

ANÁLISIS DE LOS VOTOS DISIDENTES O INDIVIDUALES DE JUECES URUGUAYOS EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

María Elena Rocca**
Mariel Lorenzo Pena***

RESUMEN. *En el 2019 se conmemoran 40 años de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Durante estas cuatro décadas, tres de sus ministros han sido uruguayos: Héctor Gros Espiell, Alberto Pérez Pérez y, en la actualidad, Ricardo Pérez Manrique. La fecha se convierte en una oportunidad para analizar su participación en las sentencias del órgano regional.*

Los objetivos planteados fueron: a) sistematizar cuantitativamente las opiniones disidentes o individuales de los magistrados Gros Espiell y Pérez Pérez, ya fallecidos, b) intentar relevar criterios sustantivos en esos votos disidentes o individuales y c) explorar si estas disidencias o fundamentos particulares están relacionadas con las opiniones de la doctrina uruguaya más aceptada o no.

* El presente artículo fue escrito en base a la exposición realizada en la 2019 Annual Conference of ICONS The International Society of Public Law on “Public Law in Times of Change” en julio de 2019 en Santiago de Chile. Los antecedentes de esta investigación fueron presentados en el 1er. Encuentro de Mujeres Investigadoras, llevado adelante por la Unidad de Investigación Académica de Facultad de Derecho de la Universidad de la República, los días 26 y 27 de marzo de 2019.

** María Elena Rocca: Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Escribana Pública y Licenciada en Filosofía por la UdelaR. Profesora Adscripta en Derecho Público I (Constitucional) por la UdelaR. Curso especializaciones en la Universidad Castilla-La Mancha (Toledo, España) y en el Instituto Internacional de Administración Pública (París, Francia). Profesora Agregada de Derecho Público I (UdelaR). Autora de publicaciones en su campo. Correo electrónico: mariaelenarocca@gmail.com

*** Mariel Lorenzo Pena: Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la UdelaR. Profesora Adscripta en Derecho Constitucional por la UdelaR. Cursando Maestría LL.M. –Máster en Derecho– por la Universidad de Montevideo. Profesora Asistente (Grado II) de Derecho Constitucional (UdelaR). Correo electrónico: mariel.lorenzo.pena@gmail.com

Para ello, se realizó una búsqueda en el sitio web de la Corte Interamericana de Justicia de las sentencias en las que hubieran participado los jueces indicados.

De ellas, el estudio se restringió a aquellas en las que su voto fue disidente o individual en los términos del artículo 66.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos habilita.

PALABRAS CLAVES. *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Jueces uruguayos. Votos disidentes o individuales.*

ABSTRACT. *In 2019, 40 years of the creation of the Inter-American Court of Human Rights are commemorated. During these four decades, three of its ministers have been Uruguayans: Héctor Gros Espiell, Alberto Pérez Pérez and, currently, Ricardo Pérez Manrique. The date becomes an opportunity to analyze their participation in the judgments of the regional body. The objectives set out were: a) quantitatively systematize the dissenting or individual opinions of Judges Gros Espiell and Pérez Pérez, who have already passed away, b) try to relieve substantive criteria in those dissenting or individual votes; and c) explore if these particular dissidents or foundations are related to the opinions of the most accepted Uruguayan academic legal opinion or not. For this, a search will be carried out on the website of the Inter-American Court of Justice regarding the judgments in which the indicated judges have participated. Of these, the study will be restricted to those in which their vote was dissident or individual under the terms of Article 66.2 of the American Convention on Human Rights.*

KEY WORDS. *Inter-American Court of Human Rights. Uruguayan judges. Dissident or individual votes.*

1. INTRODUCCIÓN

Dos cuadragésimos aniversarios se conmemoran en 2019: la celebración de la entrada en vigor de la Convención Americana de Derechos Humanos y la institucionalización de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) prevista en dicho instrumento.

Durante estas décadas, tres de los Jueces que han integrado la Corte IDH han sido uruguayos: Héctor Gros Espiell, Alberto Pérez Pérez y, en la actualidad, Ricardo Pérez Manrique.

