

VOTO CONCURRENTENTE DEL JUEZ A.A. CANÇADO TRINDADE

1. Voto a favor de la adopción de la presente Sentencia sobre el fondo y reparaciones en el caso de los *Cinco Pensionistas versus Perú*, en la cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos, primeramente, afirma el carácter de derecho adquirido del derecho a la pensión, subsumido en el derecho a la propiedad privada bajo el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y vinculado a la perenne, ineludible e irreductible función social del Estado. Y, en seguida, sostiene la Corte que el pronto cumplimiento de las sentencias judiciales - que no puede quedar a la merced o discrecionalidad de la Administración - es un componente esencial del derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana.

2. De la presente Sentencia de la Corte se desprende el amplio alcance del derecho de acceso a la justicia, en los planos tanto nacional como internacional. Tal derecho no se reduce al acceso formal, *stricto sensu*, a la instancia judicial; el derecho de acceso a la justicia, que se encuentra implícito en diversas disposiciones de la Convención Americana (y de otros tratados de derechos humanos) y que permea el derecho interno de los Estados Partes, significa, *lato sensu*, el derecho a obtener justicia. Dotado de contenido jurídico propio, configúrase como un derecho autónomo a la prestación jurisdiccional, o sea, a la propia *realización* de la justicia.

3. Como las circunstancias del presente caso de los *Cinco Pensionistas versus Perú* lo revelan, las obligaciones de protección judicial por parte del Estado no se cumplen con la sólo emisión de sentencias judiciales, sino con el efectivo cumplimiento de las mismas (de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25(2)(c) de la Convención Americana). Del ángulo de los individuos, se puede aquí visualizar un verdadero *derecho al Derecho*, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico - en los planos tanto nacional como internacional - que efectivamente salvaguarde los derechos inherentes a la persona humana¹ (entre los cuales se encuentra el derecho a la pensión como derecho adquirido²).

4. Mi propósito, en el presente Voto Concurrente, es subrayar la importancia, para la operación, en particular, del mecanismo de protección de la Convención Americana, de lo decidido por la Corte en la presente Sentencia en relación específicamente con los distintos roles de los individuos peticionarios y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el procedimiento ante la Corte. La cuestión tiene incidencia directa en el tratamiento del derecho de acceso a la justicia, en su sentido amplio al cual acabo de referirme, y en el marco de la aplicación de la Convención Americana.

5. En realidad, como señalado en la presente Sentencia en el caso de los *Cinco Pensionistas versus Perú*, es este el primer caso contencioso enteramente tramitado bajo el nuevo Reglamento de la Corte, adoptado el 24 de noviembre de 2000, y en vigencia a partir del 01 de junio de 2001 (párr. 152). Al adoptar este histórico Reglamento, que otorgó *locus standi in iudicio* a los peticionarios en todas las etapas del procedimiento ante la Corte, esta

¹. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 523-524.

². Que se ha incorporado al patrimonio personal, como una contraprestación del poder público por los años de trabajo y contribución social prestados por el individuo, y que no puede ser afectado por alteraciones legislativas (o de otra índole) subsiguientes, con consecuencias confiscatorias.

última tuvo presentes los imperativos y necesidades concomitantes de realización de la justicia, y de preservación de la igualdad y seguridad jurídico-procesales en el procedimiento bajo la Convención Americana.

6. En cuanto a los roles distintos de los individuos peticionarios y de la Comisión Interamericana en el procedimiento ante la Corte, esta última tuvo presentes los enfoques tanto de la *tesis de derecho procesal*, con énfasis en la facultad privativa de los Estados Partes y de la Comisión de someter un caso a la Corte (artículo 61(1) de la Convención Americana), y la *tesis de derecho sustantivo*, con énfasis en la condición de los individuos de *titulares* de los derechos consagrados en la Convención. De la tensión ineluctable entre las dos tesis (que corresponden a dos corrientes del pensamiento jurídico), resultó el entendimiento de que la nueva facultad de los peticionarios de presentar *de forma autónoma* sus alegatos ante la Corte debía atenerse a los elementos fácticos y jurídicos contenidos en la demanda presentada por la Comisión³.

7. En el año y medio de vigencia del nuevo Reglamento de la Corte, los peticionarios se han reiteradamente referido a derechos, otros que los contenidos en la demanda presentada por la Comisión, que consideraban haber también sido violados, no solamente en el presente caso de los *Cinco Pensionistas versus Perú*, sino también en otras ocasiones recientes⁴, en casos contenciosos que en su oportunidad serán resueltos por la Corte en las respectivas Sentencias. En el presente caso, la controversia surgida entre los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares, por un lado, y la Comisión Interamericana, por otro lado (párrs. 149-150), ha requerido de la Corte un pronunciamiento sobre este punto específico.

