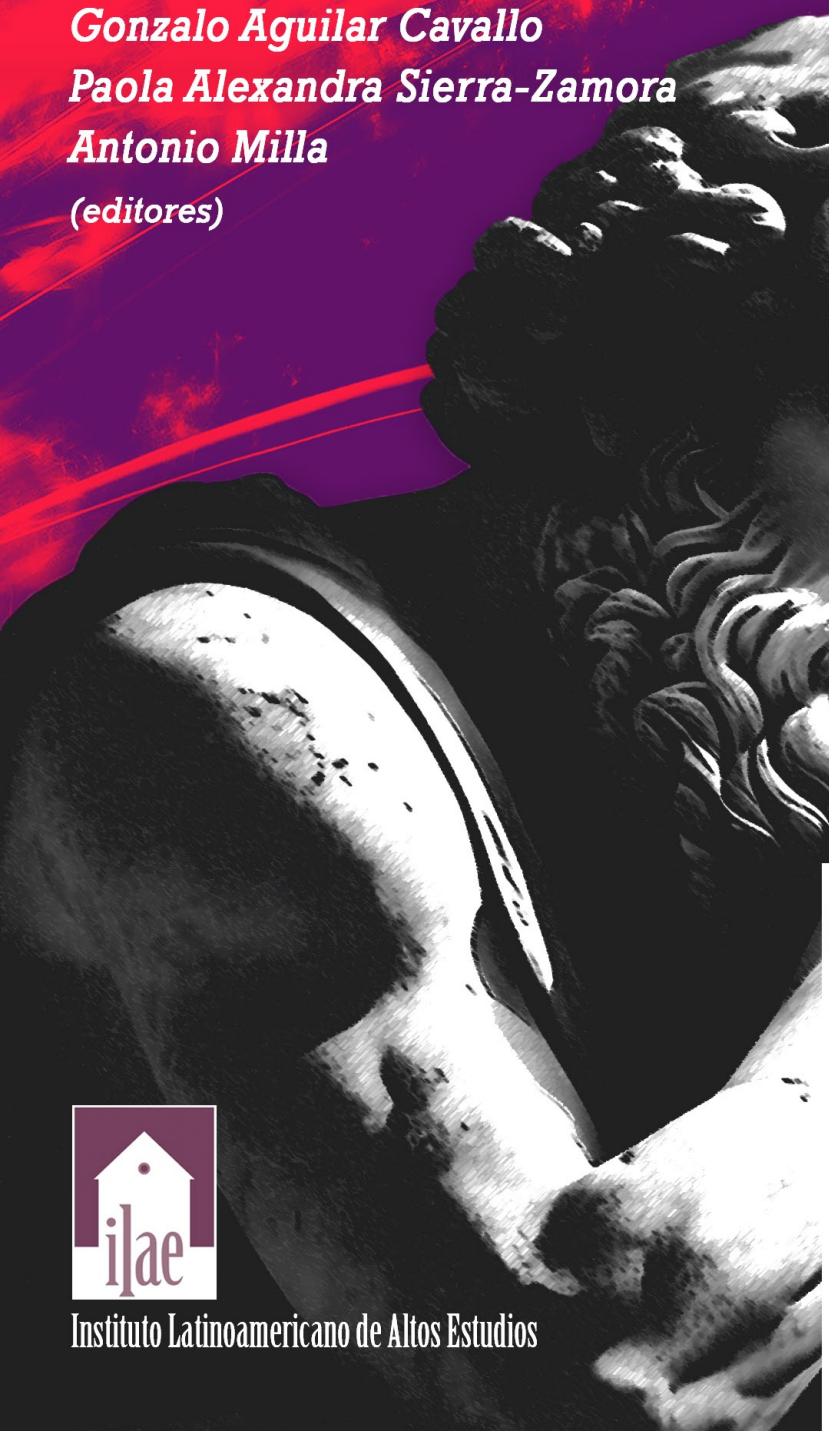
Reflexiones sobre democracia

análisis de los derechos sociales, culturales y medio ambientales

Gonzalo Aguilar Cavallo
Paola Alexandra Sierra-Zamora
Antonio Milla
(editores)



ijae
Instituto Latinoamericano de Altos Estudios

REDESS
Red Latinoamericana de Investigadores sobre Estado de Derecho, Democracia y Derechos Sociales.

CECOCH
CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DE CHILE
UNIVERSIDAD DE TALCA - CAMPUS SANTIAGO

UNIVERSIDAD CATÓLICA de Colombia

Reflexiones sobre democracia: análisis de los derechos sociales, culturales y medio ambientales

INSTITUTO
LATINOAMERICANO
DE ALTOS ESTUDIOS

Reflexiones sobre democracia: análisis de los derechos sociales, culturales y medio ambientales

Gonzalo Aguilar Cavallo
Paola Alexandra Sierra-Zamora
Antonio Milla
(editores)

INSTITUTO
LATINOAMERICANO
DE ALTOS ESTUDIOS

Queda prohíbida la reproducción por cualquier medio
físico o digital de toda o una parte de esta obra
sin permiso expreso del Instituto Latinoamericano
de Altos Estudios –ILAE–.

Publicación sometida a evaluación de pares académicos, mediante el sistema de "doble ciego", requisito para la indexación en la Web of Science de Clarivate (*Peer Review Double Blinded*).

Esta publicación está bajo la licencia Creative Commons
Reconocimiento - NoComercial - SinObraDerivada 3.0 Unported License.

ISBN 978-628-7532-91-5

© Gonzalo Aguilar Cavallo / Paola Alexandra Sierra-Zamora /
Antonio Milla (editores), 2023
© Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2023

Derechos patrimoniales exclusivos de publicación y distribución de la obra
Cra. 18 # 39A-46, Teusaquillo, Bogotá, Colombia
PBX: (57) 601 232-3705
www.ilae.edu.co

Diseño de carátula y composición: Harold Rodríguez Alba
Edición electrónica: Editorial Milla Ltda. (57) 601 323-2181
editorialmilla@telmex.net.co

Editado en Colombia
Published in Colombia

Contenido

INTRODUCCIÓN 9

CAPÍTULO PRIMERO
PARÁMETROS DEL LEGISLADOR EN EL DESARROLLO DE DERECHOS SOCIALES EN EL PERÚ 15
Manuel Bermúdez Tapia
Paola Alexandra Sierra-Zamora

CAPÍTULO SEGUNDO
EL DERECHO HUMANO A LA CIENCIA COMO VEHÍCULO PARA EL DESARROLLO DE LOS DESCA: UN ANÁLISIS DE LOS EFECTOS DE SU CONSTITUCIONALIZACIÓN EN LOS SISTEMAS NACIONALES DE EDUCACIÓN E INVESTIGACIÓN EN MÉXICO 43
Diana Rocío Espino Tapia

CAPÍTULO TERCERO
ESTADO DE EXCEPCIÓN, CONTROL CONSTITUCIONAL Y DERECHOS SOCIALES EN CONTEXTOS DE PANDEMIA 69
Jorge Benavides Ordóñez

CAPÍTULO CUARTO
UNA MIRADA SOBRE LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: LA AFECTACIÓN A LOS DESCA POR LOS DELITOS AMBIENTALES 85
Paola Alexandra Sierra-Zamora
Hans Nicolaysen Sánchez
Tania Lucía Fonseca Ortiz

CAPÍTULO QUINTO
FUERZA, RESISTENCIA Y VELOCIDAD: ¿UN IMPEDIMENTO PARA LA JUSTA COMPETENCIA DE LOS DEPORTISTAS TRANSGÉNERO Y SU PROYECTO DE VIDA DIGNA? 111
Claudia Karolina González Cabrera
Juan Sebastián Valencia
Fernanda Navas Camargo

CAPÍTULO SEXTO
LA CONSTRUCCIÓN INTERPRETATIVA DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LAS MICROS, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS -MIPYMES-, EN EL CONTEXTO CUBANO 145
Idarmis Knight Soto

CAPÍTULO SÉPTIMO
PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y GOBERNANZA AMBIENTAL EN CHILE 161
Silvia Bertazzo

CAPÍTULO OCTAVO
LOS DERECHOS SOCIALES Y EL ESTADO DE DERECHO EN LATINOAMÉRICA: PROSPECTIVAS DE FUTURO 195
Gonzalo Aguilar Cavallo

CAPÍTULO NOVENO
O ACORDO DE ESCAZÚ E A JUSTIÇA ECOLÓGICA NA AMÉRICA LATINA: DESENVOLVIMENTO E RETROCESSO 223
Letícia Albuquerque

CAPÍTULO DÉCIMO
EL IMPACTO DE LA PLURINACIONALIDAD EN LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES. UNA PROPUESTA PARA EL PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO 247
Hugo Tórtora Aravena

CAPÍTULO DECIMOPRIMERO
TEMPOS DE PANDEMIA: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NA SUPREMA CORTE DO BRASIL 263
Estefânia Maria de Queiroz Barboza
André Demetrio Alexandre

CAPÍTULO DECIMOSEGUNDO
NÃO DAR UM PASSO PARA TRÁS: O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO NO DIREITO INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE 283
Angela Jank Calixto

CAPÍTULO DECIMOTERCERO
EL PRINCIPIO PRO-NATURA COMO BASE DEL ESTADO DE DERECHO LATINOAMERICANO 313
Dominnique Luan Ramos

CAPÍTULO DECIMOCUARTO
A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE: ANÁLISE DOS IMPACTOS DO PRECEDENTE POBLETE VILCHES PARA O ATUAL CONTEXTO DE PANDEMIA 335
Tiago Fuchs Marino
Luiz Guilherme Arcaro Conci

CAPÍTULO DECIMOQUINTO
SITUACIÓN ACTUAL DE ALGUNOS DERECHOS SOCIALES DE LOS MIGRANTES EN CHILE 361
María Ignacia Sandoval Gallardo

CAPÍTULO DECIMOSEXTO
EL PRINCIPIO PRECAUTORIO Y SU APLICACIÓN COMO HERRAMIENTA INTERPRETATIVA PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO EN CHILE 391
Edison Calahorrano Latorre

CAPÍTULO DECIMOSÉPTIMO
LA INFORMACIÓN AMBIENTAL COMO DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. SU GARANTÍA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO 415
Ana Rosa Andino Ruibal
Lisett D. Páez Cuba

CAPÍTULO DECIMOCTAVO
LA CONCRETIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES Y ECONÓMICOS DE LOS MIGRANTES VENEZOLANOS POR EL ESTADO BRASILEÑO 447
João Luis Macedo Silva Cardoso
Thiago Oliveira Moreira

CAPÍTULO DECIMONOVENO
LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ESCENARIO DE POSTPANDEMIA: LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL Y OTROS NUEVOS MEDIOS PARA SU EFECTIVIDAD 477
María Paula Garat

CAPÍTULO VIGÉSIMO
EXIGIBLIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES 489
Alfonso Jaime Martínez Lazcano

CAPÍTULO VIGÉSIMO PRIMERO
SITUACIÓN ACTUAL DE LAS PERSONAS MIGRANTES E INDÍGENAS MIGRANTES EN MÉXICO 523
Blanca Torres Espinosa
Carlos E. Arcudia Hernández
Sara Berenice Orta Flores

CAPÍTULO VIGÉSIMO SEGUNDO
SUSTENTABILIDADE DE EMPRESAS PRIVADAS NO BRASIL: O ACORDO DE ESCAZÚ E A TRANSPARÊNCIA DO DESEMPENHO SOCIAL E AMBIENTAL DAS OPERAÇÕES EMPRESARIAIS 545
Luciani Coimbra de Carvalho
Caroline Mendes Dias

CAPÍTULO VIGÉSIMO TERCERO
EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL CONTEXTO DE LA GUERRA HÍBRIDA: DESAFÍO DE LOS DESCA EN CONTEXTOS INTERNACIONALES 565
Jonnathan Jiménez Reina
Paola Alexandra Sierra-Zamora
Carlos Alberto Ardila Castro

CAPÍTULO VIGÉSIMO CUARTO
CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: CRITERIOS JURÍDICOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA SOBRE SU APLICABILIDAD (2000 – 2019) 601
Luís Alfredo Jiménez Castellanos
Paola Alexandra Sierra-Zamora

Introducción

La presente obra titulada *Reflexiones sobre democracia: análisis de los derechos sociales, culturales y medio ambientales* es el esfuerzo de varios y varias académicas que buscan generar contenidos de nuevo conocimiento sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Medio Ambientales –DESCA–, pues dentro de los contextos más modernos esta categoría de derechos se torna cada más importantes para la protección que se debería emplear, no solo en el nivel interno de los Estados, sino haciendo alusión a los entes de derecho supranacional.

El análisis cuenta la perspectiva funcional que abarca cada uno de los contenidos donde los DESCA están siendo más destacables en su afán por generar un marco jurídico mucho más fuerte, mucho más rígido para que Estados y sujetos de derecho internacional presten más atención a su ejecución, a su protección y a su divulgación, esto teniendo de relevancia y sin perder de vista el principio *pro homine*.

Bajo esta obra, son 24 capítulos que conforman estas reflexiones democráticas, de la siguiente manera:

En el capítulo primero, titulado "Parámetros del legislador en el desarrollo de derechos sociales en el perú" por los Dres. MANUEL BERMÚDEZ TAPIA y PAOLA ALEXANDRA SIERRA-ZAMORA, se hace un análisis sobre la ejecución y gestión pública que se desarrolla en el Estado peruano, y abarca unos límites frente a la ejecución de políticas orgánicas que le permiten mirar como los DESCA ingresan dentro de su bloque de constitucionalidad y emplean las falencias que denotan el sistema constitucionalista peruano. El autor termina concluyendo, que gracias al diálogo funcional de los jueces, al constitucionalismo transformador y al evidente y notorio control de convencionalidad, la visibilidad de falencias se logra superar y se gestiona de mejor manera los DESCA.

En el capítulo segundo, titulado "El derecho humano a la ciencia como vehículo para el desarrollo de los DESCA: un análisis de los efectos de su constitucionalización en los sistemas nacionales de educación e investigación en México" por la Dra. DIANA ROCÍO ESPINO TAPIA, se hace un estudio muy relevante, necesario y exacto sobre la ciencia como derecho humanos, y nuevamente los DESCA ejecutan la constitucionalización, se activan las garantías institucionales y el sistema de educación mexicano se refuerza gracias a toda la constitucionalización que se emplea. La autora concluye que se hace absolutamente necesario el abordaje de esta modernización dentro de los sistemas constitucionalistas del hemisferio para lograr tornar un mejor constitucionalismo.

En el capítulo tercero, titulado "Estado de excepción, control constitucional y derechos sociales en contextos de pandemia" del Dr. JORGE BENAVIDES ORDÓÑEZ, se estudia en precisión la regulación del estado de excepción en el Estado ecuatoriano, se emplea un acápite especializado en el control de constitucionalidad que debe verse en su funcionalidad y cómo a partir de la pandemia mundial, los DESC generan un impacto más fuerte y álgido en su protección.

En el capítulo cuarto, titulado "Una mirada sobre la vulneracion de los derechos humanos: la afectación a los DESCA por los delitos ambientales" de los autores Dra. Paola Alexandra Sierra-Zamora, Dra. Tania Lucía Fonseca Ortiz y Dr. Hans Nicolaysen Sánchez, se logra emplear un estudio de derecho ambiental resaltando la actividad delictiva de los mismos, y empleando los DESCA como factor funcional constitucional de un nuevo modelo de protección constitucionalista transformador para lograr esa regulación y aceptar el marco jurídico internacional necesario para el sistema colombiano.

En el capítulo quinto, titulado "Fuerza, resistencia y velocidad. ¿un impedimento para la justa competencia de los deportistas transgénero y su proyecto de vida digna?" de los Dres. Claudia Karolina González Cabrera, Juan Sebastián Valencia y Fernanda Navas Camargo, se hace un análisis que desde el derecho deportivo, las condiciones de igualdad, la constitucionalización de derechos y las comunidades LGBTIQ+ logran adaptar las necesidades que Colombia ha desarrollado a través de su jurisprudencia y el control de convencionalidad para la debida protección de esta categoría de derechos.

En el capítulo sexto, titulado "La construcción interpretativa del derecho de participación de los trabajadores en las micros, pequeñas y medianas empresa, mipymes, en el contexto cubano" de la Dra. Idarmis Knight Soto, los DESC nuevamente entran como protagonistas de la constitucionalización transformadora y emplea la participación de las empresas, las MIPYMES y el desarrollo de la economía en Cuba.

En el capítulo séptimo, titulado "Participación ciudadana y gobernanza ambiental en Chile" por la Dra. Silvia Bertazzo, puede resaltarse la empleabilidad de los DESCA en el desarrollo del sistema chileno, el gran ejemplificador de esta categoría de derechos. La Doctora Silvia, termina este gran análisis, demostrando que la gestión ambiental chilena encuentra su fundamento en el desarrollo de los DESCA y el diálogo empleado a nivel de evaluación de los impactos ambientales para lograr generar una mejor participación y una mejor protección de los mismos.

En el capítulo octavo titulado "Los derechos sociales y el Estado de derecho en Latinoamérica: prospectivas de futuro" del Dr. Gonzalo Aguilar Cavallo reflejan el análisis prospectivo que debe hacerse en el sistema de protección de derechos humanos para lograr esa Justiciabilidad, y cómo a partir de la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH, esta categoría de derechos se hace cada vez más fuerte, pues debe tenerse en cuenta que existirán, dentro de su evolución, unos estándares mínimos sociales y ambientales.

En el capítulo noveno, titulado "O Acordo de Escazú e a justiça ecológica na América Latina: desenvolvimento e retrocesso" por la Dra. Letícia Albuquerque se hace un análisis bastante determinante para generar el desarrollo de una gobernanza en derecho ambiental basado en la aplicabilidad de estándares internacionales y generando una cooperación funcional dentro del sistema que permite su debida aplicación.

En el capítulo décimo, titulado "El impacto de la plurinacionalidad en los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. Una propuesta para el proceso constituyente chileno" por el Dr. Hugo Tórtora Aravena, donde se expresa que en la categoría de DESCA la pluralidad juega un papel predominante al emplear una propuesta para que dentro del constitucionalismo transformado los DESCA se conviertan en el modelo moderno y garantizador de derechos humanos.

En el capítulo décimo primero, titulado "Tempos de pandemia: a proteção dos direitos dos povos indígenas na Suprema Corte do Brasil" por la Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza y André Demetrio Alexandre, puede denotarse la importancia de protección de derechos en plena pandemia y cómo en su actuar el Estado brasileño debe proteger los derechos de pueblos indígenas, un análisis que desborda las funcionalidades de legitimidad y eficientísimo.

En el capítulo décimo segundo, titulado "Não dar um passo para trás: o princípio da proibição de retrocesso no direito internacional do meio ambiente" por la Dra. Angela Jank Calixto, nuevamente se puede ver como el derecho ambiental cada vez toma mayor importancia y relevancia en el derecho internacional y cómo los estándares de protección de derechos humanos logran generar un mpnimo de existencia ecológico para salvaguardar sus principios.

En el capítulo décimo tercero, titulado "El principio pro-natura como base del Estado de derecho latinoamericano" por Dominnique Luan Ramos, de desarrolla en forma concreta y directa el principio pro-natura y se torna a generar un contenido base que sirve de guía dentro del derecho ambiental incluso para tod la Latinoamérica, una importante reflexión generando un marco funcional al sistema latinoamericano.

En el capítulo décimo cuarto, titulado "A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a justiciabilidade do direito social à saúde: análise dos impactos do precedente Poblete Vilches para o atual contexto de pandemia" por los doctores Tiago Fuchs Marino y Luiz Guilherme Arcaro Conci, se hace una importante reflexión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos generando un pragmático pero importante análisis de las implicaciones sobre la justiciabilidad de derechos en el marco jurisprudencial y empleado escenarios de pandemia que bien han marcado estos tiempos.

En el capítulo décimo quinto, "Situación actual de algunos derechos sociales de los migrantes en Chile" por la Dra. María Ignacia Sandoval Gallardo, logra hacer un análisis exacto de la situación real de migrantes en Chile, y propone medidas que permiten que el Estado chileno tenga formas de protección sistemática para disminuir su impacto, importante la relevancia que se hace desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la aplicabilidad.

En el capítulo décimo sexto, titulado "El principio precautorio y su aplicación como herramienta interpretativa para la protección del derecho a un medio ambiente sano en Chile" por el Dr. Edison Calahorrano Latorre, en donde emplea un estudio sobre los riesgos y la precaución que deben generarse para poder dar una mejor aplicación a los instrumentos de derecho ambiental y cómo el Estado chileno ha avanzado en su sistematización.