La fecha se convierte en una oportunidad para analizar su participación en las sentencias del órgano regional cuya labor ha alcanzado singular protagonismo.

2. OBJETIVOS

El objetivo general de esta investigación es contribuir al conocimiento respecto de la intervención de los Jueces nacionales en la Corte IDH. En especial, en lo que dice relación con sus votos disidentes o individuales.

Sabido es que el análisis de este tipo de votos es de especial interés para la doctrina, por ejemplo, para realizar estudios jurídicos evolutivos y comparativos.

Los objetivos particulares se sintetizan en tres:

Sistematizar cuantitativamente las opiniones disidentes o individuales de los Jueces Gros Espiell (Montevideo, 17 de setiembre de 1926 - Montevideo, 30 de noviembre de 2009, período 1985-1990) y Alberto Pérez Pérez (Montevideo, 15 de junio de 1937 - Montevideo, 2 de septiembre de 2017, período 2010-2015), y Pérez Manrique (período 2019-).

Describir criterios sustantivos en esos votos disidentes o individuales.

Explorar si respecto de las argumentaciones de los mencionados votos individuales o disidentes es posible establecer relaciones, por ejemplo, con opiniones de la dogmática uruguaya más recibida.

3. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La investigación realizada es del tipo empírico-jurídica, descriptiva y se han empleado técnicas de análisis cuantitativo y cualitativo.

4. MARCO NORMATIVO DE LA INVESTIGACIÓN

El marco normativo de la investigación es el sistema interamericano de reconocimiento o consagración y protección de los derechos humanos constituido por la Convención Americana de DDHH y los Protocolos Adicionales aplicables al Sistema Regional.

Son órganos del sistema regional: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En cuanto al concepto discutible y discutido de los derechos humanos se adoptará la siguiente perspectiva jurídica teórica:

Se tiene un derecho cuando: 1) existen disposiciones jurídicas que refieran a él; 2) existen los mecanismos jurídicos que lo garantizan y 3) si 1) y 2) son empleadas o aceptadas por los jueces de tal manera que sea posible prever que si un derecho en cuestión es violado, recibirá una efectiva tutela jurisdiccional (Guastini, 2003).

5. DATOS CUANTITATIVOS APORTADOS POR LA INVESTIGACIÓN

Metodología

Se relevaron todas las sentencias dictadas por la Corte IDH que lucen en su sitio web oficial.

Respecto de ellas, se detectaron los casos en que hubo votos disidentes o individuales de jueces nacionales.

El análisis de los casos se realizó en base al resumen oficial del caso publicado y al voto disidente o individual también publicado.

Se agruparon las opiniones disidentes o individuales según distintos parámetros que se consideraron relevantes, a vía de ejemplo: Estado demandado, derecho vulnerado, si abarcaron temas que ocupan, según el criterio de las investigadoras, a la dogmática nacional: leyes de amnistía en caso delitos de lesa humanidad, derechos sociales, derechos sexuales, objeción de conciencia.

Primer resultado y precisión

Se detectaron 12 casos en los que el juez Pérez Pérez tuvo un voto disidente o individual en los términos que habilita el artículo 66.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

No se ubicaron casos en los que los Jueces Gros Espiell y Pérez Manrique hicieran uso de esa potestad.

De los 12 casos encontrados, no todos son definidos por el juez Pérez Pérez como votos disidentes o individuales. Se agrupan, de acuerdo a su redacción, de la siguiente manera:

2 son casos que el juez Pérez Pérez refiere como votos razonados: Liakat Ali Alibux vs. Suriname y Suárez Peralta vs. Ecuador.

2 son casos que el juez Pérez Pérez califica como votos concurrentes: Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador y Canales Huapaya y otros vs. Perú.

1 caso referido como voto razonado concurrente: Mémoli vs. Argentina.

6 son votos parcialmente disidentes: Atala Riffo y niñas vs. Chile, Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, Mohamed vs. Argentina, Cruz Sánchez y otros vs. Perú, Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam y Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela.

1 caso calificado como voto totalmente disidente: Comunidad campesina de Santa Bárbara vs. Perú.