8. La Comisión se opuso a que los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares agregasen, - en su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, - nuevos elementos fácticos y jurídicos (derechos adicionales) a los ya contenidos en la demanda interpuesta por la Comisión ante la Corte. Dicha controversia, de cierto modo, conlleva a la Corte, en la presente Sentencia en el caso de los *Cinco Pensionistas versus Perú*, a aclarar, y situar en perspectiva adecuada, los roles fundamentalmente distintos de los peticionarios y de la Comisión en el procedimiento ante el Tribunal.

9. Instada a pronunciarse al respecto, la Corte ha tenido presente la experiencia - de un año y medio hasta la fecha - que se empieza a acumular sobre la materia en aprecio, bajo su nuevo Reglamento, así como, - una vez más, como siempre, - los imperativos concomitantes de realización de la justicia, y de preservación de la igualdad y seguridad jurídico-procesales en el procedimiento bajo la Convención. En cuanto a los elementos fácticos de la demanda presentada por la Comisión (el objeto del proceso), la Corte ha acogido el alegato de la Comisión, - exceptuados naturalmente los hechos supervenientes, - en los siguientes términos (párrs. 153-154):

"En lo que respecta a los hechos objeto del proceso, este Tribunal considera que no es admisible alegar nuevos hechos distintos de los planteados en la demanda, sin perjuicio de exponer aquellos que permitan explicar, aclarar o

³ Cf. *Informe...*, *op. cit. infra* n. (7), pp. 28-30.

⁴ Casos *Mirna Mack Chang versus Guatemala*, *Maritza Urrutia versus Guatemala*, *Centro de Reeducción del Menor versus Paraguay*, *Ricardo Canese versus Paraguay*, *Juan Sánchez versus Honduras*, y *Gómez Paquiyauri versus Perú*.

desestimar los que han sido mencionados en la demanda, o bien, responder a las pretensiones del demandante.

Es distinto el caso de los hechos supervenientes. Éstos se presentan después de que se ha planteado cualquiera de los siguientes escritos: demanda; solicitudes, argumentos y pruebas, y contestación de la demanda. En tal hipótesis, la información podrá ser remitida al Tribunal en cualquier estado del proceso antes del dictado de la sentencia".

10. En cuanto a los elementos propiamente jurídicos de la demanda, la Corte ha decidido en la presente Sentencia, de forma distinta, en los siguientes términos (párr. 155):

"En lo que se refiere a la incorporación de otros derechos distintos a los ya comprendidos en la demanda presentada por la Comisión, la Corte considera que los peticionarios pueden invocar tales derechos. Son ellos los titulares de todos los derechos consagrados en la Convención Americana, y no admitirlo sería una restricción indebida a su condición de sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se entiende que lo anterior, relativo a otros derechos, se atiene a los hechos ya contenidos en la demanda".

11. La Corte ha, de ese modo, con toda prudencia, dado un paso adelante en este particular, en la dirección reivindicada por los individuos peticionarios. Lo ha hecho sin perjuicio del derecho de defensa del Estado demandado y sin menoscabo del relevante rol de la Comisión en el curso del procedimiento contencioso. En efecto, en toda circunstancia está preservado el derecho de defensa del Estado, por cuanto este cuenta con un plazo de dos meses para contestar la demanda sometida a la Corte por la Comisión, así como con un plazo prudencial para presentar sus observaciones al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas de los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares. En algunas ocasiones el plazo para presentar la contestación de la demanda y las observaciones al escrito de los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares ha sido el mismo, por lo que se pueden presentar en un mismo escrito las dos líneas de argumentos.