En el capítulo décimo séptimo, titulado "La información ambiental como derecho a un medio ambiente sano. Su garantía en el ordenamiento jurídico cubano" por las Dras. Ana Rosa Andino Ruibal y Lisett D. Páez Cuba desarrollan un contexto de derecho ambiental sumamente importante para el contexto cubano, una vez más esta obra deja ver cómo la materialización de un derecho a un medio ambiente sano es cada vez más relevante para los sistemas jurídicos y para sus habitantes.

En el capítulo décimo octavo, titulado "La concretización de los derechos sociales y económicos de los migrantes venezolanos por el Estado brasileño" por los Dres. João Luis Macedo Silva Cardoso y Thiago Oliveira Moreira, se refleja un estudio de derecho constitucional donde se emplea la protección de DESCA y se analiza su impacto, ese mismo impacto que puede reflejarse al traspasar las fronteras entre los Estados para lograr articular estándares de protección sistemática de derechos y que cumple, en definitiva, con la justiciabilidad que deben tener la población migrante.

En el capítulo décimo noveno, "Los derechos sociales en el escenario de postpandemia: la actividad jurisdiccional y otros nuevos medios para su efectividad" por la Dra. María Paula Garat, se logra un análisis postpandémico donde la actividad jurisdiccional y los medios para lograr su efectividad se hacen protagonistas en el impulso por los DESCA, se emplean otros medios de protección y se logra hacer un análisis de requerimiento para su debida consolidación.

En el capítulo vigésimo, titulado "Exigiblidad de los derechos económicos, sociales y culturales" por el Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano, tiene un impacto bastante importante y relevante dentro del actuar que requiere los DESCA porque si bien es cierto emplean instrumentos internacionales para su protección, también es cierto que parten de su alcance, de su interdependencia y de su indivisibilidad como grupo de derechos humanos. Aquí se hace muy relevante la puesta en marcha del acceso a la justicia en el Estado mexicano y cómo se logra la adaptación de protección de los DESCA en este ámbito.

En el capítulo vigésimo primero, titulado "Situación actual de las personas migrantes e indígenas migrantes en México" por los Dres. Blanca Torres Espinosa, Carlos E. Arcudia Hernández y Sara Berenice Orta Flores, dejan ver la situación real de la frontera norte de México y la realidad frente a la migración que sucede, si bien es cierto que existen grupos migratorios y que ee.uu. siempre es considerado un buen destino, la desprotección sistemática de derechos por parte de los entes regulatorios es cada vez más notorio, por lo tanto, los Doctores logran dejar ver la problemática, las consecuencias y los impactos generados por estos hechos.

En el capítulo vigésimo segundo, "Sustentabilidade de empresas privadas no Brasil: o Acordo de Escazú e a transparência do desempenho social e ambiental das operações empresariais" por Luciani Coimbra de Carvalho y Caroline Mendes Dias donde analizan el desempeño ambiental de las operaciones empresariales y cómo acuerdos internacionales como el de Escazú se vuelven cada vez más determinantes en el derecho internacional y generar una articulación normativa real para proteger este tipo de derechos.

En el capítulo vigésimo tercero, "El derecho internacional humanitario en el contexto de la guerra híbrida: desafío de los desca en contextos internacionales" por los Dres. Jonnathan Jiménez Reina, Paola Alexandra Sierra-Zamora y Carlos Alberto Ardila Castro que develan los desafíos que enfrentan los desca en contextos de conflictos internacionales, la importancia de su aplicabilidad y la legitimidad de los mismos.

En el capítulo vigésimo cuarto, titulado "Control de convencionalidad: criterios jurídicos de la Corte Constitucional en Colombia sobre su aplicabilidad. 2000 - 2019" por los Dres. Luís Alfredo Jiménez Castellanos y Paola Alexandra Sierra-Zamora se analiza la aplicabilidad del control de convencionalidad en el ejercicio interpretativo y se evalúa cómo el diálogo entre jueces aplicable a un ius constitucionale commune se torna cada vez más importante y relevante para los sistemas jurídicos.

Con todo, se deja ver, además, que esta obra académica aporta perspectivas teóricas actuales para los desafíos que el derecho internacional aborda, pero, sobre todo, es muy importante resaltar el trabajo conjunto y la colaboración académica de instituciones como la Universidad Católica de Colombia y su grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia de la Universidad Católica de Colombia, categorizado en A1 por Minciencias y con código de registro col0120899 y que bajo el encargo de la líder la Dra. Paola Alexandra Sierra-Zamora deja ver cómo en la edición de esta obra académica construye una referencia valiosa para el estudio de los desca, la colaboración de instituciones educativas como el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ilae–, que por encargo del Dr. Antonio Milla resaltan esta labor

contenida en esta obra, pero, sobre todo, la constante colaboración del Dr. Gonzalo Aguilar Cavallo del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca resaltan la magnifica labor del quehacer académico.

Para finalizar, esta obra fue validada a través de un procedimiento de evaluación de pares externos tipo doble ciego. Para su desarrollo constaron la contribución multidisciplinaria de diversos académicos del hemisferio que cuentan con grandes reconocimientos y habilidades que dejan que esta obra académica tenga un valor muy importante en la contribución a los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Medio Ambientales.

Paola Alexandra Sierra-Zamora, febrero de 2023

CAPÍTULO PRIMERO

Parámetros del legislador en el desarrollo de derechos sociales en el Perú[1]

Manuel Bermúdez Tapia[2]

Paola Alexandra Sierra-Zamora[3]

1 Este capítulo de libro hace parte de los resultados del proyecto de investigación "La guerra asimétrica, híbrida e irrestricta: retos, amenazas y desafíos para los Estados, la seguridad y defensa regional" del Grupo de Investigación Masa Crítica de la Escuela Superior de Guerra General Rafael Reyes Prieto, categorizado en A1 por el Ministerio de Ciencia Tecnología e Innovación –Minciencias– y registrado con el código COL0123247. Los puntos de vista y los resultados de este artículo pertenecen a los autores y no reflejan necesariamente los de las instituciones participantes.

2 Abogado. Magíster en Derecho, Doctorado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Profesor Investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista. Profesor de la Facultad de Derecho y Unidad de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de la Universidad Católica de Colombia y de la Maestría en Investigación Jurídica en la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez en México. Investigador registrado en RENACYT P0140233. Correo [mbermudeztapia@gmail.com] ORCID [http://orcid.org/0000-0003-1576-9464].

3 Postdoctora Internacional en Derecho y Nuevas Tecnologías por la Mediterránea Internacional Centre for Human Rights Research. PhD Internacional (*cum laude*) y Magíster en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional de la Universitat de Valéncia, España. Abogada de la Universidad Católica de Colombia. Investigadora Asociada y par evaluador categorizada por Minciencias. Docente ocasional investigador de la Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto". Correo [paola.sierraz@esdeg.edu.co] ORCID [https://orcid.org/0000-0002-3146-7418].

INTRODUCCIÓN

En Latinoamérica y en particular en el Perú, el diseño de políticas públicas es dirigido por el poder ejecutivo a través del gobierno nacional siendo validado, controlado y fiscalizado por el Congreso de la República, sobre la cual se desarrolla el equilibrio de poderes en la gestión pública[4].

Durante la mayor parte de la República, el Perú no había registrado un eficiente sistema de gestión pública, en especial porque la clase política no ha sido estable y ha respondido a variables temporales y negativas que se han reflejado en elevados niveles de populismo, deficiencia en la gestión pública y registro de numerosos casos de corrupción[5].

En consecuencia, el manejo político de la realidad social, económica y política del Perú ha quedado limitada a las acciones que ejecuta tanto el gobierno nacional como el Congreso de la República, donde no se ha registrado una verdadera política de Estado que permita la atención de las principales necesidades de la población a través de la provisión de servicios públicos[6], en particular en las áreas de educación, trabajo, salud, transporte, seguridad, alimentación, entre otros.

A lo largo de la historia, la realidad peruana refleja un proceso de mejora en la gestión pública en los últimos 40 años, a la finalización del último período de gobierno militar desarrollado entre 1968 y 1980. La democracia peruana entre 1980 y 2021 solo fue interrumpida por un golpe de Estado el 5 de abril de 1992. Finalmente, luego de aprobarse una nueva constitución, se ejecutaron las elecciones de 1995, y a la fecha se han registrado procesos electorales presidenciales y parlamentarios sucesivos en 2000, 2001, 2006, 2011, 2016, 2020 y 2021.

4 Manuel Alexis Bermúdez Tapia. "Los objetivos en políticas públicas en salud: la disminución de las desigualdades en la prestación de los servicios", *Gestión Pública y Desarrollo*, año 6, n.° 62, 2012, pp. 4 a 6.

5 Manuel Alexis Bermúdez Tapia. "El derecho a la salud conforme al contrato social sinalagmático", en Luiz Guilherme Arcaro Conci (org.). *O direito público em tempos pandémicos: 9 países, 11 trabalhos e uma porção de inquietudes*, San Pablo, Tirant lo Blanch, 2020, disponible en [https://editorial.tirant.com/free_ebooks/E000020005222.pdf].

6 José Domingo Begazo Villanueva y Walter Fernández Baca. "Gestión por procesos y su relación con el plan estratégico en un contexto de modernización de la gestión pública peruana", *Gestión en el Tercer Milenio*, vol. 19, n.° 37, 2016, pp. 25 a 30, disponible en [https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/administrativas/article/view/13773].

Una realidad que registra procesos de crisis interna significativos que permiten su autonomía descriptiva:

a. En el 2000, Alberto Fujimori renunció a la presidencia de la República, ante la acreditación de varios casos de corrupción en su gobierno, todos ellos bajo dirección de Vladimiro Montesinos[7].

La renuncia no fue aceptada por el Congreso de la República quien procedió a declararlo "incapaz moral" y luego se retiró la firma de quien promulgó la Constitución pese al hecho de haber sido quien la ideó y ejecutó.

b. La vacancia de Martín Vizcarra en el cargo de presidente de la República[8].

Situación promovida por el Congreso de la República y que provocó entre el 9 al 16 de noviembre de 2020, un contexto de crisis extrema que registró la sucesión de tres presidentes, cuatro procesos de nombramiento de representante parlamentario en el gobierno nacional y un período de vacío de poder de más de 30 horas, en donde no había presidente de la República ni tampoco autoridad alguna en el Congreso de la República[9].

Situaciones de crisis que han reflejado el elevado nivel de disfuncionalidad de la mayor parte de políticas o propuestas de gestión pública, siendo constantemente variadas en función a cambios de gobierno, cambio de perspectivas ideológicas en lo político o económico y en función a las exigencias sociales, con lo cual el contexto de gobernabilidad en el Perú si bien ha sido relativo, no ha sido funcional.

7 Renata Bregaglio Lazarte, Renato Constantino Caycho, Teresa Arce Coronel, Marcelo Castilla Báez, Javier Andres Ruiz Díaz, Claudia Alexandra Cosme Pinedo y Fabiana Andrea Chávez Arpi. "La causal de vacancia presidencial por incapacidad física y moral y su relación con discapacidad", *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, vol. 5, n.° 1, 2021, pp. 8 a 26, disponible en [http://redcdpd.net/revista/index.php/revista/article/view/250].

8 Donny Johnson Gonzales Rodríguez. "La vacancia presidencial, por incapacidad moral permanente en el Perú 2021" (tesis de pregrado), Lima, Universidad Peruana de las Américas, 2022, disponible en [http://repositorio.ulasamericas.edu.pe/handle/upa/2105].

9 Manuel Alexis Bermúdez Tapia. "El control político del congreso del Perú a las acciones del ejecutivo en estados de emergencia en ocasión a una pandemia", *Opinión Jurídica*, vol. 19, n.° 40 (ed. esp.), 2020, pp. 341 a 367, disponible en [https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/3584].

Sin embargo, el principal defecto en la provisión de servicios públicos en el país ha sido siempre la falta de recursos públicos para financiar la atención de derechos programáticos y operativos, en especial a situaciones de corrupción[10] y de falta de programación financiera en el ámbito presupuestario.

Un panorama que permite evaluar el ámbito de discrecionalidad de los legisladores, tanto en su rol de control y fiscalización de las políticas públicas ejecutadas por el gobierno nacional, como también en su rol de promoción de reformas constitucionales y legislativas, para así mejorar la capacidad del Estado en la atención de derechos de incidencia social en el Perú[11].

Para la ejecución de esta investigación, se presenta un trabajo bajo un perfil metodológico cualitativo, descriptivo y causal, basado en el análisis documentario y la evaluación de las últimas reformas constitucionales y normativas en el país que ha reformulado las políticas de atención de necesidades sociales en el Perú, las cuales serán las unidades de evaluación, procurándose acreditar la constante reformulación de las políticas públicas al no registrarse resultados positivos que se acredita con la limitada capacidad de reducir la pobreza en los sectores geográficos con registro endémico e histórico.

Se plantea como hipótesis de trabajo, valorar la evaluación y reformulación de las políticas públicas en el ámbito de la atención de derechos sociales en el Perú, debido a la crisis de los fundamentos de la economía social de mercado vigente desde 1993. En este sentido, la crisis de gobernabilidad e institucionalidad en el Estado ha permitido que la población cuestione los contenidos del modelo económico del país para así promover una reforma constitucional y un cambio del modelo de participación del Estado en la economía del país, que ha permitido la asunción a la presidencia de un modelo político y económico diferente al registrado entre los años 1993 a 2021.

El presente texto hace parte de los resultados del proyecto de investigación "Análisis del impacto político, económico y social de la corrupción en la gestión pública", ejecutado en la Facultad de Derecho de la Universidad Privada San Juan Bautista aprobado por Resolución de Vicerrectorado de Investigación n.° 017-2021-VRI-UPSJB, donde se

10 Manuel Alexis Bermúdez Tapia. "Enfrentando al macrodelito desde el Estado", *Actualidad Penal*, n.° 65, 2019, pp. 277 a 288.

11 Bermúdez Tapia. "El control político del congreso del Perú a las acciones del ejecutivo en estados de emergencia en ocasión a una pandemia", cit.

analizó el impacto negativo de las acciones de legislador en la fiscalización de políticas de contenido social en el país.

I. LA DEFICIENTE GESTIÓN PÚBLICA DE LATINOAMÉRICA

América Latina ha registrado una condición histórica, cultural, geopolítica y social uniforme, siendo posible identificar elementos positivos y negativos en gran o pequeña medida, sobre la cual se parte por entender que los procesos de gestión pública que se han ejecutado en los últimos 40 años en la región, son relativamente próximos si se supera la evaluación específica en lo económico, ideológico o de gestión pública[12].

En este sentido, los elementos ideológicos y económicos más representativos en el ámbito de la gestión pública de un país latinoamericano han sido tres[13]:

1. El modelo político-económico socialista ejecutado por Cuba, Venezuela, Argentina, Bolivia y Nicaragua, que ha incidido de manera drástica en la crisis venezolana provocando la migración masiva de su población a países como Colombia y Perú.

2. El modelo político-económico de economía de mercado que ha permitido que países como México, Chile, Colombia y Perú desarrollen un proceso de integración económica que ha generado un potencial económico muy significativo en el ámbito internacional, al nivel de ser observado por varios países que desean formar parte de este bloque.

12 Ana Sojo. "Condiciones para el acceso universal a la salud en América Latina: derechos sociales, protección social y restricciones financieras y políticas", *Ciência & Saúde Coletiva*, vol. 16, n.° 6, 2011, pp. 2.673 a 2.685, disponible en [https://www.scielo.br/j/csc/a/jkR3LQXWYdxzCDX4Nc6W3Jn/?lang=es].

13 Aleida Azamar Alonso y José Ignacio Ponce Sánchez. "El neoextractivismo como modelo de crecimiento en América Latina", *Economía y Desarrollo*, vol. 154, n.° 1, 2015, pp. 185 a 198, disponible en [http://www.econdesarrollo.uh.cu/index.php/RED/article/view/14].

3. El modelo ideológico-económico conservador que permite identificar a los diferentes gobiernos en la región que han cambiado de modelos políticos, ideológicos y económicos de forma sucesiva y no han repercutido de manera directa en la planificación de las acciones de carácter institucional.

Sin embargo, pese a los modelos económicos muy significativos como los registrados en Brasil, México o Colombia, o las acciones que promueven el populismo político en Argentina, Bolivia, Ecuador o Perú[14], la realidad latinoamericana registra algunos elementos endémicos que son constantes y que permiten un registro detallado:

a. Los niveles de pobreza endémica en las regiones donde habitan poblaciones vulnerables limitan el acceso a servicios públicos y ello registra una referencia negativa a nivel histórico, provocando una invisibilidad de personas en situación de vulnerabilidad extrema[15].

Este es el mayor elemento representativo en la gestión pública en Latinoamérica y permite detallar la negligente visión en la atención de derechos sociales, económicos y culturales a la población indígena en la mayoría de países de la región, en especial porque se ejecutaban políticas de atención de necesidades de las clases dominantes, provocando una categorización de "ciudadanías", donde las menos favorecidas pueden ver restringidos sus derechos en cuanto a la accesibilidad a los principales servicios públicos[16].

La *integración* de la población en un único modelo de desarrollo no ha sido una política uniforme en la región, y en este sentido, las crisis sociales se han registrado porque las poblaciones indígenas han planteado la defensa de sus derechos, especialmente en donde se han

14 Michael L. Conniff. "Neo-populismo en América Latina. La década de los 90 y después", *Revista de Ciencia Política*, vol. xxiii, n.° 1, 2003, pp. 31 a 38, disponible en [https://www.redalyc.org/pdf/324/32423103.pdf].

15 Paola Alexandra Sierra-Zamora y Manuel Bermúdez Tapia. "La invisibilidad de la identificación de víctimas en las fuerzas militares y el inicio de una crisis en la defensa y seguridad nacional a raíz del Acuerdo de Paz", *Vniversitas*, vol. 69, 2020, disponible en [https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/30229].

16 Manuel Alexis Bermúdez Tapia. "Categorías de ciudadanía en el Perú, por el goce de derechos fundamentales", *bira: Boletín del Instituto Riva-Agüero*, n.° 28, 2001, pp. 333 a 343, disponible en [https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/113767].

registrado acciones de inversión para la explotación de recursos naturales, hídricos, minerales, de petróleo y de gas.

En este sentido, países como México, Guatemala, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia, Chile y Argentina registran una constante respecto de las características de su población indígena, que permite detallar una categorización implícita de su condición de ciudadanía, hecho que fue expuesto por Alan García Pérez[17] cuando se registró la crisis de Bagua en Amazonas y calificó los reclamos sociales como desproporcionales a los intereses del país por parte de "ciudadanos de segunda clase"[18].

En el mismo sentido, México, Guatemala, Colombia, Ecuador, Bolivia, Chile y Argentina registran elevados niveles de exclusión social, de escasa provisión de servicios vinculados al ámbito educativo, de salubridad, de provisión de servicios, de acceso a redes de agua potable, electricidad, internet, alcantarillado y de manejo de aguas servidas y residuos sólidos[19].

En consecuencia, se registra una *pobreza endémica* que identifica a los colectivos indígenas, con lo cual la provisión de servicios públicos puede ser identificada como la principal causa por la cual no se puede reducir los niveles de pobreza de dicha población en todos los países de la región[20].

Sin embargo, esta categoría de grupo humano en vulnerabilidad no es la única en la región, en particular porque los niveles de exclusión social permiten identificar varios tipos de poblaciones en situación de limitación o de vulnerabilidad, entre las cuales es posible detallar:

17 Lima, 23 de mayo de 1949 – íd., 17 de abril de 2019.

18 Carlos Andrés Loayza Ormachea. "Entre dos sistemas jurídicos: análisis del conflicto de Bagua con base en la antropología jurídica", *YachaQ Revista de Derecho*, n.° 12, 2021, pp. 39 a 51, disponible en [https://revistas.unsaac.edu.pe/index.php/ry/article/view/785].

19 Gonzalo A. Saraví. "Nuevas realidades y nuevos enfoques: exclusión social en América Latina", en *De la pobreza a la exclusión: continuidades y rupturas de la cuestión social en América Latina*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007.