Se recuerda que el artículo 66 de la CIDH establece en su segundo punto que «si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de estos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual».

Esto es, el juez Pérez Pérez hace una categorización más compleja de sus votos que la prevista por la Convención.

¿Cuál es su fuente? ¿Cuál la base de la distinción?

No ciertamente, la Convención.

En general, votos razonados son aquellos donde el juez expone su argumentación sobre el caso y votos concurrentes o razonados concurrentes son aquellos en los que el juez coincide con el fallo en mayoría pero no con su argumentación.

La respuesta a estas interrogantes plantea a las autoras el realizar una investigación posterior para intentar responderlas.

Discriminación en categorías de los casos en los que el juez Pérez Pérez realizó votos particulares o disidentes conforme la terminología de la Convención

En cuanto a los Estados demandados, de los veintitrés que ratificaron o adhirieron (y no han denunciado la Convención) los casos encontrados son entablados contra siete de ellos. Perú es parte en tres casos, Ecuador, Argentina y Suriname son parte en dos casos cada uno y Chile, Colombia y Venezuela son parte en un caso cada uno.

Si se analizan los derechos en juego (considerando que en varios casos existen diversas situaciones jurídicas interrelacionadas) y sin diferenciar si el Estado fue encontrado o no responsable, puede arribarse a las siguientes conclusiones:

Derecho a la vida: Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia y Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador.

Derecho a la protección contra la desaparición forzada: Comunidad campesina de Santa Bárbara vs. Perú.

Derecho a la integridad personal: Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, Suárez Peralta vs. Ecuador, Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, Cruz Sánchez y otros vs. Perú y Comunidad campesina de Santa Bárbara vs. Perú.

Protección contra la desaparición forzada: Comunidad campesina de Santa Bárbara vs. Perú.

Derecho a la protección de la honra y la dignidad: Atala Riffo y niñas vs. Chile y Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia.

Principio de legalidad y de irretroactividad: Liakat Ali Alibux vs. Suriname y Mémoli vs. Argentina.

Derecho a la libertad de expresión: Mémoli vs. Argentina y Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela.

Derecho a la propiedad privada (en algún caso afectada por la duración del proceso): Mémoli vs. Argentina, Canales Huapaya y otros vs. Perú y Comunidad campesina de Santa Bárbara vs. Perú.

Derecho de circulación y residencia (en algún caso- el derecho a salir libremente del país de origen): Liakat Ali Alibux vs. Suriname y Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia.

Derecho a la vida privada y familiar: Comunidad campesina de Santa Bárbara vs. Perú y Atala Riffo y niñas vs. Chile.

Derecho a conocer la verdad: Comunidad campesina de Santa Bárbara vs. Perú.

Derecho a la igualdad y la no discriminación: Atala Riffo y niñas vs. Chile y Canales Huapaya y otros vs. Perú.

Derecho a la propiedad colectiva: Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam.

Derechos políticos de los pueblos originarios: Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam.

Si se pone el foco en el **derecho de defensa y acceso a la justicia**, se destaca el número de casos en los que estos están involucrados. El análisis es el siguiente:

Derecho a ser oído: Atala Riffo y niñas vs. Chile y Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela.

Garantía de imparcialidad: Atala Riffo y niñas vs. Chile.

Debido proceso: Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela. **Derecho a las garantías judiciales, en particular el derecho a recurrir el fallo:** Liakat Ali Alibux vs. Suriname, Mohamed vs. Argentina, Suárez Peralta vs. Ecuador, Cruz Sánchez y otros vs. Perú y Comunidad campesina de Santa Bárbara vs. Perú.

Derecho a la protección judicial: Liakat Ali Alibux vs. Suriname, Suárez Peralta vs. Ecuador, Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, Cruz Sánchez y otros vs. Perú y Comunidad campesina de Santa Bárbara vs. Perú.