12. En el presente caso de los *Cinco Pensionistas versus Perú*, el Estado tuvo la oportunidad, y efectivamente tomó la iniciativa, de presentar varios escritos⁵. Por

⁵. Así, el Estado demandado presentó, en el presente caso, los siguientes escritos sobre el fondo del asunto: escrito de 15.03.2002, de contestación de la demanda; escrito de 22.04.2002, de observaciones al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas de los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares; escrito de 22.05.2002, mediante el cual se refirió a la información de la Comisión relativa al cumplimiento de las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia y por el Tribunal Constitucional del Perú y la derogación del artículo 5 del Decreto-Ley n. 25792; escrito de 02.09.2002, mediante el cual se refirió al alegato de falta de agotamiento de los recursos de derecho interno expuesto en la contestación de la demanda; escrito de 02.09.2002, mediante el cual expuso sus consideraciones sobre la propuesta de solución amistosa presentada por los representantes de las presuntas víctimas y sus familiares ante la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia del Perú y sobre el *amicus curiae* presentado por la Defensoría del Pueblo durante la tramitación del caso ante la Comisión; escrito de 29.10.2002, mediante el cual remitió sus alegatos escritos finales; escrito de 29.10.2002, mediante el cual presentó un documento titulado "Explicación de los Regímenes Laborales y Pensionarios que se Aplican en la República del Perú y Análisis Específico de la Situación de Cada Uno de los Pensionistas"; y escrito de 07.11.2002, mediante el cual hizo referencia a la pericia presentada ante la Corte por el Sr. Máximo Jesús Atauje Montes. Además de estos escritos, el Estado peruano presentó otros escritos de mero trámite, así como de prueba.

consiguiente, se ha preservado plenamente el principio del contradictorio. Lo importante, en este particular, es que el Estado demandado siempre tiene la ocasión de ejercer ampliamente su derecho de defensa. Además, en todo caso, tal como aclarado por la Corte en la presente Sentencia, cualquier derecho agregado por los peticionarios a los constantes en la demanda interpuesta por la Comisión debe atenerse a los hechos ya contenidos en dicha demanda (párr. 155).

13. Encuéntrase igualmente preservado el rol de la Comisión, como guardiana de la Convención, que auxilia la Corte en el contencioso bajo la Convención como defensora del interés público. En el presente caso, la discrepancia entre la Comisión y los peticionarios no tuvo mayores consecuencias prácticas, pues la Corte no encontró en el expediente elementos probatorios que le permitieran pronunciarse sobre una eventual violación adicional de la Convención (párr. 157). Además, en virtud de un principio de derecho procesal, ampliamente respaldado en la jurisprudencia internacional, la Corte tiene el *poder inherente* de examinar, *sponte sua*, cualquier violación adicional de la Convención, aunque no alegada en la demanda presentada por la Comisión (*jura novit curia*), - como señalado en la presente Sentencia (párr. 156) y como admitido expresa y acertadamente por la propia Comisión (párr. 150(h)).

14. El principio *jura novit curia* (que ha sido estudiado en el ámbito de las más distintas ramas del Derecho, inclusive el derecho internacional) inspira el ejercicio de la función judicial, y da expresión al entendimiento de que el Derecho está por encima de lo alegado por las partes, debiendo la autoridad judicial captarlo y aplicarlo al caso concreto, para lo cual encuéntrase enteramente libre. La autoridad judicial no está, pues, limitada por lo que alegan las partes, y tampoco hay lugar para el *non liquet*. Debe la autoridad judicial decir cual es el Derecho (*jurisdictio, jus dicere*) y darle aplicación, y para ésto - en cumplimiento de su deber - tiene plena libertad.

15. En realidad, la consideración del principio de derecho procesal *jura novit curia* viene a acentuar el trato diferenciado dispensado a los elementos fácticos y jurídicos, que ha orientado el criterio adoptado por la Corte Interamericana, en la presente Sentencia, sobre la cuestión en aprecio. En virtud de aquel principio *jura novit curia*, la autoridad judicial, aunque adscrita en su decisión a los hechos y pruebas sometidos en el juicio, tiene, en cambio, en cuanto al derecho, la facultad y el deber de ir más allá de los alegatos de las partes. Encuéntrase, así, facultada a calificar autónomamente la situación fáctica en cuestión, y a buscar, en el orden jurídico aplicable, las disposiciones pertinentes, aunque no hayan sido invocadas por las partes; o sea, a élla le está facultada la libre búsqueda de la normativa jurídica a aplicar.

16. De todos modos, resulta importante el paso adelante dado por la Corte en la presente Sentencia, inclinándose, en cuanto a la posición de los individuos peticionarios, en favor de la *tesis de derecho sustantivo*. La Corte sostiene correctamente que la consideración que debe prevalecer es la de la *titularidad*, de los individuos, de todos los derechos protegidos por la Convención, como verdadera parte sustantiva demandante, y como sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Corte se ha movido conscientemente en la dirección correcta, en el ejercicio de una facultad que le es inherente, y tomando tanto la Convención Americana como sus *interna corporis* como instrumentos vivos, que requieren una interpretación *evolutiva* (como señalado en su *jurisprudence constante*)⁶, para atender a las necesidades cambiantes de protección del ser humano.