20 Raúl Atria, Marcelo Siles, Irma Arriagada, Lindon J. Robison y Scott Whiteford (comps.). *Capital social y reducción de la pobreza en América Latina y el Caribe: en busca de un nuevo paradigma*, Santiago de Chile, cepal, 2003, disponible en [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2324/S029693_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y].

i. A las mujeres, tanto de forma individual como a nivel de colectivo, porque la accesibilidad a servicios públicos como salubridad y trabajo, permite identificar que las acciones de los gobiernos latinoamericanos no han generado una verdadera inclusión de la mujer en la realidad política nacional.

ii. Al colectivo integrado por personas de la tercera edad, siendo un registro objetivo el detallar que la tutela de derechos vinculados al ámbito laboral y previsional es una constante en la región, en particular en países que han optado por una política de economía de mercado donde se ha registrado la sustitución del Estado en la provisión de los recursos pensionarios de la población jubilada o por jubilarse.

iii. Al colectivo de personas con alguna discapacidad, referencia que permite detallar que la misma provisión de servicios públicos educativos, de salud, laborales o promotores de integración social, no resultan eficientes porque los elementos logísticos y de provisión de una red de elementos complementarios son onerosos y por eso la *ejecución* de acciones a favor de estos colectivos resulta limitada y su proceso de ampliación es deficiente.

iv. Colectivos migrantes, en particular cuando en Latinoamérica se registra el caso venezolano, habiéndose registrado varios procesos previos, como los ejecutados por poblaciones peruanas hacia países como Argentina, Chile o Venezuela en la década de los años 1980 en el siglo pasado.

En consecuencia, la *pobreza* es uno de los elementos que permite detallar el elevado nivel de deficiencia que ha tenido la administración pública latinoamericana y su registro es negativo y no puede ser atendido en el corto plazo[21].

b. Los niveles de corrupción resultan extendidos y generan un gran impacto en las economías nacionales.

21 John Durston. "Capital social: parte del problema, parte de la solución, su papel en la persistencia y en la superación de la pobreza en América Latina y el Caribe", en Atria, Siles, Arriagada, Robison y Whiteford (comps.). *Capital social y reducción de la pobreza en América Latina y el Caribe: en busca de un nuevo paradigma*, cit.

El principal límite que registran las administraciones nacionales en la ejecución de políticas públicas responde a las consecuencias que genera la corrupción en sus jurisdicciones.

La evaluación del impacto de la corrupción provoca una triple condición presupuestal, fiscal y de planificación pública porque el *presupuesto* que dispone un país para la atención de sus necesidades resulta limitado desde antes de su proyección.

En este sentido, el triple impacto generado se puede representar así:

> En un primer momento, los actos de corrupción en la gestión pública provocan que muchos servicios públicos no puedan ser ofrecidos en su integridad o resulten limitados, con lo cual el *presupuesto* inicialmente planificado resulta insuficiente.
>
> En un segundo momento, la *planificación* de una ampliación del presupuesto público para la atención de los servicios públicos que habían sido limitados inicialmente debe ser "complementados" con una asignación extraordinaria de presupuesto, que en esencia provocará un déficit en la planificación de otros servicios públicos.
>
> En una tercera etapa se tendrá que priorizar el *gasto público* en la provisión de algunos servicios públicos frente a la atención de otros requerimientos sociales[22].

En congruencia, la corrupción genera un impacto estructural y negativo en la gestión pública, limitando de forma extraordinaria la atención de las principales necesidades de la población.

Países como México, Perú, Colombia, Ecuador, Argentina, Chile y Brasil han sido impactados por la corrupción generada por las empresas de construcción brasileñas que habían generado una constante en la planificación, diseño y ejecución de obras públicas por parte del

22 Áurea Esther Grijalva Eternod y Esther Fernández Molina. "Efectos de la corrupción y la desconfianza en la Policía sobre el miedo al delito. Un estudio exploratorio en México", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. LXII, n.° 231, 2017, pp. 167 a 198, disponible en [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42152785007].

Estado, a través de la complicidad de funcionarios públicos en cada país, que dirigían el presupuesto público para la atención de requerimientos y servicios que ante la opinión pública resultan de "interés nacional".

c. Las crisis sociales provocadas por una ineficiente o cuestionada dirección económica y política de los gobiernos nacionales es una constante que ha provocado la deslegitimidad del Estado.

La evaluación de la gestión pública de los diferentes gobiernos en la región latinoamericana ha permitido el registro de numerosos procesos de crisis sociales que han provocado que los gobiernos y el mismo Estado sean cuestionados.

Los procesos de crisis estructural en el ámbito político, económico y social en la región permiten detallar como punto de referencia extraordinario, el fin de mes de septiembre de 2019 que provocó una referencia única en la región, donde:

> Chile registró un proceso de crisis interna tan grave que el gobierno de Sebastián Piñera accedió a reformar la Constitución para así garantizar su permanencia en el gobierno[23].
>
> El gobierno de Lenin Moreno en Ecuador, se vio obligado a reformular su política económica para mantener los subsidios económicos que reducían el costo de producción y de provisión de servicios públicos ante las protestas sociales que habían incrementado la presión política al superar la crítica solo al modelo económico impuesto[24].
>
> En Bolivia, la cuarta elección presidencial de Evo Morales generó una crisis de naturaleza política que provocó la

23 Osvaldo Artaza Barrios y Claudio A. Méndez. "Crisis social y política en Chile: la demanda por acceso y cobertura universal de salud", *Revista Panamericana de Salud Pública*, n.° 44, 2020, pp. 1 a 5, disponible en [https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/51916/v44e162020.pdf?sequence=1&isAllowed=y].

24 José Antonio Sanahuja. "La crisis de la integración y el regionalismo en América Latina: giro liberal-conservador y contestación normativa", *Anuario Ceipaz 2018-2019. Ascenso del nacionalismo y el autoritarismo en el sistema internacional*, 2019, pp. 107 a 126, disponible en [https://ceipaz.org/wp-content/uploads/2020/04/06.JSANAHUJA.pdf].

> salida del país del entonces presidente renunciante, para así generar un proceso de transición democrática, donde la presidenta en funciones tiempo después fue detenida al afrontar acusaciones penales en trámite[25].
>
> En el Perú se registró la disolución del Congreso de la República luego de un proceso constante de confrontación con el gobierno nacional, al nivel de provocar la renuncia del entonces presidente Pedro Pablo Kuczynski.
>
> El cierre del Congreso provocó que durante seis meses previos a la pandemia provocada por el COVID-19, el gobierno nacional de forma autónoma, pueda proyectar una política de atención a las consecuencias de la pandemia sin un control a nivel de contrapeso político.
>
> Lamentablemente esta política fracasó desde el inicio, porque los recursos económicos, logísticos y humanos resultaron limitados y se calificó al país como la peor gestión pública ante la pandemia a nivel global[26].

Un conjunto de referencias que permiten detallar el elevado nivel de disfuncionalidad de las administraciones públicas, que provocó la crisis de legitimidad del Estado en estos países y que ha provocado cambios extremos en la línea de gestión pública en la mayoría de ellos.

Ante lo descrito, es oportuno evaluar el proceso de cambio de dirección en la política económica del Perú, hecho registrado desde la asunción a la presidencia de Pedro Castillo Terrones el 28 de julio de 2021, en las celebraciones por el Bicentenario de la proclamación de la independencia nacional.

La creciente insatisfacción de la población andina y amazónica por la falta de atención de sus necesidades más básicas, provocó la crítica al modelo económico constitucional de economía de mercado y se

25 V. Ximena Velasco Guachalla, Calla Hummel, Jami Nelson Núñez y Carew Boulding. "Crisis-Doble: Bolivia 2020", *Revista de Ciencia Política*, vol. 41, n.° 2, 2021, pp. 211 a 237, disponible en [http://ojs.uc.cl/index.php/rcp/article/view/40305].

26 Bermúdez Tapia. "El derecho a la salud conforme al contrato social sinalagmático", cit.

ha planteado una reforma total de la Constitución y de las leyes que regulan las actividades económicas en el país.

II. ANÁLISIS SITUACIONAL DEL PERÚ

El Perú registra un modelo histórico en la cual la inestabilidad política y la desatención de servicios públicos es una referencia constante, que incide de manera negativa en la atención de los derechos sociales más esenciales de la población.

Ante este panorama, la complementación de varios factores ha reducido el carácter programático y orgánico de las políticas públicas debido a las constantes modificaciones estructurales por parte de las autoridades políticas.

Ante ello es importante hacer un repaso de cómo es que el sistema político y económico peruano se ha desarrollado en los últimos años, en particular desde su vinculación con la atención de derechos de carácter social, específicamente en cuatro ámbitos: la provisión de servicios educativos a la población escolar; la provisión de una red sanitaria para atender a la población; la implementación de políticas económicas de promoción del empleo formal para limitar el impacto negativo de la informalidad y del subempleo; y la atención de políticas de alimentación, en particular para atender a la población vulnerable identificada como niños en edad escolar, adultos mayores y personas con discapacidad en situación de abandono material.

La delimitación del texto a estos ámbitos permitirá detallar las acciones que ha ejecutado el legislador peruano en los años 2016-2018, 2018-2020 y 2020-2021, en los cuales se han registrado tres periodos parlamentarios y presidenciales que permiten identificar un proceso de adaptación de la legislación constitucional y legal ante un eventual gobierno que no continue la política de economía de mercado.

A. Los límites en el ámbito del proceso de reforma constitucional y reforma de política públicas en el Perú

Las constituciones tienen un objetivo de permanencia en el tiempo, en especial para garantizar la seguridad jurídica y la relación entre el Estado y la población, sobre la cual se sostiene la gobernabilidad y democracia en el país.

Sin embargo, debido a los cambios que se registran a nivel social, cultural, internacional, económico y político, es posible que se registren evaluaciones y procedimientos de reforma constitucional, siendo significativos los siguientes esquemas de evaluación y reforma:

i. El proceso de evaluación de la constitución a través de procesos de reforma interna en los parlamentos, en particular cuando las iniciativas procuran mejorar los contenidos de la Constitución.

ii. El proceso de modificación de la Constitución a través de un proceso generado por una Asamblea Constituyente, a efectos de generar un procedimiento que cuente con la legitimidad social suficiente para validar su proyección en el tiempo.

iii. El proceso de evaluación del contenido constitucional a través de procesos judiciales, en particular los tratados en el Tribunal Constitucional, que para el caso peruano ha permitido la evaluación de casos ajenos al ámbito usual reglado por el Código Procesal Constitucional.

En este sentido, es importante detallar que se registran los siguientes referentes jurisprudenciales que evalúan el ámbito de evaluación en el presente texto:

a. Sentencia n.° 02016-2004-PA/TC, caso José Luis Correa Condori en la cual se evaluó el contenido del *principio de solidaridad* a través del diseño de políticas públicas que procuren desarrollar el *bien común y el deber de distribuir adecuadamente los beneficios sociales* en el país[27].

b. Sentencia n.° 03330-2004-PA/TC, caso Ludesminio Loja Mori, que evaluó el contenido esencial del derecho al trabajo y que configura los límites de las políticas públicas que determinan el ámbito de promoción laboral en la legislación peruana[28].

27 Sentencia 03330-2004-PA/TC de 11 de agosto de 2005, disponible en [https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.pdf].

28 Sentencia 00042-2004-PI/TC de 12 de agosto de 2005, disponible en [https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/principal-jurisprudencia/?action=categoria_detalle&id_post=143989].

c. Sentencia n.° 00042-2004-PI/TC, respecto de la promoción de derechos sociales y culturales como *deber primordial del Estado social y democrático*, que permite desarrollar los actos que responden al interés general promovidos por las políticas públicas[29].

d. Sentencia n.° 00091-2005-PA/TC, caso Yeny Zoraida Huaroto Palominio y otra, donde se evaluó el contenido esencial del derecho a la educación, las cuales configuran las características esenciales de las políticas públicas que deben registrar: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad para así garantizar una eficiente política pública educativa[30].

e. Sentencia n.° 00005-2006-PI/TC, caso Jorge Santistevan de Noriega y más de 5.000 ciudadanos, donde se evaluó el derecho a la pensión de jubilación, delimitándose dicho contenido sobre el cual el legislador no puede intervenir para restringir o privar a las personas de un derecho adquirido[31].

f. Sentencia n.° 00002-2009-PI/TC, que evaluó la constitucionalidad del Acuerdo de Libre Comercio entre Perú y Chile, sobre el cual se debatió la limitación de la soberanía nacional, conforme la demanda formulada por 40 congresistas contra el gobierno nacional[32].

g. Sentencia n.° 00032-2010-PI/TC, donde se evaluó el contenido de las políticas que valoran el *derecho al libre desarrollo* de las personalidades, conforme el inciso 1.° del artículo 2.° de la Constitución, respecto del control de la intervención estatal que no sea razonable

29 Sentencia 02016-2004-PA/TC de 8 de abril de 2004, disponible en [https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/principal-jurisprudencia/?action=categoria_detalle&id_post=144144].

30 Sentencia 00091-2005-PA/TC de 9 de enero de 2006, disponible en [https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/principal-jurisprudencia/?action=categoria_detalle&id_post=143712].

31 Sentencia 00005-2006-PI/TC de 9 de abril de 2007, disponible en [https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/principal-jurisprudencia/?action=categoria_detalle&id_post=143777].

32 Sentencia 00002-20009-PI/TC de 5 de febrero de 2010, disponible en [https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00002-2009-AI.html].

ni proporcional a la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la Constitución tutela[33].

h. Sentencia n.° 299/2020, Expediente n.° 02566-2014-PA/TC, caso Luigi Calzolaio, en la cual se analizaron los límites de las acciones del Estado en la atención del servicio de salud pública, respecto de las barreras burocráticas impuestas que limitaban la ejecución de diagnósticos y tratamientos que un paciente debía hacer para ser sometido a una cirugía médica[34].

Lo detallado permite apreciar el proceso de evaluación de los contenidos de la Constitución de 1993, a casi diez años de su promulgación, hecho que no ha provocado ninguna reforma constitucional.

Sin embargo, a casi 30 años de vigencia de la Constitución, los alcances económicos y sociales que detalla, ha permitido el desarrollo de exigencias populares que puedan mejorar la planificación de las políticas públicas que promueven la reducción de la pobreza y la ampliación de los servicios públicos, especialmente en zonas geográficas donde el registro de una *pobreza endémica* condiciona la legitimidad del Estado[35].

B. El proceso de reformas constitucionales que amplían la base material de los derechos sociales

El contexto de críticas al modelo de economía de mercado no solo es actual, registran una constante que se ha expuesto desde el 2001, en particular cuando se apertura la democracia a la finalización del gobierno de Alberto Fujimori.

33 Sentencia 00032-2010-PI/TC de 21 de julio de 2011, disponible en [https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/principal-jurisprudencia/?action=categoria_detalle&id_post=152904].

34 Sentencia 299/2020, Expediente 02566-2014-PA/TC de 4 de octubre de 2018, disponible en [https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00266-2014-AA.pdf].

35 Manuel Alexis Bermúdez Tapia. "Legitimidad de la legislación en el Estado de derecho", en Alfonso Jaime Martínez Lazcano (dir.). *Derechos humanos: la transformación de la cultura jurídica*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2018, disponible en [https://www.academia.edu/44528648/Legitimidad_de_la_legislaci%C3%B3n_en_el_Estado_de_Derecho].

Sin embargo, las organizaciones socialistas y comunistas que postulaban al poder en las elecciones presidenciales y parlamentarias no lograban tener una base social de respaldo que les permita plantear la reforma constitucional o validar la propuesta de convocar a un proceso constituyente para que una Asamblea Constituyente sea la que genere una nueva Constitución.

El escaso nivel de respaldo social provocó el surgimiento de *tendencias radicales* y estos se han evidenciado desde 2006, cuando Ollanta Humala postuló a la presidencia del país en compañía con una organización política de tendencia "radical" que pretendía el proceso de nacionalización de los recursos naturales extractivos en el país.

La necesidad de garantizar la gobernabilidad en el Perú permitió que los diferentes gobiernos presidenciales se adapten a la economía de mercado y esto se evidenció en los períodos presidenciales 2001-2006, 2006-2011, 2011-2016 y 2016-2021 (en sus cuatro períodos presidenciales) se adapten al modelo de economía de mercado.

Sin embargo, el elevado nivel de dispersión política, la constante oposición política entre los grupos vinculados a una tendencia político-económica de centro derecha provocó una deslegitimidad del Estado, que se evidenció cuando en el 2021 se registró la mayor deserción electoral en una elección presidencial, donde aproximadamente un tercio de la población inscrita en el padrón electoral no ejerció su derecho político a elegir a sus representantes en los órganos de gobierno del país.

La elección de una opción política radical ganó aceptación popular y permitió el ingreso al gobierno de Pedro Castillo Terrones, cuyos principales lineamientos son la promulgación de una nueva Constitución, la reforma de la política de economía de mercado y la ampliación de las políticas de atención de necesidades sociales en zonas andinas y amazónicas.

Sin embargo, esta realidad registra un antecedente previo en las elecciones parlamentarias extraordinarias de enero de 2020, donde se eligieron congresistas que tenían una pertenencia a organizaciones políticas socialistas y comunistas, que desde el fuero parlamentario provocaron algunas reformas constitucionales y normativas que promovían la ampliación de las políticas públicas en materia educativa, en la atención de los servicios sanitarios, de promoción laboral y de ampliación de la política de atención alimentaria a la población vulnerable en el país.

Una referencia que ya tenía un antecedente previo, porque en las elecciones parlamentarias extraordinarias de enero de 2020 a raíz del interregno parlamentario de 2020, permitió que líderes políticos vinculados a una ideología socialista y comunista ingresen en gran número al Congreso peruano, conformándose una bancada que ha promovido la reforma de la Constitución, en particular con la ampliación de la base normativa que regulaba los derechos fundamentales para mejorar los servicios educativos, el acceso a servicios públicos sanitarios, de trabajo y de atención alimentaria.

III. LA PANDEMIA, LA VISIBILIDAD DE LAS FALENCIAS ESTATALES Y EL INICIO DE LAS REFORMAS A LOS PROGRAMAS DE ATENCIÓN SOCIAL

Tomando en cuenta lo detallado, es que en el período legislativo registrado desde el 16 de marzo de 2020 hasta el 26 de julio de 2021, el Congreso de la República prestó atención a la necesidad de ampliar la base normativa en la cual se detallaba la tutela de derechos de orden social, para así adaptarlas a las exigencias que la pandemia provocada por el COVID-19 había registrado.

Sobre esta base, la reforma de los *derechos fundamentales* que han registrado un mayor respaldo político entre las diferentes fuerzas políticas en el Congreso ha sido:

a. El derecho a la educación, en particular para complementar el contenido del artículo 13 de la Constitución, para así incluir:

- La regulación de un límite presupuestal que impone la determinación de la política presupuestal del gobierno nacional, sobre la cual se asigna una cuota presupuestal específica para el sector.

- La inclusión de una condición complementaria al derecho de niños y adolescentes en edad escolar para acceder a servicios alimentarios, para así mejorar su capacidad académica.

- La promoción de una mejora en la calidad educativa, que se complementa y continua con la educación superior y técnica.

b. El derecho a la salud, sobre la cual se procuró ampliar la red hospitalaria y de contratación de personal sanitario.

En este ámbito se ejecutó una reforma parcial de la Constitución que permitió la posibilidad de que personal médico, en todas sus categorías, puedan tener doble percepción de remuneraciones en entidades públicas.

Previamente a la reforma constitucional registrada con la Ley n.° 31122, ningún funcionario público podía percibir remuneraciones de dos entidades públicas.

c. El derecho al trabajo, en particular para garantizar su alcance en contextos de *trabajo virtual* y de procedimientos de fiscalización administrativa por parte de los empleadores.

d. El derecho a la alimentación, sobre la cual se generaron cuatro procedimientos de entrega de *bonos* para así atender a la población que no registraba ingresos remunerativos bajo una modalidad formal, el no registro de una cuenta bancaria en una entidad financiera y el registro de carga familiar.

En este ámbito, el análisis de los *parámetros del legislador* resulta importante de detallar para una realidad como la peruana, porque no se registra un procedimiento parlamentario previo que delimite la capacidad del congresista para formular una propuesta legislativa que tenga vinculación con la gestión pública, en particular relacionada a la atención de derechos de orden social, económico, cultural y ambiental.

Nótese que en este sentido, el texto procura delimitar el ámbito de evaluación de algunos derechos, porque desde el 2010 hasta el 2021 se han registrado propuestas de reforma legislativa que han evaluado los contenidos normativos que detallan los derechos fundamentales de los ciudadanos vinculados a la educación, salud, trabajo y alimentación[36].

Condición que cambia cuando congresistas del período legislativo 2020-2021, han procurado atender estas cuatro líneas principales de atención de derechos vinculados al ámbito de la prestación de servi-

36 Manuel Alexis Bermúdez Tapia. "Los próximos nuevos retos del derecho parlamentario en contextos de postmodernidad", *Derecho & Sociedad*, n.° 31, 2008, pp. 145 a 150, disponible en [https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17400].

cios educativos, de salud pública, de tutela de derechos derivados de relaciones laborales y de prestación alimentaria.