Garantía judicial al plazo razonable (en algún caso penal y en otros civil): *Mémoli vs. Argentina, Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador y Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela.*

Acceso real a la justicia: *Canales Huapaya y otros vs. Perú.*

Por último, otros derechos:

Educación: *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador.*

Protección a la familia: *Atala Riffo y niñas vs. Chile.*

Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica: *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam.*

Derecho a la identidad cultural: *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam.*

Derecho al deber de adoptar las disposiciones de derecho interno: *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam.*

6. ANÁLISIS CUALITATIVO

A continuación se analizan los fallos en los que el juez Pérez Pérez utiliza la potestad mencionada con anterioridad y que llamaron la atención de las autoras. A saber: casos relacionados con derechos sociales y su justiciabilidad¹, el margen de apreciación nacional y la desaparición forzada de personas.

- **Caso Suárez Peralta vs Ecuador. Voto razonado.**

El fallo responsabiliza a Ecuador por vulnerar el derecho a la integridad personal (artículo 5.1. en conexión con el 1.1.).

La finalidad del voto es dejar claro que las referencias al derecho a la salud contenidas en la sentencia no significan que se esté asumiendo competencia en relación a ese derecho, en particular, o a los derechos económicos, sociales y culturales, en general.

Señala que la competencia contenciosa de la Corte IDH está fijada en el artículo 62 de la Convención Americana y en el artículo 19 párrafo 6 del Protocolo de San Salvador, sin perjuicio de las disposiciones pertinentes de otras convenciones interamericanas sobre derechos humanos.

Cita, en su apoyo, la opinión del juez Sergio García Ramírez.

- **Canales Huapaya y otros vs Perú. Voto concurrente.**

Si bien el juez Pérez Pérez comparte plenamente el contenido de la sentencia, emite un voto concurrente «habida cuenta de las constantes propuestas hechas durante la deliberación del caso para que se invocara como derecho principal violado por la acción del Estado el derecho al trabajo».

¹ No escapa a las autoras que hoy la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado por la exigibilidad o justiciabilidad directa de los derechos sociales en *Lagos del Campo c/Perú* (2017). Igualmente, estimamos de interés hacer el relevamiento y análisis histórico señalado que supone, además, poner en relación los desarrollos jurídicos internacionales (en el caso, latinoamericanos) y nacional (en el caso, uruguayos).

Afirma: «La Convención Americana cumple una doble función con respecto a los derechos enunciados en ella: por un lado los reconoce [a los derechos], y por otro los incluye en un régimen de protección que es la novedad sustancial aportada por dicho instrumento». «La lectura del artículo 26, único del Capítulo III de la Parte I (Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y titulado “Desarrollo Progresivo” demuestra que en ese artículo no se reconocen o consagran los derechos económicos, sociales y culturales, sino que establece algo muy distinto: el compromiso de los Estados de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales que derivan de las normas pertinentes de la Carta de la Organización de los Estados Americanos “en la medida de los recursos disponibles”».

Respecto del Protocolo de San Salvador, manifiesta que *«este reconoce numerosos derechos económicos, sociales y culturales pero solo incluye en el régimen de protección de la Convención (por el artículo 19) a dos ellos y, en un caso, solo parcialmente: derecho a organizar sindicatos así como federaciones y confederaciones nacionales e internacional y libertad sindical y derecho a la educación (artículo 8 y 13)»*.

Admite que en algunas ocasiones podrá y así lo ha hecho en varios casos, incluido el presente lograr un resultado análogo aplicando, correctamente, otras disposiciones como las que protegen el derecho a la integridad personal, a la propiedad o a las garantías judiciales y la protección judicial.

En síntesis, en su voto concluye:

«Del artículo 26 de la Convención Americana no se puede deducir ni el reconocimiento específico de los derechos económicos, sociales y culturales ni su inclusión en el régimen de protección establecido por la Convención. El reconocimiento de otros derechos y su inclusión en el régimen de protección no incumben a la Corte sino a los Estados Miembros, mediante enmiendas (artículo 76) o protocolos (artículo 77) que apliquen el artículo 31.

No se trata de un caso en que la Corte pueda hacer una legítima interpretación progresiva mediante la cual se precise o varía la forma en que ha de entenderse un derecho o libertad reconocido por la Convención. La competencia de la competencia (*compétence de la compétence*) no permite a la Corte modificar su propia competencia, sino decidir en cada caso concreto y de conformidad con las normas pertinentes si en ese caso tiene o no competencia.