⁶. Cf., en este sentido, los *obiter dicta in*: Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), Opinión Consultiva OC-10/89, sobre la *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del*

17. Es este un significativo paso adelante dado por la Corte, desde la adopción de su actual Reglamento. Igualmente de conformidad con la *mens legis* del Reglamento vigente, en el sentido de dar la mayor participación posible, de forma autónoma, a las presuntas víctimas, y sus representantes legales debidamente acreditados, en el procedimiento ante la Corte, encuéntrase la Resolución general sobre medidas provisionales de protección, emitida por la Corte el 29 de agosto de 2001. Mediante tal Resolución, la Corte, en su sabiduría, decidió que "recibirá y conocerá en forma autónoma las solicitudes, argumentos y pruebas de los beneficiarios de las medidas provisionales adoptadas por ésta en los casos en que se ha presentado la demanda ante ésta, sin que por ello quede exonerada la Comisión, en el marco de sus obligaciones convencionales, de informar a la Corte, cuando ésta lo solicite" (punto resolutivo n. 1).

18. Siendo así, si las presuntas víctimas y sus representantes legales pueden presentar directamente a la Corte una solicitud de medidas provisionales de protección en casos que se encuentran en conocimiento del Tribunal, con aún mayor fuerza se puede sostener que pueden ellos, en el procedimiento de casos contenciosos ante la Corte, referirse a la presunta violación de derechos adicionales a los que ya se encuentran alegados en la demanda interpuesta por la Comisión. Aquí, una vez más, marcan presencia los peticionarios como titulares de los derechos consagrados en la Convención Americana.

19. Siempre subsistirá una diferencia de enfoque entre los partidarios de esta tesis - entre los cuales me sitúo⁷ - y los adeptos de la *tesis de derecho procesal*. Pienso, sin embargo, que, a partir del momento en que se afirma, de modo inequívoco, la subjetividad jurídico-internacional de la persona humana, hay que asumir las consecuencias jurídicas que de ahí advienen. Son los propios peticionarios quien, mejor que nadie, pueden evaluar qué derechos han sido presumiblemente violados. Pretender limitarles esta facultad iría en contra del derecho de acceso a la justicia bajo la Convención Americana.

20. El criterio adoptado al respecto por la Corte en la presente Sentencia, que servirá de guía para su procedimiento de ahora en adelante, contribuye, así, para el perfeccionamiento

Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 14.07.1989, párrs. 37-38; CtIADH, Opinión Consultiva OC-16/99, sobre el *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, del 01.10.1999, párrs. 114-115, y Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párrs. 9-11; CtIADH, caso de los "Niños de la Calle" (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*), Sentencia (sobre el fondo) del 19.11.1999, párrs. 193-194; CtIADH, caso *Cantoral Benavides versus Perú*, Sentencia (sobre el fondo) del 18.08.2000, párrs. 99 y 102-103;

CtIADH, caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala*, Sentencia (sobre el fondo) del 25.11.2000, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párrs. 34-38; CtIADH, caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua*, Sentencia (sobre el fondo y reparaciones) del 31.08.2001, párrs. 148-149; CtIADH, caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala*, Sentencia (sobre reparaciones) del 22.02.2002, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 3.

⁷. Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección* (Relator: A.A. Cançado Trindade), San José de Costa Rica, CtIDH, 2001, pp. 1-64, esp. pp. 59, 23, 33, 40-44, 50-55 y 64; A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104.

del debido proceso legal en el plano internacional, bajo la Convención Americana. Ni siempre la petición originalmente presentada por los peticionarios ante la Comisión (artículo 44 de la Convención) es necesariamente la misma que la demanda posteriormente interpuesta por la Comisión ante la Corte (artículo 61(1) de la Convención). Si se exige de los Estados, de conformidad con la Convención (artículo 25), el respeto al derecho de acceso a la justicia, con la preservación de la facultad de los individuos demandantes de sustanciar sus acciones legales ante los tribunales nacionales, como pretender negarles esta misma facultad en sus alegatos ante un tribunal internacional como la Corte Interamericana?