Sin embargo, el procedimiento parlamentario fue deficiente y a través de una estrategia más política que constitucional, se aprobó la Resolución Legislativa n.° 021-2020-2021-CR[37], que ejecutaba una *cuarta legislatura* derivada del "desbocamiento" de la tercera legislatura.

La interpretación de las facultades del pleno del Congreso de la República, permitió el sustento de una iniciativa legislativa que establecía un período de trabajo ajeno a la tradición parlamentaria y que fue reglado entre junio y julio de 2021. El objetivo tenía un propósito: generar el procedimiento suficiente para aprobar las iniciativas de reforma constitucional.

Sin embargo, estas acciones normativas fueron decretadas como inconstitucionales al emitirse la sentencia n.° 00019-2021/PI/TC del Tribunal Constitucional peruano, derogándose por inconstitucional la Resolución Legislativa n.° 021-2020-2021-CR[38].

Por acción derivada de la interpretación del Tribunal Constitucional, las siguientes reformas constitucionales y normativas también fueron decretadas como inconstitucionales:

a. Ley 31280, que modificó los artículos 99 y 191 de la Constitución que reguló el *juicio de residencia* aplicable a las personas que ejercen la presidencia de la república y la dirección de los gobiernos regionales.

b. Ley 31304, ley de reforma constitucional que refuerza la protección del patrimonio cultural de la nación.

c. Ley 31305, que viabiliza a la Contraloría General de la República a solicitar el levantamiento bancario y de la reserva tributaria-bursátil en el marco del control gubernamental.

El fundamento para la declaratoria de inconstitucional, parte por el hecho de considerar como *malicioso* el desdoblamiento de una legis-

37 *Diario Oficial El Peruano*, n.° 16.050 de 3 de junio de 2021, disponible em [https://busquedas.elperuano.pe/download/full/1gVDakK4aDZB_IP_4zYxva], p. 3.

38 Sentencia 00019-2021-PI/TC de 11 de noviembre de 2021, disponible en [https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00019-2021-AI.pdf].

latura para así cumplir con el artículo 206 de la Constitución que establece como válida toda reforma constitucional a través de la aprobación de iniciativas legislativas en dos legislaturas continuas.

Siendo este acto una condición inválida, las demás iniciativas legislativas que fueron aprobadas mantienen su legalidad por cuanto en estos casos, el Congreso no tenía limitación alguna para ejecutar su función más ordinaria: la de emitir autógrafas para que sean promulgadas en leyes por parte del Ejecutivo, y si este órgano no lo hacía, por *insistencia* pueden ser promulgados por la presidencia del Congreso de la República.

En este ámbito, las siguientes leyes permiten observar el *desarrollo de derechos sociales* en la legislatura 2020-2021[39], en especial en la atención de los principales servicios que requería la población durante la época de pandemia, siendo las siguientes:

a. Ley 31301, que establece medidas de acceso a una pensión proporcional a los asegurados del sistema nacional de pensiones.

b. Ley 31307 que aprobó el Nuevo Código Procesal Constitucional.

c. Ley 31310, que modifica la Ley 30355 de promoción y desarrollo de la agricultura familiar.

d. Ley 31315, ley de seguridad alimentaria y nutricional.

e. Ley 31331, que modifica la Ley 29736, de reconversión productiva agropecuaria.

f. Ley 31334, que concede el derecho a licencia a trabajadores en el día programado para su vacunación contra el COVID-19.

g. Ley 31335, ley de perfeccionamiento de la asociatividad de los productores agrarios en cooperativas agrarias.

39 Manuel Alexis Bermúdez Tapia. "La legitimidad del Congreso de la República en contextos de crisis y cambios sociales", *Cuadernos Parlamentarios*, n.° 25, 2020, pp. 99 a 109, disponible en [https://www.academia.edu/45629405/legitimidad_del_Congreso_de_la_Rep%C3%BAblica_en_contextos_de_crisis_y_cambios_sociales].

h. Ley 31337, que declara de interés nacional la introducción de contenidos curriculares de estudio de la ciudadanía y de los valores éticos y cívicos para la lucha frontal contra la corrupción en el Perú e historia del Perú.

i. Ley 31339, ley que promueve la industrialización del agro.

Sin embargo, la mayoría de estas iniciativas aprobadas no logran superar un elemento de vital importancia: la programación del presupuesto público para la atención de los derechos de carácter programático y operativo.

IV. LOS LÍMITES INTERNOS A LA GENERACIÓN DE POLÍTICAS ORGÁNICAS EN EL ÁMBITO SOCIAL

Previamente se habían detallado algunas condiciones negativas que limitaban la ejecución de políticas públicas en el Perú, siendo las más importantes a modo de sistematización, las siguientes:

a. Limitación funcional de los congresistas en el Congreso de la República el de ejecutar "gasto público", con lo cual las iniciativas legislativas no pueden involucrar la ejecución de presupuesto público, conforme lo dispuesto por el artículo 78 de la Constitución.

b. La falta de recursos financieros en la ejecución del presupuesto público, la misma que limita la provisión de los servicios públicos de mayor exigencia social, en especial las que permiten la atención de derechos como el de educación, salud, trabajo y alimentación.

c. El elevado nivel de corrupción en la ejecución de las políticas públicas, en todos los niveles de gobierno en el país, debido a las deficiencias en la misma legislación que regula los procedimientos de ejecución del presupuesto público.

En este ámbito, delimitamos nuestra investigación a los derechos de mayor significación social, en particular por su contenido "programático", conforme detalla la decimoprimera disposición transitoria de la Constitución Política del Perú, que establece que estos derechos de-

berán supeditarse a la programación financiera y presupuestaría que implique su ejecución.

En este ámbito, la *dimensión programática* de estos derechos permite precisar que lo detallado por un tratado internacional sobre derechos humanos, conforme el artículo 25, numeral 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se complementa con los tres primeros artículos de la Constitución peruana de 1993 y con el contenido dogmático de los derechos humanos.

En este ámbito, la atención de derechos de carácter social se amplía en el tiempo, se proyecta a la atención de una mayor cantidad de personas en zonas geográficas donde no se habían provisto dichos servicios y se procura mejorar la eficacia en la atención de dichos derechos, no solo para aumentar la calidad de vida de las personas, sino también porque permite la legitimidad institucional del Estado, garantizando la gobernabilidad y democracia en el país.

Sin embargo, la carencia de recursos financieros y presupuestarios obliga a limitar el alcance material de la atención de estos derechos, mermando el disfrute de los mimos a personas sobre todo ubicadas en zonas de pobreza, conforme una evaluación económica de la población.

En este ámbito, el contenido material del *disfrute de un derecho* vinculado al ámbito de la educación, salud, trabajo y alimentación en el Perú pueden ser relativizados por las siguientes condiciones:

a. Respecto de la disponibilidad de servicios públicos, siendo estos limitados y eventualmente ineficientes en determinadas localidades del país.

b. Son limitados en cuanto a su accesibilidad, en especial porque la red institucional de entidades que deben proveer la atención de estos derechos en servicios públicos registra elevados niveles de condicionamientos, tanto de orden presupuestario como también de logística y falta de recursos humanos (personal).

c. No registran condiciones de aceptabilidad, especialmente porque las limitaciones presupuestarias e institucionales del Estado reduce la provisión de los servicios públicos.

d. El nivel de calidad de los servicios brindados resulta limitado y con ello, la crítica de la población resulta ser un factor determinante en la continuidad de políticas de gobierno y políticas públicas, confor-

me se registra en los últimos procesos electorales en el Perú donde ninguna organización política ha logrado superar las tres elecciones presidenciales seguidas, extinguiéndose en forma progresiva.

Tomando estas condiciones, es que el legislador del Congreso de la República entre los años 2020 y 2021 a la finalización del interregno parlamentario, optó por mejorar las políticas de atención a los principales derechos sociales afectados por la pandemia, sin embargo, sus acciones han quedado reducidas porque no se tuvo en cuenta las limitaciones presupuestarias del país.

BIBLIOGRAFÍA

Artaza Barrios, Osvaldo y Claudio A. Méndez. "Crisis social y política en Chile: la demanda por acceso y cobertura universal de salud", *Revista Panamericana de Salud Pública*, n.° 44, 2020, pp. 1 a 5, disponible en [https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/51916/v44e162020.pdf?sequence=1&isAllowed=y].

Atria, Raúl; Marcelo Siles, Irma Arriagada, Lindon J. Robison y Scott Whiteford (comps.). *Capital social y reducción de la pobreza en América Latina y el Caribe: en busca de un nuevo paradigma*, Santiago de Chile, cepal, 2003, disponible en [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2324/S029693_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y].

Azamar Alonso, Aleida y José Ignacio Ponce Sánchez. "El neoextractivismo como modelo de crecimiento en América Latina", *Economía y Desarrollo*, vol. 154, n.° 1, 2015, pp. 185 a 198, disponible en [http://www.econdesarrollo.uh.cu/index.php/red/article/view/14].

Begazo Villanueva, José Domingo y Walter Fernández Baca. "Gestión por procesos y su relación con el plan estratégico en un contexto de modernización de la gestión pública peruana", *Gestión en el Tercer Milenio*, vol. 19, n.° 37, 2016, pp. 25 a 30, disponible en [https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/administrativas/article/view/13773].

Bermúdez Tapia, Manuel Alexis. "Categorías de ciudadanía en el Perú, por el goce de derechos fundamentales", *BIRA: Boletín del Instituto Riva-Agüero*, n.° 28, 2001, pp. 333 a 343, disponible en [https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/113767].

Bermúdez Tapia, Manuel Alexis. "Los próximos nuevos retos del derecho parlamentario en contextos de postmodernidad", *Derecho & Sociedad*, n.° 31, 2008, pp. 145 a 150, disponible en [https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17400].

Bermúdez Tapia, Manuel Alexis. "Los objetivos en políticas públicas en salud: la disminución de las desigualdades en la prestación delos servicios", *Gestión Pública y Desarrollo*, año 6, n.° 62, 2012, pp. 4 a 6.

Bermúdez Tapia, Manuel Alexis. "Legitimidad de la legislación en el Estado de derecho", en Alfonso Jaime Martínez Lazcano (dir.). *Derechos humanos: la transformación de la cultura jurídica*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2018, disponible en [https://www.academia.edu/44528648/Legitimidad_de_la_legislaci%C3%B3n_en_el_Estado_de_Derecho].

Bermúdez Tapia, Manuel Alexis. "Enfrentando al macrodelito desde el Estado", *Actualidad Penal*, n.° 65, 2019, pp. 277 a 288.

Bermúdez Tapia, Manuel Alexis. "Análisis de la crisis del sistema semi presidencial peruano durante el interregno parlamentario y el estado de emergencia provocado por el covid-19", *Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo*, vol. 12, n.° 24, 2020, pp. 354 a 371, disponible en [https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/2680].

Bermúdez Tapia, Manuel Alexis. "El control político del congreso del Perú a las acciones del ejecutivo en estados de emergencia en ocasión a una pandemia", *Opinión Jurídica*, vol. 19, n.° 40 (ed. esp.), 2020, pp. 341 a 367, disponible en [https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/3584].

Bermúdez Tapia, Manuel Alexis. "El derecho a la salud conforme al contrato social sinalagmático", en Luiz Guilherme Arcaro Conci (org.). *O direito* público em tempos pandémicos: 9 países, 11 *trabalhos e uma porção de inquietudes*, San Pablo, Tirant lo Blanch, 2020, disponible en [https://editorial.tirant.com/free_ebooks/E000020005222.pdf].

Bermúdez Tapia, Manuel Alexis. "La legitimidad del Congreso de la República en contextos de crisis y cambios sociales", *Cuadernos Parlamentarios*, n.° 25, 2020, pp. 99 a 109, disponible en [https://www.academia.edu/45629405/legitimidad_del_Congreso_de_la_Rep%C3%BAblica_en_contextos_de_crisis_y_cambios_sociales].

Bermúdez Tapia, Manuel Alexis. "La progresiva crisis política del Perú: 1980-2020", *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, tomo 155, 2020, pp. 198 a 208, disponible en [https://www.academia.edu/45608561/La_progresiva_crisis_pol%C3%ADtica_del_Per%C3%BA_1980_2020].

Bregaglio Lazarte, Renata; Renato Constantino Caycho, Teresa Arce Coronel, Marcelo Castilla Báez, Javier Andres Ruiz Díaz, Claudia Alexandra Cosme Pinedo y Fabiana Andrea Chávez Arpi. "La causal de vacancia presidencial por incapacidad física y moral y su relación con discapacidad", *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, vol. 5, n.° 1, 2021, pp. 8 a 26, disponible en [http://redcdpd.net/revista/index.php/revista/article/view/250].

Conniff, Michael L. "Neo-Populismo en América Latina. La década de los 90 y después", *Revista de Ciencia Política*, vol. xxiii, n.° 1, 2003, pp. 31 a 38, disponible en [https://www.redalyc.org/pdf/324/32423103.pdf].

Durston, John. "Capital social: parte del problema, parte de la solución, su papel en la persistencia y en la superación de la pobreza en América Latina y el Caribe", en Raúl Atria, Marcelo Siles, Irma Arriagada, Lindon J. Robison y Scott Whiteford (comps.). *Capital social y reducción de la pobreza en América Latina y el Caribe: en busca de un nuevo paradigma*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2003, disponible en [https://repositorio.cepal.org/handle/11362/2329].

Gonzales Rodríguez, Donny Johnson. "La vacancia presidencial, por incapacidad moral permanente en el Perú 2021" (tesis de pregrado), Lima, Universidad Peruana de las Américas, 2022, disponible en [http://repositorio.ulasamericas.edu.pe/handle/upa/2105].

Grijalva Eternod, Áurea Esther y Esther Fernández Molina. "Efectos de la corrupción y la desconfianza en la Policía sobre el miedo al delito. Un estudio exploratorio en México", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. lxii, n.° 231, 2017, pp. 167 a 198, disponible en [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42152785007].

Loayza Ormachea, Carlos Andrés. "Entre dos sistemas jurídicos: análisis del conflicto de Bagua con base en la antropología jurídica", *YachaQ Revista de Derecho*, n.° 12, 2021, pp. 39 a 51, disponible en [https://revistas.unsaac.edu.pe/index.php/ry/article/view/785].

Sanahuja, José Antonio. "La crisis de la integración y el regionalismo en América Latina: giro liberal-conservador y contestación normativa", *Anuario Ceipaz 2018-2019. Ascenso del nacionalismo y el autoritarismo en el sistema internacional*, 2019, pp. 107 a 126, disponible en [https://ceipaz.org/wp-content/uploads/2020/04/06.jsanahuja.pdf].

Saraví, Gonzalo A. "Nuevas realidades y nuevos enfoques: exclusión social en América Latina", en *De la pobreza a la exclusión: continuidades y rupturas de la cuestión social en América Latina*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007.

Sierra Zamora, Paola Alexandra y Manuel Bermúdez Tapia. "La invisibilidad de la identificación de víctimas en las fuerzas militares y el inicio de una crisis en la defensa y seguridad nacional a raíz del Acuerdo de Paz", *Vniversitas*, vol. 69, 2020, disponible en [https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/30229].

Sojo, Ana. "Condiciones para el acceso universal a la salud en América Latina: derechos sociales, protección social y restricciones financieras y políticas", *Ciência & Saúde Coletiva*, vol. 16, n.° 6, 2011, pp. 2.673 a 2.685, disponible en [https://www.scielo.br/j/csc/a/jkR3LQxWYdxzCDx4Nc6W3Jn/?lang=es].

Tribunal Constitucional del Perú

Sentencia 02016-2004-PA/TC de 8 de abril de 2004, disponible en [https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/principal-jurisprudencia/?action=categoria_detalle&id_post=144144].

Sentencia 03330-2004-PA/TC de 11 de agosto de 2005, disponible en [https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.pdf].

Sentencia 00042-2004-PI/TC de 12 de agosto de 2005, disponible en [https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/principal-jurisprudencia/?action=categoria_detalle&id_post=143989].

Sentencia 00091-2005-PA/TC de 9 de enero de 2006, disponible en [https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/principal-jurisprudencia/?action=categoria_detalle&id_post=143712].

Sentencia 00005-2006-PI/TC de 9 de abril de 2007, disponible en [https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/principal-jurisprudencia/?action=categoria_detalle&id_post=143777].

Sentencia 00002-20009-PI/TC de 5 de febrero de 2010, disponible en [https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00002-2009-AI.html].

Sentencia 00032-2010-PI/TC de 21 de julio de 2011, disponible en [https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/principal-jurisprudencia/?action=categoria_detalle&id_post=152904].

Sentencia 299/2020, Expediente 02566-2014-PA/TC de 4 de octubre de 2018, disponible en [https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00266-2014-AA.pdf].

Sentencia 00019-2021-PI/TC de 11 de noviembre de 2021, disponible en [https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00019-2021-AI.pdf].

Velasco Guachalla, V. Ximena; Calla Hummel, Jami Nelson Núñez y Carew Boulding. "Crisis-Doble: Bolivia 2020", *Revista de Ciencia Política*, vol. 41, n.° 2, 2021, pp. 211 a 237, disponible en [http://ojs.uc.cl/index.php/rcp/article/view/40305].

CAPÍTULO SEGUNDO

El derecho humano a la ciencia como vehículo para el desarrollo de los DESCA: un análisis de los efectos de su constitucionalización en los sistemas nacionales de educación e investigación en México

Diana Rocío Espino Tapia[1]

INTRODUCCIÓN

El derecho a la ciencia no es un derecho nuevo, ya que fue reconocido en el origen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de 1948 como un derecho de naturaleza cultural e incorporado en el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC-.

1 Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas (Universidad Nacional Mayor de San Marcos). Maestra en Derecho Constitucional y Gobernabilidad (Universidad Autónoma de Nuevo León). Doctora en Derecho con orientación en Derecho Constitucional y Gobernabilidad (Universidad Autónoma de Nuevo León) Catedrática en Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Teoría del Derecho, Argumentación Jurídica y Derecho Internacional Pública en la Universidad Regiomontana y el Tecnológico de Monterrey. Correo [diana.rocio.e@gmail.com].

El hecho de que haya sido un derecho por completo ausente en los debates actuales sobre la naturaleza exigible de los derechos sociales y el desarrollo de garantías para la efectividad de los mismos, no desconoce en absoluto que se trata de un derecho humano que comparte la naturaleza jurídica de los demás DESC (como la salud, la educación, la vivienda, etc.) y que como tal exige la misma consideración y exigencia de cumplimiento de las obligaciones negativas y positivas de parte de los Estados para su reconocimiento (interno) y efectividad (a través de un sistema de garantías diseñadas para tal fin).

Si bien, ya desde inicios del siglo XXI y con la potencial amenaza que significaba un avance científico y tecnológico acelerado que transgredía los valores fundamentales de la comunidad internacional y la dignidad humana (con temas como la clonación de personas, la aparición de la inteligencia artificial, las nuevas tecnologías y su impacto negativo en los derechos humanos, etc.), se había iniciado un movimiento internacional para recuperar el estudio y debate en torno al contenido protegido del derecho a la ciencia, en el 2020 y con el impacto devastador a nivel mundial del COVID-19 , este debate tomó más fuerza.

El objetivo del presente capítulo es analizar el potencial papel del derecho a la ciencia como vehículo para el desarrollo de los DESCA a través de su sistema de garantías, con especial énfasis en las garantías institucionales. Por ser un estudio de caso en México, se analizará también la constitucionalización del derecho a la ciencia y su impacto en los sistemas nacionales de educación y ciencia y tecnología, para analizar la importancia de un adecuado andamiaje normativo-constitucional para una garantía legislativa efectiva que permita que las garantías institucionales puedan cumplir con el fin de protección del derecho a la ciencia y de forma indirecta, el desarrollo de otros derechos sociales.

I. EL DERECHO A LA CIENCIA COMO DERECHO HUMANO

El derecho a la ciencia tiene su origen a la par de los derechos humanos, reconocidos como tales por primera vez en la Declaración Universal de los Derechos Humanos -DUDH- en 1948, por lo que no se trata de un derecho nuevo o que surge como producto de la reciente evolución tecnológica del siglo XXI, como se le suele señalar. Como

indica MANCISIDOR, se trata de un "viejo derecho con un gran futuro"[2], pues a pesar de haber estado en el catálogo de derechos del DIDH desde el inicio, ha sido olvidado incluso por organismos internacionales de derechos humanos y académicos. En efecto, a pesar de su inclusión en el PIDESC como un derecho de naturaleza cultural, ha estado en la cola de los sistemas de reconocimientos y garantías de estos derechos, con lo que conlleva estar también en la cola de los derechos de esta categoría, ya de por si menospreciada.

