad Torcuato Di Tella. "Vistas desde la catedral: una entrevista con Carlos Rosenkrantz". *Revista Argentina de Teoría Jurídica Universidad Torcuato Di Tella*, n.º 17 (2016).

Zambrano, Pilar. "El derecho como práctica y como discurso. La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación". *Dikaion,* n.º 18 (2009): 109-133.

Zambrano, Pilar. "La interpretación jurídica como co-creación". *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, n.º 3 (2009): 375-414.

Documentos legales y jurisprudencia

Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y jubilados de la Contraloría") *vs.* Perú, Sentencia de 1 de julio de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH. Caso Furlan *vs.* Argentina, Sentencia de 31 de agosto de 2012. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH. Caso Suárez Peralta *vs.* Ecuador, Sentencia de 21 de mayo de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros *vs.* Ecuador, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas.

Corte IDH. Caso Lagos del Campo *vs.* Perú, Sentencia de 31 de agosto de 2017. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros *vs.* Guatemala, Sentencia de 23 de agosto de 2018, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH. Caso Lhaka Honhat *vs.* Argentina, Sentencia de 6 de febrero de 2020, Fondo, Reparaciones y Costas.

DR © Konrad Adenaur Stiftung e. V. - http://www.kas.de/rspla/es/