21. El criterio adoptado por la Corte en la presente Sentencia en el caso de los *Cinco Pensionistas versus Perú* correctamente considera que no se puede coartar el derecho de los peticionarios de acceso a la justicia en el plano internacional, que encuentra expresión en su facultad de indicar los derechos que consideran violados. El respeto al ejercicio de tal derecho es exigido de los Estados Partes por la Convención, en el plano de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos⁸, y no haría sentido si fuera negado en el procedimiento internacional bajo la propia Convención. El nuevo criterio de la Corte confirma claramente el entendimiento según el cual el proceso no es un fin en sí mismo, sino un medio de realización del derecho, y, en última instancia, de la justicia.

22. Si es cierto que sólo los Estados Partes y la Comisión pueden someter un caso a la Corte (artículo 61(1) de la Convención), también lo es que, al disponer sobre reparaciones, y referirse a "la parte lesionada" ("*the injured party / a parte prejudicada / la partie lésée*" - artículo 63(1)), la Convención se dirige a las víctimas, y no a la Comisión. El artificialismo de la fórmula del artículo 61(1) de la Convención, - que, al ser adoptada en 1969 dio expresión a un dogma del pasado, - no resiste a la abrumadora realidad de que los peticionarios son la verdadera parte sustantiva demandante ante la Corte, como sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en mi entender, también del Derecho Internacional general⁹.

23. Si, como ya señalado, ante los tribunales nacionales se asegura la facultad de los individuos demandantes de sustanciar sus propios alegatos de violaciones de sus derechos, como justificar la denegación o restricción de dicha facultad de los individuos peticionarios ante los tribunales internacionales de derechos humanos? Trascurridos 34 años desde la adopción

⁸. La Convención Americana impone no sólo el acceso propiamente dicho a la justicia en el plano del derecho interno (artículo 25), sino la realización misma de la justicia material. Para ésto, determina la Convención la observancia de las garantías jurídico-procesales (artículo 8), entendidas éstas *lato sensu*, abarcando el conjunto de requisitos procesales que deben observarse para que todos los individuos puedan defenderse adecuadamente de cualquier acto emanado del poder estatal que pueda afectar sus derechos. Cf., en este sentido (amplio alcance del debido proceso): CtiADH, caso del *Tribunal Constitucional versus Perú*, Sentencia (sobre el fondo) del 31.01.2001, párr. 69; CtiADH, caso *Ivcher Bronstein versus Perú*, Sentencia (sobre el fondo) del 06.02.2001, párr. 102; CtiADH, caso *Baena Ricardo y Otros versus Panamá*, Sentencia (sobre el fondo) del 02.02.2001, párr. 125. En este último caso, la Corte Interamericana advirtió con acierto que "en cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. (...) La administración (...) no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados" (*ibid.*, párr. 126).

⁹. A.A. Caçado Trindade, "A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional", in *Jornadas de Derecho Internacional* (Ciudad de México, diciembre de 2001), Washington D.C., Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, 2002, pp. 311-347.

de la Convención Americana, finalmente la realidad de los hechos está llevando a la superación de la insostenible *capitis diminutio* de los individuos, titulares de derechos, en el procedimiento bajo la Convención (artículo 61(1)), - sin perjuicio de la seguridad jurídica y de la preservación del rol, distinto del de los peticionarios, de la Comisión. La afirmación de la personalidad y capacidad jurídicas internacionales del ser humano atiende a una verdadera *necesidad* del ordenamiento jurídico internacional contemporáneo.

24. En efecto, la afirmación de dichas personalidad y capacidad jurídicas constituye el legado verdaderamente revolucionario de la evolución de la doctrina jurídica internacional en la segunda mitad el siglo XX. Ha llegado el momento de superar las limitaciones clásicas de la *legitimatío ad causam* en el Derecho Internacional, que tanto han frenado su desarrollo progresivo hacia la construcción de un nuevo *jus gentium*. Un rol importante está aquí siendo ejercido por el impacto de la consagración de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico internacional, en el sentido de humanizar este último: tales derechos fueron proclamados como *inherentes* a todo ser humano, independientemente de cualesquiera circunstancias¹⁰. El individuo es sujeto *jure suo* del Derecho Internacional, y al reconocimiento de los derechos que le son inherentes corresponde ineluctablemente la capacidad procesal de vindicarlos, en los planos tanto nacional como internacional.

Antônio Augusto Cançado Trindade
Juez

Manuel E. Ventura Robles
Secretario

¹⁰. CtIADH, Opinión Consultiva OC-17/02, sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, del 28.08.2002, punto resolutivo n. 1, y Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párrs. 1-71.