Su origen se da con el debate respecto al papel de la ciencia y su impacto en el desarrollo y la paz mundial debido al recuerdo de los episodios de Hiroshima y Nagasaki de 1945, en torno a lo que estudia la ciencia, sus límites, control y responsabilidad social de los científicos[3]. En definitiva, se buscó reconfigurar la ciencia para que sus fines estén al servicio de la humanidad, el desarrollo y la paz social y neutralizar sus efectos en caso de que se convierta en una potencial amenaza[4].

El texto final introducido a la DUDH en el artículo 27 tiene, además, una inspiración en la previamente aprobada Declaración Americana de Derechos Humanos -DADH- que ya reconocía en su catálogo de derechos algunos aspectos del derecho a la ciencia en los artículos IV y XIII. Hasta este momento la visión era del derecho "al disfrute de los beneficios de la ciencia" y la protección de los intereses morales e intelectuales y materiales que le correspondan a las producciones científicas, pero finalmente se integró al texto también la visión del derecho a la "participación en el desarrollo científico". Como lo comprueba la historia, esta integración del derecho a la ciencia como derecho al disfrute de los beneficios que le emanan y a la participación en el desarrollo científico ha correspondido al desarrollo de la actividad científica en los últimos 70 años, ya que ha buscado garantizar el acceso de todas las personas al disfrute de los avances de la ciencia, además de ser el baluarte de derecho y obligaciones de las comunidades científicas para garantizar la independencia de su actividad, la protección de su producción, así como condicionar los efectos de estos desarrollos a los fines de los derechos humanos y valores de la comunidad internacional.

2 MIKEL MANCISIDOR. "El derecho humano a la ciencia: un viejo derecho con un gran futuro", *Anuario de Derechos Humanos*, n.° 13, 2017, pp. 211 a 221, disponible en [https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/46887].

3 Ídem.

4 Ídem.

El artículo 27 de la DUDH señala a la letra:

> 1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten;
>
> 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Se observa que se reconoce a este derecho como producto del desarrollo cultural de la humanidad (en este caso, del paradigma cultural occidental), como lo hace también con la actividad artística. Se incluye en este párrafo la protección de los intereses morales y materiales sobre las producciones científicas.

Como los demás DESC reconocidos en la DUDH, en 1966 son retomados para ser desarrollados de forma más extensa y especializada en un solo Pacto. Por su naturaleza de derecho cultural, es incluido en el artículo 5.° del PIDESC, el cual señala:

> i. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:
>
> a) Participar en la vida cultural;
>
> b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
>
> c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
>
> ii. Entre las medidas que los Estados Parte en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

> iii. Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.
>
> iv. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

Ya con un desarrollo más extenso y preciso, el artículo 15 señala los alcances actuales del contenido del derecho a la ciencia en el DIDH, los cuales son desarrollados con aún más precisión en la reciente Observación General n.° 25 "relativa a la ciencia y a los DESC" desarrollada por el Comité DESC en 2020, debido a una creciente preocupación por parte del Comité de Expertos, ciertos factores relevantes de la ciencia, el activismo y académicos que habían venido investigando el tema del acelerado desarrollo científico y tecnológico de los últimos años y habían advertido el poco desarrollo del derecho a la ciencia y sus garantías para frenar sus eventuales amenazas. La OG n.° 25 tiene como objetivos: 1) Desarrollar el contenido del derecho a beneficiarse de los progresos científicos y sus aplicaciones; 2) Desarrollar la relación entre la ciencia y los DESC en sentido amplio; y 3) Determinar las obligaciones del Estado de adoptar medidas para el desarrollo y difusión de la ciencia, promover cooperación y relaciones internacionales en cuestiones científicas y el contenido protegido de la libertad de investigación científica.

Sobre el análisis del contenido normativo del artículo 15 del PIDESC, señala que el contenido protegido es "hacer ciencia" para el progreso científico el cual es la "capacidad de la ciencia de contribuir al bienestar de las personas y la humanidad" por lo cual sus beneficios son: 1) El disfrute de los resultados materiales de la investigación científica; 2) Beneficiarse del y contribuir al conocimiento y la información derivada de la investigación; y 3) El papel de la ciencia como forjadora de una sociedad democrática. El derecho consagrado en el artículo 15, párrafo 1-b, abarca no solo el derecho a recibir los beneficios de las aplicaciones del progreso científico, sino también el derecho a participar en el progreso científico. En efecto, incluye también la libertad de investigación que comprende, como mínimo, las siguientes dimensiones: a) La protección de los investigadores contra la influencia indebida en su juicio independiente; b) La posibilidad

de que los investigadores establezcan instituciones autónomas de investigación y definan los fines y los objetivos de la investigación y los métodos que se hayan de adoptar; c) La libertad de los investigadores de cuestionar libre y abiertamente el valor ético de ciertos proyectos y el derecho de retirarse de esos proyectos si su conciencia así se lo dicta; d) La libertad de los investigadores de colaborar con otros investigadores, tanto en el plano nacional como en el internacional; y e) El intercambio de datos y análisis científicos con los encargados de formular políticas y con el público siempre que sea posible. No obstante, la libertad de investigación científica no es absoluta y la misma OG le impone límites.

Tal como lo hace en otras Observación General de desarrollo de DESC, en la OG n.° 25 se señalan los elementos del derecho a la ciencia, los cuales son: 1) Disponibilidad, 2) Accesibilidad, 3) Calidad, 4) Aceptabilidad, y 5) Libertad de investigación científica, que es incluida como elemento del derecho. Como limitaciones al derecho, la supone necesaria puesto que la ciencia y sus aplicaciones pueden, en determinados contextos, afectar derechos humanos y en especial, derechos económicos, sociales y culturales. No obstante, las limitaciones del derecho deben respetar los requisitos del artículo 4.° del PIDESC: 1) Las limitaciones deben estar determinadas por ley; 2) Deben promover "el bienestar general en una sociedad democrática"; y 3) Toda restricción debe ser compatible con la naturaleza del derecho restringido.

Como obligaciones generales del derecho se señala: 1) La obligación de adoptar medidas hasta el máximo de recursos disponibles y 2) La obligación inmediata de no discriminación en el ejercicio del derecho a la ciencia, con énfasis en la protección de grupos vulnerables. En este apartado, se desarrolla la situación particular de discriminación de mujeres, personas con discapacidad, personas en situación de pobreza y personas indígenas. Como obligaciones específicas se desarrollan las señaladas en el PIDESC, que son: 1) La obligación de respetar, que implica que el Estado se abstenga de injerirse directa o indirectamente en el ejercicio del derecho; 2) La obligación de proteger, que implica que los Estados parte adopten medidas para impedir que cualquier persona o entidad interfiera en el derecho a participar en el progreso científico y sus aplicaciones y gozar de sus beneficios; y 3) La obligación de cumplir, que requiere que los Estados adopten medidas legislativas, administrativas, presupuestarias y de otra índole y establezcan recursos efectivos para el pleno disfrute del derecho a participar en el progreso científico y sus aplicaciones y gozar de sus beneficios.

Especial mención hace la Observación General a las obligaciones básicas del derecho, que todo Estado debe cumplir con carácter prioritario, estas son: 1) Eliminar las leyes, políticas y prácticas que limiten injustificadamente el acceso de personas o grupos particulares a instalaciones, servicios, bienes e información relacionados con la ciencia, los conocimientos científicos y sus aplicaciones; 2) Identificar y eliminar toda ley, política, práctica, prejuicio o estereotipo que socave la participación de las mujeres y las niñas en las esferas científica y tecnológica; 3) Eliminar las limitaciones a la libertad de investigación científica que sean incompatibles con el artículo 4.° del PIDESC; 4) Elaborar una ley marco nacional participativa sobre este derecho que incluya recursos jurídicos en caso de violaciones, y adopten y apliquen una estrategia o plan de acción nacional participativo para la realización de este derecho que comprenda una estrategia para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia; 5) Velar por que las personas tengan acceso a la educación básica y las habilidades necesarias para la comprensión y la aplicación de los conocimientos científicos y que la educación científica en las escuelas públicas y privadas respete los mejores conocimientos científicos disponibles; 6) Velar por el acceso a las aplicaciones del progreso científico que sean fundamentales para el disfrute del derecho a la salud y otros derechos económicos, sociales y culturales; 7) Velar porque en la asignación de los recursos públicos se dé prioridad a la investigación en las esferas en las que más se necesita el progreso científico en materia de salud, alimentación y otras necesidades básicas relacionadas con los DESC y el bienestar de la población, en especial en lo que respecta a los grupos vulnerables y marginados; 8) Adoptar mecanismos destinados a poner las políticas y los programas gubernamentales en conformidad con las mejores pruebas científicas disponibles y generalmente aceptadas; 9) Velar porque los profesionales de la salud estén debidamente capacitados en la utilización y la aplicación de las tecnologías y los medicamentos modernos resultantes del progreso científico; 10) Promover información científica exacta y se abstengan de desinformar, menospreciar y propalar bulos entre la población con el fin de erosionar la comprensión y el respeto de la ciencia y la investigación científica por los ciudadanos; 11) Adoptar mecanismos para proteger a la población de las consecuencias perjudiciales de las prácticas falsas, engañosas y basadas en la seudociencia, especialmente cuando estén en peligro otros DESC; y 12) Fomentar el desarrollo de los contactos y la cooperación internacionales en la esfera científica, sin imponer restricciones a la circulación de personas, bienes y cono-

cimientos, más allá de las que sean justificables de conformidad con el artículo 4.° del Pacto.

Desarrolla un apartado de temas de aplicación general: 1) El principio de participación y transparencia; 2) El principio precautorio; 3) El principio de función social de la propiedad intelectual; 4) El principio de interdependencia del derecho a la ciencia con otros derechos humanos y como instrumento esencial para la realización de DESC, en particular el derecho a la alimentación y el derecho a la salud; y 5) Riesgos y promesas de las nuevas tecnologías emergentes. Por último, señala que a pesar que los Estados cuentan con un amplio margen de discrecionalidad para decidir las medidas a adoptar, a fin de lograr la plena realización del derecho a participar en el progreso científico y sus aplicaciones y gozar de sus beneficios, deben aplicar como mínimo cuatro tipos de medidas: 1) Un marco normativo que asegure el pleno respeto y disfrute del derecho sin discriminación y se cree un entorno propicio y participativo para conservación, desarrollo y difusión de la ciencia y tecnología; 2) Un plan de acción nacional para promover el progreso científico y difundir sus resultados sin discriminación; 3) Determinar indicadores y puntos de referencia (plazos) que les permita vigilar la eficacia del derecho; y 4) Crear mecanismos de justiciabilidad del derecho, tanto de acción como por omisión.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos -SIDH-, la Declaración Americana de Derechos Humanos -DADH- ya incluía en su articulado al derecho a la ciencia en su dimensión negativa (libertad de investigación y el derecho de disfrutar de los beneficios que resulten de loa progresos científicos) así como en su dimensión positiva (al señalar la obligación del Estado de dar importancia en sus planes de desarrollo al estímulo de la educación, la ciencia, la tecnología y la cultura orientadas hacia el mejoramiento integral de la persona humana y como fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso). Este es el contenido del derecho y la obligación respecto a la ciencia recogida por el artículo 26 de la CADH y luego, especificada en el artículo 14 de su Protocolo Adicional en materia de DESC (en un texto caso idéntico al art. 15 del PIDESC, solo que bajo el encabezado de "derecho a los beneficios de la cultura").

El reconocimiento del derecho a la ciencia en el SIDH ha seguido más o menos el mismo curso que en el caso del SUDH, de tal forma que, como parte del ejercicio de bloque de convencionalidad del derecho a la ciencia que se reconoce en el artículo 26 en la Convención Americana de Derechos Humanos (sobre desarrollo progresivo de los

DESC) y el artículo 14 (sobre derecho a los beneficios de la cultura, donde incluye el derecho a la ciencia) del Protocolo Adicional sobre DESC, se integran los contenidos reconocidos en el artículo 15 del PIDESC y lo que ha desarrollado el Comité DESC en la Observación General n.° 25 sobre derecho a la ciencia.

Lo que resulta interesante del SADH es que la CADH reconoce las dimensiones de las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales en al artículo 26 respecto de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. En este artículo define lo que se interpreta como el "desarrollo progresivo" de estos derechos, al señalar que los Estados parte se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, en especial económica y técnica, para lograr de manera progresiva la plena efectividad de los derechos en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. Como ya se ha discutido en el debate en torno a la justiciabilidad de los DESC en el SIDH, el artículo 26 abre la posibilidad de que el derecho a la ciencia pueda ser exigible y justiciable ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en caso de incumplimiento del Estado parte de la obligación de progresividad de la garantía del derecho.

II. LAS GARANTÍAS INSTITUCIONALES DEL DERECHO A LA CIENCIA COMO VEHÍCULO PARA EL DESARROLLO DE LOS DESCA[5]

El concepto de "garantía" con respecto a los derechos fundamentales ha tomado un nuevo significado a la luz del Estado constitucional de derecho[6]. En este sentido, de entenderse los derechos como ámbitos

5 Este apartado ha sido modificado para el presente capítulo, pero forma parte del subcapítulo "Los fundamentos jurídicos-constitucionales para el diseño e implementación de garantías jurisdiccionales para la exigibilidad y desarrollo de los derechos sociales en el constitucionalismo social del siglo XXI", publicado en el libro de DIANA ROCÍO ESPINO TAPIA. *Teoría de los derechos sociales para el nuevo constitucionalismo social del siglo XXI*, México D. F. Tirant lo Blanch, 2020.

6 ANTONIO M. PEÑA FREIRE. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997, p. 303; LUIGI FERRAJOLI. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ y ANDREA GREPPI

de protección del individuo, ahora se entiendan además como un sistema de garantías constitucionalmente preordenadas en función de la tutela de los derechos fundamentales[7]. En su obra *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Peña define la garantía como un macro concepto de la teoría general del derecho y como elemento y función de sistemas jurídicos complejos. En este sentido, la garantía es un concepto multidimensional[8]. Esta afirmación supone admitir que solo será posible localizar la garantía en el análisis de otros elementos del sistema y en el juego y reproducción continua de relaciones jurídicas, es decir, en la complejidad[9].

Desde este punto, el autor postula tres tesis: 1) La garantía no es un ente abstracto que se pueda escindir de los bienes y valores garantizados, pues tiene naturaleza procesal o instrumental; 2) Por exigencias axiológicas y estructurales del sistema normativo, la garantía incorpora un elemento finalista que le da sentido. En efecto, un sistema de garantías adecuado será aquel que maximice el grado de tutela de los valores más importantes del sistema jurídico-político en el Estado constitucional, mientras que un sistema que no se oriente a este fin no puede ser considerado un sistema de garantías; y 3) Se considera que las nociones claves para acercarse al concepto de garantía –Constitución, Estado constitucional, derechos subjetivos, etc.–, no pueden relacionarse con ella mediante una lógica binaria mecanicista, sino mediante la lógica difusa del grado. Así la garantía es gradual, nunca se garantiza todo o nada, sino que hay grados de garantía y, por lo mismo, nunca hay garantías perfectas ni sistemas de garantías perfectos sino expresiones más o menos adecuadas de garantías. Esto debido a que la relación entre valores, normas y prácticas es siempre susceptible de adecuación o desviación y está siempre abierta a la posibilidad de formular juicios críticos de grado[10].

(trads.), Madrid, Trotta, 2004, p. 45; Rodolfo Moreno Cruz. "El modelo garantista de Luigi Ferrajoli: lineamientos generales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.° 120, 2007, pp. 825 a 852, disponible en [https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3936].

7 Ferrajoli. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, cit.

8 Peña Freire. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, cit., p. 303.

9 Ídem.

10 Peña Freire. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, cit.

A partir de estas características, PEÑA entiende por garantías a "todos aquellos procedimientos funcionalmente dispuestos por el sistema jurídico para asegurar la máxima corrección y la mínima desviación entre planos o determinaciones normativas del derechos y sus distintas realizaciones operativas, es decir, entra las exigencias constitucionales o normativas y la actuación de los poderes públicos, entre los valores inspiradores del sistema constitucional y su configuración normativa o institucional"[11]. Además, la garantía como categoría jurídica no tiene otra realidad que la que le otorga la complejidad del sistema diferenciado del que forma parte[12]. Es en el contexto de los procedimientos jurídicos -sean legislativos, judiciales o de ejecución- donde la garantía se define y se configura como categoría jurídica y donde los componentes estructurales o formales del concepto cobran sentido y solo después de este dimensionamiento constitutivo, es completo el análisis del fenómeno conceptual[13]. Y el contexto actual que da sentido a la garantía, no es sino el modelo jurídico político del Estado constitucional de derecho. Para explicar la función de los derechos fundamentales como sistema de garantías en el Estado constitucional, PEÑA explica que el objeto de la garantía -que es la primera vía a través de la cual la garantía se realiza- está constituido por los distintos elementos jurídicos que resultan protegidos o tutelados de algún modo por el ordenamiento en su función de garantía. Entre los objetos de la garantía, uno de los principales elementos a través de los que se hace efectiva en el ordenamiento esta función son los derechos humanos fundamentales reconocidos constitucionalmente: su peculiar vínculo con los valores externos, su situación en el contexto constitucional y sus garantías jurisdiccionales o institucionales los convierten en un factor jurídico de primer orden y en el elemento jurídico en potencia más garantista de los presentes en el ordenamiento jurídico[14].

Partiendo de este análisis sobre la expresión y la función de los derechos fundamentales como sistema de garantías en el Estado constitucional, el autor postula una clasificación tripartita de las garantías de los derechos fundamentales, en atención al momento del proceso constitucional en el cual se manifiestan. Así, las clasifica en: 1) Las

11 PEÑA FREIRE. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, cit.
12 Ídem.
13 Ídem.
14 Ídem.

garantías en el momento legislativo o garantías normativas; 2) Las garantías en el momento ejecutivo o garantías institucionales; y 3) Las garantías en el momento o garantías jurisdiccionales. A efectos de este estudio, analizaremos como la construcción de un sistema garantista de máxima eficacia para el derecho a la ciencia como derecho social aporta a la realización de otros derechos humanos, fundamentalmente los sociales, a través de su función informadora para la toma de decisiones políticas y jurídicas basadas en evidencia científica que apoyen que las medidas adoptadas para la garantía de estos derechos sean implementadas de forma efectiva y eficaz.

Es a partir del principio de interdependencia de los derechos humanos, que es posible que el sistema garantista construido para el derecho a la ciencia pueda impactar en el ámbito de garantías de los demás derechos humanos. En efecto, se trata de instrumentalizar el ejercicio del derecho a la ciencia a favor del desarrollo de estos derechos, en especial los derechos sociales. En este sentido, el subsistema de garantías que mayor efecto tendría en el desarrollo de los derechos sociales sería el de las garantías ejecutivas o institucionales. Sin dejar de lado las garantías legislativas ni jurisdiccionales, por la actividad propia que realiza la comunidad científica es a través de las garantías institucionales donde se encuentra su potencial rol promotor. Las garantías legislativas son importantes en la medida que se construye el andamiaje jurídico-normativo para la realización de los fines del derecho a la ciencia, el cual debe adecuarse a lo establecido en su contenido protegido desarrollado en el la Observación General n.° 25. Las garantías jurisdiccionales fungen como última instancia en caso que fallen las garantías legislativas e institucionales, razón por la cual un sistema garantista fuerte debe contar con garantías jurisdiccionales para activarse como medida de emergencia. En el caso de estudio, nos centraremos en analizar cómo la actividad científica y sus productos coadyuvan a una mejor toma de decisiones por parte de la administración pública para el diseño e implementación de políticas públicas basadas en evidencia científica. En este caso se observa como el ejercicio de la actividad científica (que es una dimensión protegida del derecho a la ciencia), impulsa la investigación de la realidad práctica de los derechos sociales y la población en las que estos impactan, a fin de generar diagnósticos y recomendaciones para que la autoridad responsable utilice estos estudios para diseñar políticas públicas que en efecto respondan a las necesidades de protección de la población afectada.