Por consiguiente, no corresponde que la Corte considere, y eventualmente declare, una violación del derecho al trabajo».

El juez Pérez Pérez refiere al principio de la competencia de la competencia, esto es, la posibilidad reconocida a la Corte de juzgar sobre su propia competencia y, en ese sentido, entiende que a la Corte no le corresponde modificar su propia competencia, sino decidir en cada caso concreto y, de conformidad con las normas pertinentes, si en determinado asunto tiene o no competencia.

Si una disposición de la Convención no atribuye a la Corte IDH la facultad de dotar a los jueces nacionales de atribuciones que el orden jurídico interno no les atribuye, esta no tiene competencia para alterar la distribución de competencias que hacen los Estados a su nivel.

Pareciera, señala el juez Pérez Pérez, que la Corte IDH pretende crear potestades públicas en otros órganos por medio del control de convencionalidad, y lo hace respecto de órganos que operan a nivel del Estado y sin que hubiere sectores de la academia o Estados promoviendo una noción semejante.

- **Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Voto concurrente.**

El texto del voto individual es el mismo. Solo se diferencia en que refiere al derecho a la salud.

En el caso, el juez Pérez Pérez comparte plenamente el contenido de la sentencia y el profundo sentimiento de solidaridad hacia la víctima y de comprensión con sus sufrimientos. Pero emite un voto concurrente «habida cuenta de las constantes propuestas hechas durante la deliberación del caso para que se invocara como derecho principal violado por la acción del Estado el derecho a la salud, es decir, un derecho no incluido entre los que reconoce la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino entre los que reconoce el Protocolo de San Salvador, y que no es uno de los dos derechos que el artículo 19 de dicho Protocolo incluye en el régimen de protección específico del sistema».

- **Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Voto parcialmente disidente.**

Aquí el juez Pérez Pérez vota negativamente el punto resolutivo: violación por parte del Estado demandado al artículo 17.1 de la Convención, estimando ni necesario ni prudente declarar su vulneración. Recogiendo jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), señala «los Estados “gozan de un margen de apreciación” [...] habitualmente se reconoce a los Estados “un amplio margen” en lo tocante a “medidas generales de estrategia económica o social” (párr. 97²), y uno de los factores pertinentes para determinar el alcance del margen de apreciación puede ser “la existencia o inexistencia de un espacio de coincidencia (*common ground*) [...] Se trata de una esfera en que “los derechos están en evolución y no hay un consenso establecido”, de modo que “los Estados deben gozar también de un margen de apreciación en cuanto a la fecha en que introducen cambios legislativos” (párr. 105). En conclusión, [...] el TEDH dijo que no veía “ninguna indicación de que el Estado demandado hubiese excedido su margen de apreciación al seleccionar los derechos y obligaciones conferidos por las uniones registradas” (párr. 109) y determinó que no se había violado el artículo 14 considerado conjuntamente con el artículo 8 (párr. 110)». También cita el caso X, Y y Z vs. Reino Unido. Y agrega: «Desde luego, las extensas citas de sentencias del TEDH no significan que la Corte Interamericana deba tomarlas como precedentes obligados. Como ya se dijo (*supra*, párr. 3), tienen “valor persuasivo” en la medida en que el razonamiento contenido en ellas sea intrínsecamente convincente, cosa que dependerá, en buena medida, “de la jerarquía de la corte de que emanen, y de la personalidad del juez que de redacción al fallo” (46)-319. Habida cuenta de la jerarquía del TEDH y la similitud entre sus funciones y las de la Corte Interamericana, las sentencias que se citan en el presente voto razonado tienen una gran importancia».

«El hecho incontrovertible de que actualmente exista una pluralidad de concepto de familia, como se recoge en la nota 191 de la sentencia (47)-320, no quiere decir que

² Refiere al caso ventilado ante el TEDH Schalk y Kopf vs. Austria.

necesariamente todos y cada uno de ellos hayan de corresponder a lo que la Convención Americana, incluso interpretada evolutivamente según los parámetros mencionados (*supra*, párrs. 9 y 18), entiende por familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”, o a lo que los Estados partes que tienen disposiciones análogas entienden por tal. [...] En otras palabras, es una de las esferas en que resulta más necesario reconocer un *margen de apreciación nacional*».