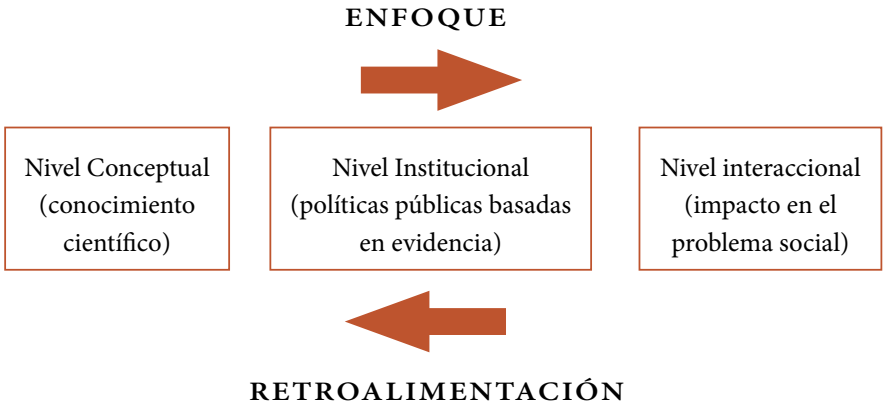
El caso de estudio es el "Análisis diagnóstico de la violencia social y familiar en la colonia La Unidad (Escobedo, Nuevo León)" que se explica de forma detallada en el libro *Violencia en las calles y los hogares: el caso de una colonia periférica en una metrópoli mexicana*, realizado por los doctores JUAN ANTONIO DONCEL y JUAN SORDO entre los años 2017 y 2018. Este diagnóstico fue solicitado por el gobierno del Municipio de General Escobedo (Nuevo León, México) a un grupo multidisciplinario de investigadores mexicanos para comprender las causas originarias de una situación de violencia arraigada e insostenible en aquel municipio. Como resultado del diagnóstico, se identificó que uno de los principales, sino el principal factor de violencia eran los embarazos adolescentes mismos que derivaban en abandono escolar, actividades delictivas como narcomenudeo, consumo de estupefacientes, frustración, violencia doméstica y finalmente embarazos subsecuentes que conducen a la reproducción del ciclo[15]. Se observó que los embarazos adolescentes tienen su origen en la inexistencia o falta de efectividad de las políticas públicas de atención de educación y salud sexual y reproductiva, las cuales constituyen dimensiones del derecho a la educación y derecho a la salud de las poblaciones juveniles del municipio, teniendo en cuenta que su protección es reforzada por su condición de vulnerabilidad.

Para explicar el impacto de esta investigación y la posterior intervención que ayudó al municipio a desarrollar políticas públicas para atender de forma efectiva esta problemática, se compartirá un cuadro que narra este proceso, explicado por CONRAD[16] sobre intervención de los conocimientos en los problemas sociales/públicos:

15 JUAN ANTONIO DONCEL DE LA COLINA y JUAN CARLOS SORDO MOLINA. *Violencia en las calles y en los hogares: el caso de una colonia periférica en una metrópoli mexicana*, Monterrey, Nuevo León, U-ERRE, Universidad Regiomontana, 2019.

16 PETER CONRAD. *The medicalization of society: on the transformation of human conditions into treatable disorders*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2007.

FIGURA 1. Gráfico que explica el proceso sobre intervención de los conocimientos en los problemas sociales /públicos desarrollado por P. CONRAD



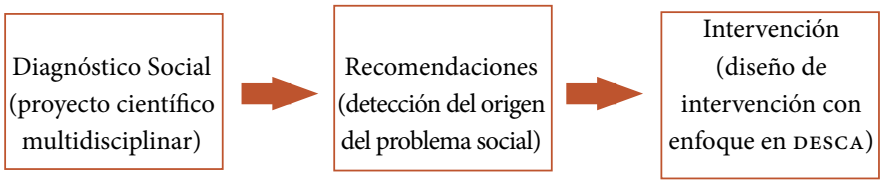
Fuente: elaboración propia

En base al proceso que se presenta en este gráfico, se puede explicar el proceso de intervención del proyecto estudiado. En el nivel conceptual se encuentra el diseño metodológico y el marco conceptual interdisciplinario del que parte el equipo de investigación para abordar el estudio diagnóstico de la problemática social propuesta. En el caso planteado, concentra los conocimientos científicos previos, antecedentes y planteamiento del abordaje metodológico con diferentes herramientas de investigación social enfocado en los objetivos de este diagnóstico. Como última etapa, se incluye los hallazgos del proyecto de investigación científica (embarazo adolescente como principal factor de violencia social) y las recomendaciones de los expertos para atender la problemática de violencia en el municipio de Escobedo.

Entre las principales recomendaciones se encuentra atender las necesidades de atención de la población juvenil del municipio en los temas de educación y salud sexual y reproductiva. En el nivel institucional, se encuentra la atención que prestó el municipio a las recomendaciones del proyecto de investigación; para efectos de este análisis nos centraremos a las políticas públicas diseñadas por el municipio para atender las necesidades de atención de la población juvenil en materia de educación y salud sexual y reproductiva en base a los hallazgos del diagnóstico. En el nivel interaccional, encontramos el impacto social del proyecto de investigación y en el caso planteado, su influjo en el diseño de políticas públicas basadas en evidencias desa-

rrolladas por el municipio para atender a la población juvenil en sus necesidades de atención de sus derechos a la educación y a la salud sexual y reproductiva. Luego, se entra en una etapa de retroalimentación donde se da seguimiento a la efectividad de las políticas públicas planteadas por parte del equipo de investigación para analizar aquellos aspectos que requieren ser replanteados.

FIGURA 2. Proceso del Proyecto de investigación-intervención "Violencia en las calles y los hogares. El caso de una colonia periférica en el municipio de Escobedo, N.L."



Fuente: elaboración propia.

En el segundo cuadro, se explica cómo se desarrolló el proceso del proyecto de investigación- intervención en el caso planteado. En principio, como producto del proyecto científico multidisciplinar se emiten recomendaciones a partir del hallazgo del origen del problema social (embarazos adolescentes como factor principal de violencia social) y en la intervención para atención al origen del problema social, se diseña un programa de atención para los jóvenes en sus derechos sexuales y reproductivos, con base en los hallazgos del proyecto de investigación y atendiendo a las recomendaciones del diseño de políticas públicas con enfoque de derechos humanos y desde una perspectiva de género. Como resultado, se llevó a cabo el programa de atención integral "Por el ejercicio de mi salud sexual y reproductiva" diseñado por el propio equipo de investigadores del proyecto-diagnóstico y ejecutando las recomendaciones del diagnóstico. En el Informe de Actividades de cierre del gobierno del Municipio de General Escobedo en 2021, se compartieron los programas desarrollados a partir de este diagnóstico y el impacto en la reducción de los indicadores de violencia en el sector, sobre todo el trabajo en temas de educación y salud sexual y reproductiva y reducción de embarazos adolescentes y subsecuentes.

III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO A LA CIENCIA EN MÉXICO Y SU IMPACTO EN LOS SISTEMAS NACIONALES DE EDUCACIÓN E INVESTIGACIÓN

El derecho a la ciencia en México fue constitucionalizado en 2019, con la reforma al artículo 3.° constitucional en materia de educación, ciencia y tecnología. Aunque su inclusión en el catálogo de derechos humanos en México se hizo efectivo en 2011 con la reforma del artículo 1.° constitucional, su inclusión expresa en el artículo 3.° desde el 2019 genera mayor certeza respecto a sus fines, contenido protegido y obligación del Estado mexicano de atender las exigencias del derecho.

El artículo 3.° constitucional, incico v constitucionaliza el derecho a la ciencia en los siguientes términos:

> Toda persona tiene derecho a gozar de los beneficios del desarrollo de la ciencia y la innovación tecnológica. El Estado apoyará la investigación e innovación científica, humanística y tecnológica, y garantizará el acceso abierto a la información que derive de ella, para lo cual deberá proveer recursos y estímulos suficientes, conforme a las bases de coordinación, vinculación y participación que establezcan las leyes en la materia; además alentará el fortalecimiento y difusión de nuestra cultura.

En la reforma constitucional, el legislador incorporó el derecho a la ciencia en el artículo 3.° constitucional que desarrolla el derecho a la educación, con la intención de constituir un sistema integrado de educación, ciencia y tecnología; donde la enseñanza y difusión de la ciencia esté incluida desde el inicio de la vida escolar de los ciudadanos y presente en toda la etapa formativa, incluyendo su desarrollo profesional en la educación universitaria.

A. La Ley General de Educación de 2019

Esta integración se observa en las leyes de desarrollo del artículo 3.° constitucional. La Ley General de Educación[17] incluye la formación

17 *Diario Oficial de la Federación* de 30 de septiembre de 2019, disponible en [https://www.dof.gob.mx/index_111.php?year=2019&month=09&day=30#gsc.tab=0].

científica como uno de los pilares de la educación integral en la llamada "nueva escuela mexicana". El artículo 18 de la LGE señala que el conocimiento científico, a través de la apropiación de principios, modelos y conceptos científicos fundamentales, empleo de procedimientos experimentales y de comunicación, forma parte de la orientación integral en la formación escolar dentro del Sistema Educativo Nacional. Luego, en el Título III "Del Sistema Educativo Nacional" Capítulo V "Del fomento de la investigación, ciencia, humanidades, tecnología e innovación" recoge el desarrollo normativo constitucional del derecho a la ciencia en los mismos términos del artículo 3.° constitucional y señala:

> El Estado garantizará el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del desarrollo científico, humanístico, tecnológico y de la innovación, considerados como elementos fundamentales de la educación y la cultura. Promoverá el desarrollo, la vinculación y divulgación de la investigación científica para el beneficio social (art. 52 LGE).

Y en el artículo 53 se señalan las obligaciones de las autoridades educativas para el impulso del desarrollo de la investigación, la ciencia, las humanidades, la tecnología y la innovación: 1) Programas de enseñanza y fomento de las ciencias en todos los niveles educativos; 2) Apoyo a los grupos de investigación científica, humanística y tecnológica que lleven a cabo las instituciones públicas de educación básica, media superior, superior y centros de investigación para su fortalecimiento; 3) Creación de programas de difusión para impulsar la participación y el interés de las niñas, niños, adolescentes y jóvenes en el fomento de las ciencias, las humanidades, la tecnología y la innovación; y 4) Impulso de políticas y programas para fortalecer la participación de las instituciones públicas de educación superior en las acciones que desarrollen la ciencia, las humanidades, la tecnología y la innovación, y aseguren su vinculación creciente con la solución de los problemas y necesidades nacionales, regionales y locales.

B. La Ley General de Educación Superior del 2021

La LGE confía el desarrollo de las actividades de investigación científica e innovación, así como la formación de investigadores de alto nivel a las instituciones de educación superior (art. 54), función que luego

se desarrolla a detalle en la nueva Ley General de Educación Superior. La LGES[18] desarrolla la vinculación de la educación superior con la actividad científica, al punto de constituirse como uno de sus principios orientadores y fines (art. 8.°). Esta vinculación se detalla en el Título III "De la Educación Superior en el Sistema Educativo Nacional" Capítulo II "Del fortalecimiento a la ciencia, tecnología e innovación en las instituciones de educación superior". El artículo 24 señala:

> El Sistema Nacional de Educación Superior y el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación deberán operar de manera articulada y convergente. Las disposiciones legales y las políticas de educación superior y las destinadas a ciencia, humanidades, tecnología e innovación establecerán los procedimientos para la coordinación y complementariedad de programas, proyectos y recursos económicos.

Además, establece como obligaciones de las autoridades educativas y de las instituciones de educación superior: a) El fomento de la vocación científica, tecnológica, humanística e innovadora; b) La consolidación de los procesos de enseñanza y aprendizaje de la investigación e innovación científica, humanística y tecnológica; c) La formación de investigadoras e investigadores; d) El fomento a la creación de infraestructura para el desarrollo de la ciencia y la innovación tecnológica; e) El apoyo para la realización de investigación e innovación científica, humanística y tecnológica; f) El diseño y operación de proyectos de investigación aplicada que favorezcan la innovación en las regiones en las que se encuentran las instituciones de educación superior, fortalezcan los lazos con las comunidades de su entorno e impulsen su desarrollo regional; y g) La democratización de la información científica, tecnológica, humanística y de innovación, en los términos que establezca la ley de la materia.

18 *Diario Oficial de la Federación* de 20 de abril de 2021, disponible en [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lges/LGES_orig_20abr21.pdf].

C. El Anteproyecto de Ley General de Humanidades, Ciencia, Tecnología e Innovación

Este Anteproyecto pretende tomar el lugar de la vigente Ley de Ciencia y Tecnología de 2002 para adecuarlo a la reforma constitucional en materia educativa, ciencia tecnología e innovación. El anteproyecto reconoce por primera vez la ciencia como un derecho humano y articula una serie de principios, objetivos, fines y criterios que buscan la gobernanza de la ciencia, el desarrollo de su dimensión social y el establecimiento de un Sistema Nacional de Humanidades, Ciencias, Tecnología e Innovación. El ALGHCTI entonces: 1) Busca desarrollar el derecho humano a participar en el progreso científico y tecnológico, así como gozar de sus beneficios: objeto, fines y agenda de Estado (tít. I); 2) Establece una política de Estado en ciencia, humanidades, tecnología e innovación: planeación estratégica y participativa, financiamiento (tít. II); 3) Busca la creación de un Sistema Nacional de Humanidades, Ciencia, Tecnología e Innovación (tít. III); 4). Busca la creación de un Consejo de Estado y un Consejo Nacional (tít. IV); y 5) Busca desarrollar la relación entre el derecho a la educación y el derecho a la ciencia (tít. V).

En los últimos meses, el ALGHCTI ha sido sometido a debate público a través de procesos de consultas a las comunidades científicas, comunidades universitarias, estudiantes y público en general, a fin de contar con el elemento de participación democrática en su diseño. El debate se ha extendido a lo largo del 2021 y hasta la fecha, no ha pasado aún la fase de debate ni el proceso legislativo necesario para su aprobación. Sin embargo, los debates públicos pusieron en evidencia la necesidad de la adopción de una ley adecuada a las necesidades de los actores de la comunidad científica y la sociedad en general y con mayor énfasis, a que esta ley de desarrollo (como garantía legislativa del derecho a la ciencia), atendiera al contenido esencial del derecho como se establece en la Observación General n.° 25 del Comité DESC. A continuación, se compartirán algunas críticas al ALGCTI atendiendo a la garantía del contenido esencial del derecho.

Se observa que el contenido del derecho a la ciencia desarrollado en el Título I del ALGHCTI "Del Derecho Humano a la Ciencia" no se adecúa a la naturaleza jurídica y contenido mínimo exigible del mismo desarrollado en la OG n.° 25 del Comité DESC. En esta OG se señala el principio de sometimiento de la ciencia al respeto a la dignidad humana y la paz de las naciones. Por ende, el AGLHCT debe respetar en

todo momento el contenido esencial del derecho a la ciencia, en todas sus dimensiones y la interpretación que sobre este derecho haga el Comité DESC. Es importante que el contenido esencial del derecho ya desarrollado por el órgano facultado por el Estado mexicano para su interpretación (Comité DESC) se encuentre incluido en la LGHCTI para que quede lo más definido posible en la aplicación e interpretación de los demás dispositivos de la Ley y no dejar espacio a interpretaciones subjetivas que puedan alterar el contenido exigible del derecho y que se tenga que litigar en proceso judicial para que un tribunal reconozca la mala/defectuosa/incoherente interpretación que los órganos administrativos competentes para hacerla valer, puedan hacer de ella. Para efectos prácticos, es importante que el contenido mínimo del derecho, así como las obligaciones mínimas de Estado mexicano queden lo más claro posible y con el menor margen de interpretación que se pueda hacer de ella y que pueda degenerar la protección debida al derecho fundamental.

– Sobre la determinación de los problemas nacionales en la "Agenda de Estado" y la afectación a la libertad de investigación artículo 9.° de ALGHCTI

La determinación de una "Agenda de Estado" para el Sistema Nacional de Humanidades, Ciencias, Tecnología e Innovación por parte de un "Consejo de Estado" corre el riesgo de ser politizado, además de vulnerar en la práctica la libertad de investigación en México, al condicionar para el financiamiento de proyectos la elección de investigaciones que tengan incidencia en los problemas nacionales predeterminados por el Consejo de Estado. En efecto, garantizar la libertad de investigación del científico implica poder elegir libremente su tema y enfoque de investigación. El ALGCTI debe incluir una visión holística de la investigación científica que reconozca la importancia para la independencia científica del Estado mexicano de la ciencia básica y la ciencia aplicada; donde no solo se impulse la ciencia de frontera que busque tener una orientación a resultados, sino que se garantice también la ciencia básica que es la que se despliega sin buscar una finalidad práctica, pero que ha sido la base sobre la cual se ha desarrollado la ciencia y la tecnología a lo largo de la historia. Además, la Observación General n.° 25 del Comité de los DESC no desarrolla esta distinción por lo que la protección del derecho a la ciencia va en el sentido holístico que ha desarrollado también la UNESCO.

Si se va a desarrollar una Agenda de Estado para la determinación de unos "problemas nacionales" que el Consejo de Estado considera de prioritaria atención, lo recomendable es que la importancia dada a estos temas se refleje en el ALGCTI al incorporar además de los incentivos para su atención, medidas para garantizar la incorporación de los resultados de estas investigaciones orientadas a su atención y resolución en las políticas públicas que se diseñen, así como indicadores de efectividad para su monitoreo y seguimiento por parte del mismo Consejo de Estado. La importancia de incorporar la investigación científica en la resolución de los problemas económicos, sociales, culturales y ambientales de un Estado ha sido reconocida también en la Observación General n.° 25 del Comité DESC como garantía de la consecución de un desarrollo sostenible.

– Sobre la gobernanza en la conformación del Consejo de Estado (art. 39 del ALGHCTI)

Según el artículo 39 del ALGCTI, el Consejo de Estado será el órgano rector del Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología en México. En el inciso A señala que serán integrantes permanentes del Consejo de Estado con voz y voto el Presidente de la República, quien lo presidirá; el Director General del Consejo Nacional, quien asumirá su coordinación ejecutiva, los titulares de las Secretarías de Estado de la Administración Pública Federal, y un representante de los gobiernos de las entidades federativas por cada una de las regiones que establezca el Consejo Nacional; y que serán invitados a las sesiones del Consejo de Estado con voz, pero sin voto un representante de las autoridades responsables de la política local, quien asumirá la Secretaría Técnica del Consejo de Estado, un representante del sector social y uno del sector privado, propuestos por el Consejo de Articulación del Consejo Nacional; un representante de la comunidad que destaque por sus aportaciones al desarrollo de las humanidades, las ciencias, las tecnologías y la innovación, propuesto por el Consejo Técnico del Consejo Nacional, y las demás personas que convoque la coordinación ejecutiva con el propósito de que contribuyan con sus conocimientos y experiencia a la deliberación de los asuntos a tratar.

La propuesta de conformación de este Consejo de Estado no responde a la necesidad de gobernanza del sector científico (reconocido en el mismo art. 2.° inc. 3.° del AGLCTI), ya que la propuesta sugiere que sea un Consejo de naturaleza política la que tome las decisiones fun-

damentales sobre el desarrollo de la ciencia y tecnología en México. En efecto, la comunidad científica y el sector privado y social se ven separado de la toma de decisiones en este ámbito, con el riesgo que existe de politizar las decisiones y que estas no correspondan a las necesidades que tiene el sector científico que es el que finalmente desarrolla la actividad científica, además que con estas decisiones no se dé respuesta a los verdaderos problemas nacionales y se genere discriminación contra los sectores académicos, privado y social al separarlos del ejercicio de la toma de decisiones con respecto a la actividad científica.

En la práctica, la prospectiva sobre la ciencia (el futuro de la ciencia, los temas que no solo impactan al futuro inmediato a la sociedad sino sobre todo a largo plazo) solo la pueden conocer los científicos que trabajan en estos temas y están organizados en redes nacionales e internacionales para discutir sobre las necesidades de atención desde una perspectiva a mediano y largo plazo además de multi e interdisciplinaria. En efecto, su participación en la toma de decisiones sobre la política científica no solo es por una cuestión de gobernanza, sino también por supervivencia y efectividad de la ciencia mexicana para que se logre los fines establecidos por el mismo anteproyecto, el cual es "el avance del conocimiento, lograr el desarrollo integral del país y alcanzar el bienestar de todas las personas" (art. 1.° ALGCTI).

– Sobre el rol de las instituciones de educación superior de naturaleza privada en el Sistema Nacional de Humanidades, Ciencias, Tecnología e Innovación (arts. 3.°, 95, 126 y 127)

Según la LGES, las instituciones de educación superior de naturaleza privada forman parte del Sistema Nacional de Educación Superior y son sujetos de los derechos y obligaciones contempladas en la ley por lo que responden por las obligaciones contempladas para las IES en los Títulos I, II y III. Además, el artículo 68 de la LGES señala, con referencia a las instituciones privadas de educación superior, lo siguiente:

> El Estado reconoce la contribución que realizan las instituciones particulares de educación superior que cuentan con autorización o reconocimiento de validez oficial de estudios para el logro de los principios, fines y criterios de la educación establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por tanto, gozarán de todas las garan-

> tías para impartir este tipo de educación, asimismo estarán obligados a cumplir las disposiciones legales aplicables.

A las instituciones particulares de educación superior se les reconoce la libertad para definir su modelo educativo, así como su organización interna y administrativa; fijar las disposiciones de admisión, permanencia y egreso de sus estudiantes, con pleno respeto a los derechos humanos y en apego a las disposiciones legales; participar en programas que promuevan la ciencia, la tecnología y la innovación; promover la investigación, la vinculación y la extensión dentro de los lineamientos de su modelo educativo y desarrollo institucional; realizar convenios con universidades, centros de investigación y otras organizaciones nacionales o extranjeras para la prestación de sus servicios educativos; y las demás necesarias para prestar el servicio público de educación superior en cumplimiento con las disposiciones de la presente Ley.

Por lo cual, por ser consideradas las Instituciones de Educación Superior como iguales en derechos y obligaciones para garantizar la formación de vocaciones científicas, tecnológicas y de innovación en México como parte del Sistema Nacional de Educación Superior por la LGES, es necesario que el ALGCTI sea congruente con esta ley a la vez que también armonice la interpretación de obligaciones estatales en materia de derecho a la ciencia con el derecho a la educación y su respectivo contenido mínimo exigible reconocido en el PIDESC y desarrollado por el Comité DESC en la Observación General n.° 13 sobre derecho a la educación. En consecuencia, no hay razón jurídicamente válida para el trato diferenciado que el ALGHCTI hace respecto de las instituciones de educación superior públicas y privadas, en el sentido de privar a las comunidades académicas de las instituciones de educación superior de su libertad de investigación y de acceso a los apoyos y financiamientos que el Estado brinda para impulsar la actividad científica del país, máxime cuando la obliga por ley a cumplir con este fin de la educación superior.

La afectación al derecho a la educación científica y a la ciencia en el ALGHCTI recae sobre los derechos subjetivizados de los miembros de la comunidades de alumnos, docentes e investigadores de las IES privadas de México, quienes por este Anteproyecto ven afectados su derecho a la igualdad y no discriminación, su acceso a la educación y de vocación científica así como al derecho de participar en el desarrollo científico y tecnológico del país, pues en la práctica se les está

limitando el acceso al reconocimiento de su labor científica así como el menosprecio del impacto de sus investigaciones, al catalogarlos ya como "privados" sin ningún fundamento válido para la limitación de estos derechos.

CONCLUSIONES

Hasta aquí hemos analizado el potencial rol promotor del derecho a la ciencia para el desarrollo y protección de los DESCA a través de un adecuado sistema de garantías diseñado para dar efectividad a este derecho. Un sistema garantista fuerte (que debe incluir en su diseño garantías de tipo legislativo, institucional y jurisdiccional) activa la función instrumental del derecho a la ciencia hacia los demás DESC, tal como lo señala en Comité DESC en la Observación General n.° 25. Como vehículo de protección y desarrollo de los DESCA, observamos a través del ejemplo del Diagnóstico sobre Violencia Social en el Municipio de Escobedo que, por las características propias de la actividad científica y la naturaleza del derecho a la ciencia como derecho social, es a través de las garantías institucionales donde el ejercicio del derecho a la ciencia tiene un potencial transformador de los problemas sociales y en particular de intervención para diseñar políticas públicas basadas en evidencia científica para atender de forma efectiva las problemáticas derivadas de la falta de protección de los DESCA. Por último, a través del análisis de la constitucionalización del derecho a la ciencia en México y su impacto en los Sistemas Nacionales de Educación y de Humanidades, Ciencia, Tecnología e Innovación hemos observado la importancia que para el ejercicio del derecho a la ciencia y para activar su rol promotor de DESCA tiene un buen andamiaje normativo-constitucional, por lo cual es de vital importancia para estos fines, atender a las áreas de oportunidad del ALGHCTI que hemos señalado en este capítulo con precisión.

BIBLIOGRAFÍA

Conrad, Peter. *The medicalization of society: on the transformation of human conditions into treatable disorders*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2007.

Doncel de la Colina, Juan Antonio y Juan Carlos Sordo Molina. *Violencia en las calles y en los hogares: el caso de una colonia periférica en una metrópoli mexicana*, Monterrey, Nuevo León, U-ERRE, Universidad Regiomontana, 2019.

Espino Tapia, Diana Rocío. *Teoría de los derechos sociales para el nuevo constitucionalismo social del siglo XXI*, México D. F., Tirant lo Blanch, 2020.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la Ley del más débil, Madrid*, 1999.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi (trads.), Madrid, Trotta, 2004, p. 45.

Mancisidor, Mikel. "El derecho humano a la ciencia: un viejo derecho con un gran futuro", *Anuario de Derechos Humanos*, n.° 13, 2017, pp. 211 a 221, disponible en [https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/46887].

Moreno Cruz, Rodolfo. "El modelo garantista de Luigi Ferrajoli: lineamientos generales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.° 120, 2007, pp. 825 a 852, disponible en [https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3936].

Peña Freire, Antonio M. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997, p. 303.

CAPÍTULO TERCERO

Estado de excepción, control constitucional y derechos sociales en contextos de pandemia

Jorge Benavides Ordóñez[1]

INTRODUCCIÓN

El presente texto pretende dar cuenta de cómo el control constitucional a cargo de la Corte Constitucional del Ecuador, a los decretos de estado de excepción emitidos por parte de la Presidencia de la República, con motivo de la crisis generada por el COVID-19, abre la posibilidad para que la Corte como guardián de la supremacía constitucional en general, y de los derechos sociales en particular pueda evidenciar su función de protección en momentos extraordinarios. Cuestión que es coherente con los principios constitucionales que observan como elemento característico del texto constitucional ecuatoriano, a los derechos del buen vivir o *sumak kawsay*, denominación con la que en el constitucionalismo intercultural ecuatoriano se conoce a los derechos económicos sociales y culturales. En este sentido, en primer momento

1 Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla; Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Profesor contratado de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Viceministro del Servicio Público en Ministerio del Trabajo del Ecuador.

se repasará la regulación del estado de excepción en Ecuador, para luego, analizar las disposiciones que regulan el control constitucional de los estados de excepción a cargo de la Corte Constitucional, en donde se señalarán los avances entre la actual Constitución de 2008, respecto de su antecesora de 1998; por último, nos referirnos a los dictámenes emitidos por la Corte respecto a la protección de los derechos sociales en tiempos de crisis sanitaria.

I. LA REGULACIÓN DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN EN ECUADOR

Como es bien conocido el Estado de excepción, en los marcos constitucionales que lo contemplan, o bien lo regulan de manera abierta, por medio de una cláusula general como ocurre en Francia con el artículo 16 de su Constitución, que agota el estatuto de la excepción[2], o bien lo abordan de manera en su mayoría delimitada dando paso así a un derecho constitucional de excepción como ocurre en el caso español, cuya Constitución en su artículo 116, remite a una ley orgánica el desarrollo del derecho de excepción[3]. Por otro lado, Inglaterra es un ejemplo en que no se regula la protección extraordinaria del Estado y se acude a las *indemnity bills*, por las cuales la autoridad reacciona como considere adecuado para manejar una situación excepcional y luego el Parlamento expide las correspondientes leyes de exoneración de responsabilidad[4]. En el contexto latinoamericano, por otra parte, de forma casi unánime los textos constitucionales prevén y reglamentan la existencia y condiciones de operatividad de los estados de excepción[5], con el fin de hacer frente, de modo adecuado, a situaciones de grave emergencia. Sin embargo, son diversas las calificaciones y los instrumentos constitucionales previstos tanto para dictar las medidas

2 Pedro Cruz Villalón. *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

3 Javier Pérez Royo y Manuel Carrasco Durán. *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

4 Ídem.

5 Algunos ordenamientos lo hacen de modo general como ocurre con el artículo 137 de la Constitución peruana, o de manera más detallada como opera en los artículos 212 al 215 de la Constitución colombiana.

de excepción, así como para su aplicación, pero se debe decir también que tienen en común la importante influencia del derecho internacional de los derechos humanos sobre sus ordenamientos constitucionales en general, y sobre la regulación del estado de excepción en particular[6].

Ecuador, para estos efectos, cuenta con una Constitución que regula el estado de excepción de manera detallada, estableciendo las causales para que pueda ser dictado y las facultades extraordinarias asumidas, por parte del presidente de la República, además, establece los derechos que pueden ser limitados, así como prescribe la temporalidad que deben tener, y establece, finalmente, el correspondiente control, que es jurídico a cargo de la Corte Constitucional, el cual convive con un control político a manos de la Asamblea Nacional.

Así tenemos el artículo 164 de la Constitución ecuatoriana, que faculta al presidente a decretar estado de excepción en todo el territorio o en una parte del mismo, en caso de agresión, conflicto armado internacional o nacional, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. Estado de excepción que deberá observar los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad. Además, el decreto de estado de excepción, con el fin de que dichos principios sean respetados, debe contemplar la causal con la respectiva motivación, así como el ámbito territorial, el período de duración y las medidas a desarrollarse; cuestión que se complementa con el artículo 166, que señala que el presidente debe notificar con el decreto de estado de excepción dentro de 48 horas a la Asamblea Nacional para que ejerza de ser procedente control político, así como a la Corte Constitucional para que lleve a cabo el correspondiente control constitucional posterior, debiendo notificar también a los organismos internacionales de protección de derechos humanos. Todo con el fin de controlar el uso adecuado de un instrumento de poder extraordinario, que podrá durar 60 días y extenderse por medio de renovación hasta un máximo de 30, para un total de 90 días.

Así, el control tanto político y, sobre todo jurídico, persigue el respeto de los derechos constitucionales y la división de poderes. En este sentido es que, como prescribe el artículo 165 de la Constitución ecua-

6 Héctor Fix Zamudio. "Los estados de excepción y la defensa de la Constitución", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.° 111, 2004, pp. 801 a 860, disponible en [https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3805].

toriana, en un estado de excepción se podrá limitar solo el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, de correspondencia, o las libertades de tránsito, asociación, reunión e información. Y como facultades extraordinarias que el presidente de la República podrá ejercer una vez dictado el estado de excepción constan, entre otras, la recaudación anticipada de tributos, la utilización de fondos públicos destinados a otros fines, excepto los relacionados a salud y educación, el trasladar la sede de gobierno a cualquier parte del territorio, el disponer la censura previa en la información de los medios de comunicación, o el disponer del empleo de las fuerzas armadas y de la policía nacional.

II. CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Como dato relevante, tenemos que Ecuador ha evolucionado de un control principalmente político a uno de tipo mixto, esto es que el jurídico lo efectúa la Corte Constitucional, en tanto que el político lo lleva a cabo la Asamblea Nacional[7], en la medida en que el texto constitucional de 1998, no previó el control constitucional de los estados de excepción. La omisión normativa en cuestión llevó a que el Tribunal Constitucional no ejerciese dicho control, a diferencia de lo que en la actualidad ocurre con el artículo 436, numeral 8 de la Constitución ecuatoriana que prescribe que la Corte Constitucional, efectúa de oficio y de manera inmediata el control constitucional de las declaratorias de estados de excepción, cuando supongan suspensión de derechos constitucionales.

Por su lado, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional -LOGJCC-, determina en su artículo 119 los objetivos y alcances del control. En cuanto a los objetivos se alude, por un lado, a la protección de los derechos, y por otro, a la defensa de la separación y equilibrio de los poderes públicos. Respecto al alcance se determina que el control constitucional, de los decretos ejecutivos que los establecen, es formal y material, el cual es efectuado, por parte de la Corte Constitucional, de oficio.

7 La experiencia colombiana también contempla un control mixto, en donde el control político está a cargo del Congreso Nacional, en tanto que el control constitucional es facultad de la Corte Constitucional, regulado en el artículo 241.7 de su Constitución.

En cuanto al control formal de la declaratoria de estado de excepción, la Corte revisa que el decreto ejecutivo cumpla con cinco requisitos, contemplados en el artículo 120 de la LOGJCC, a saber: 1) Identificación de los hechos y de la causal; 2) Justificación de la declaratoria; 3) El ámbito territorial y temporal de la declaratoria; 4) Los derechos que pueden ser limitados, cuando fuese el caso; y 5) Las notificaciones que correspondan de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales.

Respecto al control material de la declaratoria de estado de excepción, a partir del artículo 121 de la LOGJCC, la Corte Constitucional revisa que se cumpla con cuatro requisitos, estos son: 1) Que los hechos señalados en la motivación hayan ocurrido realmente; 2) Que los hechos constitutivos de la declaratoria den cuenta de una agresión, que se trate de un conflicto armado internacional o interno, que se refiera a una grave conmoción interna, que se trate de una calamidad pública o de una catástrofe natural; 3) Que los hechos constitutivos de la declaratoria no puedan ser superados por el régimen ordinario; y 4) Que la declaratoria respete los límites temporales y espaciales fijados en la Constitución.

Más adelante, el artículo 122 de la Ley en cuestión, regula el control formal de las medidas adoptadas con fundamento en el estado de excepción, y señala que la Corte verifica que las medidas tomadas sobre la base de la declaratoria de excepción, sean, por un lado, emitidas vía decreto cumpliendo con las formalidades jurídicas, y por otro, que las medidas se enmarquen dentro de las atribuciones materiales, espaciales y temporales de los momentos de excepción.

El artículo 123 de LOGJCC por su lado, desarrolla el control material de las medidas dictadas con fundamento en la excepcionalidad y solicita por tanto, el cumplimiento de siete requisitos, a saber: 1) Que sean estrictamente necesarias para enfrentar los hechos que dieron lugar a la declaratoria, no siendo suficiente las medidas ordinarias para lograr este fin; 2) Que sean proporcionales al hecho; 3) Que exista una relación de causalidad directa entre los hechos y las medidas; 4) Que sean idóneas para enfrentar los hechos que ocasionaron la declaratoria; 5) La inexistencia de otra medida que genere menor impacto en los derechos; 6) Que no afecten el núcleo esencial de los derechos y se respete en conjunto los derechos intangibles; 7) Que no se interrumpa el normal funcionamiento del Estado.

El artículo 124 de la mencionada Ley prescribe la obligación de remitir el decreto de estado de excepción a la Corte Constitucional, por

parte del presidente de la República, dentro de las 48 horas siguientes a la firma, y en caso de no hacerlo, la Corte lo conoce de oficio. Por último, el artículo 125 de la LOGJCC da cuenta de la coexistencia entre el control jurídico y el control político de los estados de excepción, así tenemos que la Asamblea Nacional podrá revocar las declaratorias de estado de excepción.

Las disposiciones constitucionales y legales señaladas, permiten evidenciar el desarrollo al detalle de la regulación de la institución del estado de excepción en el ordenamiento jurídico ecuatoriano[8]. Así tenemos como si bien la facultad de dictarlo, así como la expedición posterior de medidas sobre la base de la declaratoria, es una facultad exclusiva del presidente de la República[9], se encuentra sujeta a control posterior tanto constitucional como político, lo cuales coexisten y son independientes entre sí. Adentrándonos en el control jurídico a cargo de la Corte Constitucional, la normativa legal da cuenta de la existencia de un control formal y uno material, en la medida en que

8 En el constitucionalismo ecuatoriano, el actual estado de excepción tuvo como antecedente al estado de emergencia contemplado, por ejemplo, en la Constitución de 1978-79, y al estado de sitio regulado, por ejemplo, en la Constitución de 1869.

9 Cuestión que en el constitucionalismo ecuatoriano no siempre fue así, por ejemplo, en el siglo XIX, la Constitución de 1835 en su artículo 64, determinaba que el ejecutivo acudía ante el Congreso para que este le confiera las facultades extraordinarias necesarias, mientras que si el Congreso se encontraba en receso era el Consejo de Gobierno, a partir del artículo 65, el que previa calificación de peligro le otorgaba las facultades extraordinarias por tiempo limitado para hacer frente a la crisis. Así también, el artículo 60 de la Constitución de 1850, prescribía que la Asamblea Nacional autorizaba al ejecutivo facultades especiales para manejar graves crisis. En el mismo sentido, la Constitución de 1869, en su artículo 60, numeral 12, advertía que el presidente de la República con acuerdo del Congreso dictaba el estado de sitio. Mientras que en el siglo XX, la Constitución de 1967, también daba mayor protagonismo a la legislatura, en la medida en que en su artículo 185, numeral 1, establecía que el presidente de la República no podrá declarar estado de sitio sin autorización previa del Congreso, organismo que además debía señalar las facultades extraordinarias de las que podía hacer uso el ejecutivo, las garantías que se podían suspender, así como la vigencia de la medida excepcional. Sin embargo, el numeral 2 del referido artículo 185, señalaba que el presidente tenía potestad unilateral para declarar el estado de sitio cuando el Congreso estuviese en receso, teniendo la obligación de informar al Tribunal de Garantías Constitucionales, así como al Congreso cuando este volviese a reunirse.

la excepcionalidad puede suponer establecer limitaciones a los derechos, limitaciones que, precisamente a partir del examen constitucional que practique la Corte, se evidenciará si son proporcionales o no. Por otro lado, la importancia del control constitucional del estado de excepción estriba en garantizar la observancia del principio de separación de los poderes.

En conjunto, el control formal apunta a verificar por parte de la Corte Constitucional que el presidente haya señalado los hechos y la causal que generan la declaratoria de estado de excepción, la cual debe ser justificada a partir de identificar el ámbito territorial y temporal de la declaratoria, dejando constancia de cuáles son los derechos limitados, en caso de que así ocurra. En cuanto a los aspectos materiales, el control de la Corte se relaciona con los temas formales, en la medida en que busca verificar si en efecto los hechos que justifican la declaratoria de excepción ocurrieron, y que por tanto, se inscriban en alguna de las causales constitucionales para que sea dictado. Probablemente, uno de los aspectos más relevantes del control material sea la argumentación de que la crisis ante la que se enfrenta el Estado no pueda ser manejada con las facultades ordinarias de gobierno.

Respecto al control constitucional formal de las medidas dictadas sobre la base de la declaratoria de estado de excepción, están el que sean emitidas por decreto ejecutivo y que las medidas respeten el ámbito de facultades en momentos de excepcionalidad. En tanto que el control material de las medidas guarda relación con el control formal, en el sentido de que la Corte verifica si las medidas son necesarias, proporcionales, idóneas y que por tanto, guarden causalidad con los hechos que motivaron su expedición, protegiendo finalmente el núcleo esencial de los derechos constitucionales.

III. DICTÁMENES CONSTITUCIONALES DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN POR LA PANDEMIA Y DERECHOS SOCIALES

En el presente apartado analizaremos los dictámenes realizados por la Corte Constitucional en el marco del control abstracto, a los estados de excepción decretados por la presidencia de la República a partir de la pandemia por COVID-19, toda vez que la Constitución hace descansar en los jueces constitucionales la responsabilidad de hacer efectivo el respeto a los límites por aquella establecidos, con el fin de garanti-

zar los derechos fundamentales[10]. En este sentido, en los dictámenes buscaremos aquellos elementos que den cuenta de la especial atención que atribuye la Corte a la de defensa de los derechos sociales o del buen vivir en contextos de crisis sanitaria.

En este orden de consideraciones, se debe señalar que durante el 2020 se dictaron dos decretos ejecutivos de estado de excepción, que, con sus correspondientes renovaciones, fueron declarados constitucionales por parte de la Corte, en tanto que un decreto fue declarado inconstitucional. Los declarados constitucionales fueron, por un lado, el Decreto 1017 de 19 de marzo de 2020, por medio del Dictamen 1-20-EE/20[11], así como su correspondiente renovación efectuada por medio del Decreto 1052 de 22 de mayo de 2020, que contó con el Dictamen 2-20-EE/20[12]; y por otro, el Decreto 1074 de 29 de junio de 2020, el cual sirvió de antecedente del Dictamen 3-20-EE/20[13], así como su correspondiente renovación realizada por el Decreto 1126 de 24 de agosto de 2020, que concitó el dictamen 5-20-EE/20[14]. Por su parte, el Decreto 1217, que no pasó el examen constitucional, se emitió antes de finalizar el 2020, siendo declarado inconstitucional a través del Dictamen 7-20-EE/20[15] de 27 de diciembre de 2020.

Durante el 2021 se han emitido dos decretos ejecutivos de estado de excepción, durante el gobierno del expresidente Lenin Moreno,

10 Jorge Benavides Ordóñez. "El control abstracto de constitucionalidad de la ley en la Constitución y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador", en Humberto Nogueira Alcalá (coord.). *Temas de jurisdicción constitucional chilena y sudamericana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

11 Dictamen 1-20-EE/20, Quito, 19 de marzo de 2020, Jueza ponente: Hilda Teresa Nuques Martínez, disponible en [https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=1-20-EE/20].

12 Dictamen 2-20-EE/20, Quito, 22 de mayo de 2020, Juez ponente: Ramiro Ávila Santamaría, disponible en [https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=2-20-EE/20].