• **Caso Comunidad campesina de Santa Bárbara vs. Perú. Voto totalmente disidente.**

En este caso, el voto del juez Pérez Pérez es totalmente disidente. La temática del asunto refiere a desaparición forzada de personas o ejecución extrajudicial.

Hechos: El 4 de julio de 1991 15 personas detenidas fueron obligadas a entrar a la llamada Mina Misteriosa y allí fueron asesinadas mediante ráfagas de disparos. Posteriormente, se hicieron explotar cargas de dinamita, que esparcieron los restos de los asesinados.

Fallo: Por sentencia, en mayoría, Perú es considerado responsable por la desaparición forzada de quince personas.

El juez Pérez Pérez estima que la calificación de los hechos es infundada.

Señala que, según la definición contenida en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la jurisprudencia de la Corte IDH, «una de las características de la desaparición forzada, a diferencia de la ejecución extrajudicial, es que conlleva la negativa del Estado de reconocer que la víctima está bajo su control y de proporcionar información al respecto, con el propósito de generar incertidumbre acerca de su paradero, vida o muerte, de provocar intimidación y supresión de derechos».

Faltó, entonces, según señala, la típica incertidumbre acerca de si las personas están vivas o muertas, que caracteriza perdurablemente a la desaparición forzada.

También estuvo ausente el elemento detención clandestina y negación del hecho mismo de la detención.

En cambio, en el caso Santa Bárbara, el paradero y el triste destino de las quince víctimas era conocido.

7. REFLEXIONES FINALES

En cuanto a la **justiciabilidad de los derechos sociales**, la dogmática constitucional uruguaya recogió la distinción entre *normas preceptivas* y *normas programáticas*³.

Esta, en general, entendió por *norma preceptiva* aquella disposición que regulaba, aunque sea básicamente, un asunto. En el caso de los derechos humanos, reconocía o consagraba directamente un derecho.

Mientras que calificó como *norma programática* a aquella disposición que no reconocía o consagraba de un modo directo un derecho, sino que preveía un mandato de hacer dirigido al legislador o la fijación de ciertos criterios o fines que debían inspirar su actividad (Jiménez de Aréchaga, 1992: 216, 384 y 385).

³ La referencia a las normas programáticas se limitará a las del Capítulo II, Sección II.

Mientras las *normas preceptivas* serían operativas o inmediatamente aplicables, las *normas programáticas* no serían operativas o inmediatamente aplicables ya que requerirían para ello de un desarrollo legislativo previo y/o de una actuación de la Administración. Supondrían reglas incompletas, no susceptibles de ser aplicadas inmediatamente (Korzeiak: 2002: 172 y 173; Cagnoni, 2005: 19, Risso, 2009: 47, 248, 523 y 524).

Para distinguir una norma preceptiva de una norma programática correspondía atender a su estructura.

La norma preceptiva tendría una estructura del tipo: «Todos tienen derecho a ser protegidos...» (artículo 7 de la Constitución uruguaya), mientras que las disposiciones programáticas otra, de la forma: «El Estado legislará...» (artículo 44 de la Constitución uruguaya). Esto es, supondrían una directiva política⁴ a ser ejecutada por un órgano o un sistema orgánico del Estado pero no reconocerían o consagrarían un derecho ni tampoco habilitaría a derivar derechos, y dada la indeterminación de la conducta debida por el Estado al no estar establecida precisamente, no habría qué reclamarle al Estado.

Esta parece haber sido la posición del juez Pérez Pérez en sus votos individuales, en términos de la Convención.

Se observa que el juez Pérez Pérez mantuvo una interpretación alineada a la dogmática tradicional y adoptó una actitud interpretativa cuidadosa y, más bien, de protección a los derechos sociales por proximidad a los derechos civiles y políticos⁵.

Señala Courtis (2019) «que el juez Pérez Pérez efectúa una lectura originalista del artículo 26, al considerar que no existe en los trabajos preparatorios de la CADH evidencia que sus redactores hubieran querido consagrar la protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través de los mecanismos incluidos en la CADH. De acuerdo con su voto, la CADH solo reconoce, en ese sentido, los derechos civiles y políticos. Al igual que el voto del juez Sierra Porto, el juez Pérez Pérez considera que la adopción posterior del Protocolo de San Salvador es un acuerdo ulterior que demuestra la falta de voluntad de los Estados de someter los derechos sociales a la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, con las excepciones mencionadas. Ello debería, a su juicio, ser la interpretación del artículo 26.

Ambos votos coinciden en minimizar el alcance de lo dicho por la Corte IDH en la sentencia Acevedo Buendía. Ciertamente, la infortunada redacción del artículo 26 genera dificultades hermenéuticas que deben ser enfrentadas por el intérprete. Creo, sin embargo, que la posición restrictiva de ambos jueces sobre el tema está en franca tensión con la posición notablemente activista asumida por la Corte IDH en muchísimos otros temas en lo que—a diferencia del artículo 26—la CADH no ofrece siquiera apoyo textual. La Corte IDH jamás habría desarrollado jurisprudencia novedosa y apreciada en el mundo entero sobre todos estos temas si hubiera mantenido la posición escéptica y originalista expresada en ambos votos. En cada una de las opciones interpretativas (darle sentido al artículo o privarlo de sentido, interpretar un tratado posterior como complementario o entenderlo en sentido de restringir el alcance del artículo, acudir o no a otras fuentes para aclarar su alcance),

⁴ O directriz política o regla de fin.

⁵ Por ejemplo, derecho a la salud, por su proximidad al derecho a la vida y a la integridad física. Desde luego, no es objeto de este trabajo las opiniones de Jueces de la Corte IDH que abordan el artículo 26 del Pacto de San José de Costa Rica y la eventual lesión autónoma lesión de derechos sociales (Ver: Courtis, 2019).

la posición interpretativa de los jueces se inclina siempre por la negativa. El efecto de tal escepticismo es simplemente el de ignorar la existencia del artículo 26.

El debate, en todo caso, siguió abierto, ya que la mayoría de la Corte IDH no se apartó de lo dicho en Acevedo Buendía, y las posiciones antinómicas se limitaron a votos concurrentes» (Courtis, 2019).

En cuanto al **margen de apreciación nacional**, parece haberse visto influido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es un tema, además, transitado por la doctrina, desde que las Cortes domésticas se han «rebelado» contra la Corte IDH.

En cuanto a la temática de la **desaparición forzada**, esta fue una preocupación constante en la vida del juez Pérez Pérez. En el plano nacional, es considerado un verdadero experto. Su última publicación, con apoyo de la Comisión Sectorial de Investigación Científica (CSIC) de la Universidad de la República, fue: Uruguay: una muralla impide la plena vigencia de los derechos humanos. Nuestro país no acata los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

- CAGNONI, J. (2005). *Liber amicorum discipulorumque*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. ISBN: 9974-2-0541-7.
- COURTIS, C. (2019). *Artículo 26. Desarrollo progresivo*. Convención Americana de Derechos Humanos. Comentario. Segunda Edición. Fundación Konrad Adenauer.
- CRUZ PARCERO, J. (2007). *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*. SC: J. Trotta editorial. ISBN: 978-84-8164-880-5
- GUASTINI, R. (2003). *Estudios de teoría constitucional*. México DF: Distribuciones Fontamara. ISBN: 9789684763982
- LAMBERT, E. (2010). *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos. La experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes*. Madrid: Editorial Tecnos. ISBN: 9788430948741
- KORZENIAK, J. (2008). *Primer curso de derecho público - Derecho constitucional*. Montevideo: FCU.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. (1992). *La Constitución nacional*. Montevideo: edición de la Cámara de Senadores.
- RISSO, M. (2005). *Derecho constitucional*. Montevideo: FCU.

Fecha de recepción: 12 noviembre 2019.

Fecha de aceptación: 30 noviembre 2019.