13 Dictamen 3-20-EE/20, Quito, 29 de junio de 2020, Juez ponente: Enrique Herrería Bonnet, disponible en [https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=3-20-EE/20].

14 Dictamen 5-20-EE/20, Quito, 24 de agosto de 2020, Juez ponente: Hernán Salgado Pesantes, disponible en [https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=5-20-EE/20].

15 Dictamen 7-20-EE/20, Quito, 27 de diciembre de 2020, Jueza ponente: Daniela Salazar Marín, disponible en [https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=7-20-EE/20].

los cuales han obtenido la aquiescencia del órgano de control constitucional, a saber, el Decreto 1282 de 6 de abril de 2021 y su correspondiente Dictamen 1-21-EE/21[16], y el Decreto 1291 de 28 de abril de 2021 y su correspondiente Dictamen 2-21-EE/21[17]. Por otro lado, en el gobierno del presidente Guillermo Lasso, en funciones a partir del 24 de mayo, se emitió el Decreto 116 de 21 de julio de 2021, el cual sirvió de antecedente del Dictamen 3-21-EE/21[18], luego, se expidió por parte de presidencia, el Decreto 140, que renovaba por 30 días el Decreto 116, el cual tuvo originariamente una vigencia de 15 días. La respuesta de la Corte a la renovación vino de la mano del Dictamen 4-21-EE/21[19] de 4 de agosto de 2021.

Los dictámenes constitucionales analizados, al tener como antecedente el manejo de la pandemia, tuvieron como causal invocada, por parte de la presidencia de la República, la calamidad pública[20], contemplada en el artículo 164 del texto constitucional, y restringieron los derechos a la libertad de tránsito, a la libertad de asociación y de reunión, así como la inviolabilidad de domicilio, todo con el fin de mantener el distanciamiento social para evitar la propagación de contagios. En los dictámenes examinados, se emitieron por parte de la Corte Constitucional una serie de disposiciones con el fin de precautelar los derechos del *sumak kawsay*[21] o buen vivir[22], como se los cono-

16 Dictamen 1-21-EE/21, Quito, 6 de abril de 2021, Juez ponente: Agustín Grijalva Jiménez, disponible en [https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=1-21-EE/21].

17 Dictamen 2-21-EE/21, Quito, 28 de abril de 2021, Juez ponente: Ramiro Ávila Santamaría, disponible en [https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=2-21-EE/21].

18 Dictamen 3-21-EE/21, Quito, 21 de julio de 2021, Juez ponente: Enrique Herrería Bonnet, disponible en [https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=3-21-EE/21].

19 Dictamen 4-21-EE/21, Quito, 4 de agosto de 2021, Jueza ponente: Carmen Corral Ponce, disponible en [https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=4-21-EE/21].

20 Definida por la Corte Constitucional en el Dictamen 1-20-EE/20, como la concurrencia de dos elementos: a) presencia de una situación catastrófica derivada de causas naturales o humanas que afecten las condiciones del país, y b) que la concurrencia de dicho escenario sea imprevisto o sobreviniente.

21 Expresión ancestral andina que alude a la relación armoniosa de los individuos con la naturaleza.

22 Los derechos del buen vivir van del artículo 12 al 34 de la Constitución, los cuales aluden a los derechos al agua y la alimentación, ambiente sano, co-

ce a los derechos económicos y sociales en el constitucionalismo ecuatoriano, constitucionalismo que ha sido catalogado de intercultural en el sentido de que se basa en las relaciones interculturales igualitarias que redefinen los derechos, así como la institucionalidad del Estado[23].

Volviendo sobre los dictámenes, podemos ver cómo en contextos de pandemia, la preocupación del órgano de control constitucional fue por el lado de que el Estado garantice el derecho a la salud y el derecho a la educación, así por ejemplo en el Dictamen 2-20-EE/20, en el considerando 33 la Corte señaló: "La educación durante el confinamiento depende del acceso a todos los medios de comunicación disponibles para poder cumplir sus objetivos. Entre esos medios se encuentran la radio, la televisión y la conectividad al internet. El Estado debe usar los medios de comunicación disponibles para garantizar el derecho a la educación, que incluye la educación intercultural bilingüe, a todas las personas de conformidad con la Constitución y la ley, sin ningún tipo de discriminación". Se trata pues, de un criterio constitucional preventivo ante afectaciones que pudiesen ocurrir respecto al derecho a la educación en contextos de pandemia, debido a la falta de acceso a tecnologías de considerables sectores de la población, entre los cuales se encuentran personas rurales, campesinas e indígenas, de ahí que la Corte Constitucional enfatiza en la prescripción constitucional de que durante un estado de excepción, el presidente está facultado por el artículo 165 de la Constitución a utilizar los fondos públicos destinados a otros fines para manejar la crisis, excepto los relativos a educación y salud.

Por otro lado, existió preocupación de la Corte Constitucional respecto de los derechos de los grupos de atención prioritaria, constitucionalmente regulados en el artículo 35, en este grupo se inscriben los adultos mayores, los menores de edad, las mujeres embarazadas, las personas privadas de libertad, aquellas que padezcan enfermedades catastróficas, los migrantes; así también se emitieron disposiciones para atender a las personas en situación de calle, en este sentido en el considerando 52 del dictamen 1-20-EE-20, se señaló: "En el marco de dicha suspensión, esta Corte considera oportuno precisar que el Estado debe adoptar, bajo los debidos controles sanitarios, las me-

municación e información, cultura y ciencia, educación, hábitat y vivienda, salud, trabajo y seguridad social.

23 Agustín Grijalva. *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Centro de Estudios / Corte Constitucional, 2012.

didas necesarias para proteger a las personas en situación de calle y otras personas en situaciones de vulnerabilidad a causa de las medidas adoptadas con fundamento en el estado de excepción". La posibilidad de que en contextos de pandemia se produzcan resultados gravemente perjudiciales para sectores vulnerables es real, de ahí que la Corte advierta de los peligros que supone la exclusión social, la cual para aquella es entendida como los obstáculos que enfrentan determinadas personas para participar a plenitud en la vida social y desarrollar por tanto sus capacidades, la exclusión así, implica limitaciones sustanciales en el ejercicio de los derechos del buen vivir[24].

La preocupación por las personas en situaciones de vulnerabilidad fue también recogida en el dictamen 3-20-EE-20, cuando en el considerando 149, señaló la Corte que se debe brindar especial atención y desarrollar políticas tendientes a proteger a los grupos descritos en el artículo 35 de la Constitución, toda vez que han sido objeto de discriminaciones históricas, así como estructurales.

Por otra parte, el dictamen 5-20-EE/20 siguiendo la línea de dictámenes precedentes, ha insistido en la dimensión de la transparencia de los procesos de adquisición de insumos médicos y vacunas para enfrentar la pandemia, de ahí que en el numeral 129 del dictamen la Corte afirmó: "Las autoridades encargadas de las compras públicas deberá garantizar la transparencia, rendir cuentas, informar, promocionar, publicitar todo el ciclo de la contratación pública, e informar a la Contraloría General del Estado acerca de las irregularidades encontradas en el ejercicio de sus competencias". En definitiva, los dictámenes comentados han puesto el énfasis en la necesidad del control popular sobre las acciones del gobierno en tiempos de pandemia, en la medida en que la participación de los ciudadanos en la gestión de los temas públicos constituye un derecho en sí mismo, así como un medio para proteger otros derechos del buen vivir.

En el mes de abril de 2021, la Corte emitió el dictamen 1-21-EE/21, el cual focalizó las medidas restrictivas a ocho provincias del Ecuador, que, según los datos, se encontraban con mayores casos de COVID-19, haciendo necesaria, por tanto, la implementación de medidas como el toque queda, además de la restricción a los derechos de reunión y asociación, de libre tránsito, con el fin de manejar de la mejor manera

24 Sentencia n.° 202-19-JH/21, Quito, 24 de febrero de 2021, Juez ponente: Ramiro Ávila Santamaría, disponible em [https://www.fielweb.com/App_Themes/InformacionInteres/Sentencia202-19-JH-21fw.pdf], p. 4.

posible la crisis sanitaria. En el dictamen en cuestión, se ratificó la necesidad de observar los parámetros en materia de derechos sociales, establecidos en los dictámenes anteriores, en este sentido, por ejemplo, en el considerando 88, la Corte insistió en la necesidad de adoptar medidas sanitarias estructurales, en las que, por un lado, señalaba la importancia de avanzar en el plan de vacunación, y por otro, en la adopción de políticas sanitarias para garantizar un sistema de salud público que pueda enfrentar con éxito la crisis sanitaria.

En el dictamen 2-21-EE/21, en los considerandos que van del 86 al 90, la Corte Constitucional desarrolla el tema de la desigualdad estructural, el cual tiene por objetivo señalar la necesidad de medidas compensatorias por parte el Estado, respecto a determinadas personas y grupos en condiciones de vulnerabilidad, para quienes las medidas de aislamiento potencialmente agravarían su situación, debido a contextos de violencia intrafamiliar, pobreza e informalidad del empleo. Condiciones precarias que suelen ser comunes en sociedades con altos grados de inequidad y que, por tanto, precisan del Estado medidas flexibles y políticas públicas pensadas en mejorar la situación de los grupos menos aventajados de la sociedad, teniendo en cuenta que además los integrantes de dichos grupos suelen ser tratados por la Constitución como personas de atención prioritaria. En el mismo sentido, en el considerando 91 del dictamen 3-21-EE/21, la Corte reitera la necesidad de que las limitaciones a derechos sean efectuadas sobre la base de parámetros razonables, generando así un marco de protección adicional para aquellos grupos en situación de pobreza, exclusión y discriminación histórica, como lo advirtió de manera temprana en el dictamen 3-20-EE/20, comentado más arriba.

Por último, el dictamen 4-21-EE/21, que autoriza la renovación por 30 días del decreto ejecutivo 116, dictado ante el aparecimiento de nuevas variantes del COVID-19 como la delta, que en principio tuvo una vigencia de 15 días y que contó con dictamen constitucional favorable 3-21-EE/21, no desarrolla temas relativos a derechos sociales. Sin embargo, insiste en la necesidad de manejar la crisis sanitaria dentro del marco de competencias ordinarias, para lo cual reitera el llamado de aprobación de un proyecto de ley coordinado entre el ejecutivo y el legislativo, respecto a la limitación de derechos constitucionales como la libertad de tránsito, de reunión, de asociación, proyecto que, dicho sea de paso, la Corte Constitucional había solicitado su aprobación en los dictámenes emitidos en el 2020.

CONCLUSIÓN

Entre los avances que trajo consigo el texto constitucional de 2008, destaca la previsión de un control tanto político como constitucional de los estados de excepción dictados por el ejecutivo, superando así el exclusivo control político en manos del legislativo, recogido en la Constitución de 1998. En este sentido, el constituyente hizo descansar la potestad de control en la Corte Constitucional que reemplazó al Tribunal Constitucional, en su función de máximo órgano de interpretación y control constitucional.

En este orden de consideraciones, el control constitucional de los estados de excepción ha sido regulado como parte del control abstracto y automático, es decir, que opera de oficio por parte de la Corte, con la finalidad de proteger los derechos constitucionales, así como la división de poderes, que pueden verse lesionados en contextos de excepcionalidad. Así, tenemos como tanto la regulación del estado de excepción, esto es, causales, derechos que pueden ser suspendidos, facultades extraordinarias que pueden ser asumidas por el ejecutivo, ámbito temporal y territorial, como el control de dichos estados han sido recogidos en la Constitución y en la ley, incorporando de forma idónea estándares internacionales en materia de protección de derechos.

En las coordenadas expresadas se entiende que la Corte Constitucional, desde el diseño institucional, posee amplias facultades tanto formales como materiales, en el control de los momentos de excepcionalidad, en donde los derechos constitucionales en general y los sociales en particular, por los serios problemas económicos que existen pueden verse gravemente comprometidos. De ahí que se destaca la actuación de la Corte en materia de protección del derecho a la educación, en donde se busca encontrar alternativas, en clave intercultural, para que en tiempos de confinamiento las brechas tecnológicas no sean obstáculo para el acceso a la educación de los menos favorecidos de la sociedad. De otro lado, son plausibles los pronunciamientos de la Corte que, por un lado, llaman la atención de cómo en la crisis sanitaria las desigualdades estructurales terminan poniendo en situación de particular vulnerabilidad a grupos de atención prioritaria, por ejemplo, menores de edad, mujeres embarazadas, personas con enfermedades catastróficas y, por otro, la necesidad de que la institucionalidad pública construya políticas públicas que garanticen los derechos del buen vivir. Se destaca también el énfasis que los jueces constitucionales le dan al control popular sobre las acciones del gobierno en

contextos de pandemia, en la medida en que la participación de los ciudadanos en la gestión de los temas públicos constituye un derecho en sí mismo, así como un medio para proteger otros derechos.

Sin embargo, el seguimiento que haga la Corte de las medidas que ha ordenado, así como el diálogo con los poderes públicos encargados, en el ámbito de sus competencias, de poner en práctica dichas medidas, es clave, para conseguir que las decisiones constitucionales sean debidamente implementadas. Cuestión que no supone una tarea sencilla, pero que es necesaria de cara a la protección de los derechos constitucionales en contextos de pandemia.

BIBLIOGRAFÍA

Benavides Ordóñez, Jorge. "El control abstracto de constitucionalidad de la ley en la Constitución y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador", en Humberto Nogueira Alcalá (coord.). *Temas de jurisdicción constitucional chilena y sudamericana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

Corte Constitucional de Ecuador

Dictamen 1-20-EE/20, Quito, 19 de marzo de 2020, Jueza ponente: Hilda Teresa Nuques Martínez, disponible en [https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=1-20-EE/20].

Dictamen 2-20-EE/20, Quito, 22 de mayo de 2020, Juez ponente: Ramiro Ávila Santamaría, disponible en [https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=2-20-EE/20].

Dictamen 3-20-EE/20, Quito, 29 de junio de 2020, Juez ponente: Enrique Herrería Bonnet, disponible en [https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=3-20-EE/20].

Dictamen 5-20-EE/20, Quito, 24 de agosto de 2020, Juez ponente: Hernán Salgado Pesantes, disponible en [https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=5-20-EE/20].

Dictamen 7-20-EE/20, Quito, 27 de diciembre de 2020, Jueza ponente: Daniela Salazar Marín, disponible en [https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=7-20-EE/20].

Dictamen 1-21-EE/21, Quito, 6 de abril de 2021, Juez ponente: Agustín Grijalva Jiménez, disponible en [https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=1-21-EE/21].

Dictamen 2-21-EE/21, Quito, 28 de abril de 2021, Juez ponente: Ramiro Ávila Santamaría, disponible en [https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=2-21-EE/21].

Dictamen 3-21-EE/21, Quito, 21 de julio de 2021, Juez ponente: Enrique Herrería Bonnet, disponible en [https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=3-21-EE/21].

Dictamen 4-21-EE/21, Quito, 4 de agosto de 2021, Jueza ponente: Carmen Corral Ponce, disponible en [https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=4-21-EE/21].

Cruz Villalón, Pedro. *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

Fix Zamudio, Héctor. "Los estados de excepción y la defensa de la Constitución", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.° 111, 2004, pp. 801 a 860, disponible en [https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3805].

Grijalva, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Centro de Estudios / Corte Constitucional, 2012.

Pérez Royo, Javier y Manuel Carrasco Durán. *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

CAPÍTULO CUARTO

Una mirada sobre la vulneración de los derechos humanos: la afectación a los DESCA por los delitos ambientales[1]

Paola Alexandra Sierra-Zamora[2]

Hans Nicolaysen Sánchez [3]

Tania Lucía Fonseca Ortiz[4]

1 Capítulo de libro que presenta los resultados de investigación del proyecto: Retos y desafíos del Constitucinalismo Transformador, el diálogo entre jueces y el derecho internacional del Grupo de Investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia vinculado al Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CISJUC) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, categorizado en A1 por Minciencias y con código de registro COL0120899. Los puntos de vista y los resultados de este artículo pertenecen a los autores y no reflejan necesariamente los de las instituciones participantes.

2 Postdoctora internacional en Nuevas Tecnologías y Derecho por la Mediterránea Interational Centre for Human Rights Research. PhD Internacional (*cum laude*) y Magíster en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional de la Universitat de Valencia, España. Abogada de la Universidad Católica de Colombia. Investigadora asociada y par evaluador categorizada por Minciencias. Docente Investigadora de la Universidad Católica de Colombia. Correo [pasierra@ucatolica.edu.co] ORCID [https://orcid.org/0000-0002-3146-7418].

3 Abogado (c) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia y miembro del semillero de investigación "Derechos humanos y derecho internacional", vinculado al Grupo de Investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, vinculado al Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CISJUC) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, categorizado en A1 por Minciencias y con código de registro COL0120899. Correo [hnicolaysen26@ucatolica.edu.co].

4 Abogada titulada con honores de la Universidad Católica de Colombia. Magíster en Educación Inclusiva e Intercultural de la Universidad El Bosque. Asesora de investigación del Centro de Educación Militar del Ejército Nacional de Colombia. Joven investigadora del Departamento de Estrategia de la Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto" y Docente de la Escuela de Derechos Humanos del Ejército Nacional. Es autora y coautora de artículos científicos publicados en revistas Scopus así como

A lo largo de los años han ocurrido eventos que han ocasionado variaciones en la convivencia humana que, a su vez, se deben al comportamiento y conducta errónea de los seres humanos para con su entorno. Debido a esto, el derecho ha tenido que desarrollar diferentes mecanismos que tengan un mayor alcance para la protección, cuando se trata de temas derivados a los cambios de comportamiento y del entorno humano, como el deterioro ambiental, el calentamiento global, la guerra y la economía.

Una clarificación mayor de estas variaciones es la creación de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales -DESCA- con los cuales se le atribuye responsabilidad de cumplimiento tanto al Estado, a los gobernantes, a las entidades internacionales y a los individuos sujetos a él[5]. Los DESCA son también conocidos como los derechos de segunda generación que incluyen el derecho a la alimentación, a la vivienda adecuada, a la educación, a la salud, a la seguridad social, al agua limpia, a la participación en la vida cultural, al trabajo, entre otros[6]. Estos derechos están correlacionados con los derechos humanos -DDHH-, ya que en la mayoría de los escenarios, los DESCA garantizan su cumplimiento y por tal motivo deben ser protegidos de la misma manera que los primeros. Por tanto, los DESCA están resguardados por múltiples tratados internacionales y regionales, así como en las constituciones nacionales[7].

capítulos de libro en temas como derechos humanos, derechos medioambientales, género, seguridad y defensa, conflicto armado y justicia transicional. Correo [tlfonseca64@ucatolica.edu.co].

5 Fernanda Navas Camargo y Jaime Cubides Cárdenas. "Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en periodo de posconflicto: un reto por cumplir", en Jaime Cubides *Cárdenas* y Tania Giovanna Vivas Barrera (eds.). *Responsabilidad internacional y protección ambiental*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2018, disponible en [https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/20304].

6 Miller Dussan Calderón. "Acompañamiento al proceso organizativo de defensa de la cuenca del río Magdalena para la garantía y restablecimiento de los derechos humanos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales - DESCA: de los afectados por la política minera energética en el departamento de Huila", *Revista Proyección Social*, vol. 2, n.° 1, 2018, pp. 18 a 24, disponible en [https://journalusco.edu.co/index.php/rps/article/view/2369].

7 Marisol González Hernández, Luis Abraham Paz Medina, Tania Lucía Fonseca Ortiz y Paola Alexandra Sierra-Zamora. "La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Hu-

Un ejemplo de la vasta importancia de los DESCA a nivel internacional, es el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales que estipula de manera exhaustiva la protección de dichos derechos a nivel global[8], con este se puede entender el impacto de los DESCA en el ámbito de protección y garantía que propenden por el bienestar general de la humanidad.

Relativo a ello, es posible encontrar a los DESCA en el marco legislativo colombiano, pues, al ser este un Estado social de derecho basado en la teoría constitucionalista, permite tener la visión fundamental de proteger los DDHH mediante el uso de los DESCA[9], debido a que son secuencias transversales que permiten ofrecer una cualidad garantista cuando la adjudicación de derechos colectivos e individuales se presenta.

Con base en esto, se plantea como interrogante del trabajo: ¿cómo los DDHH que están relacionados al derecho ambiental se ven afectados, cuando los DESCA son trasgredidos por los delitos ambientales? Teniendo el objetivo de exponer la funcionalidad del derecho ambiental, su regulación en el marco internacional y colombiano y su utilidad en el mismo; luego se elabora un análisis al deterioro de la protección ambiental y se enuncia el delito ambiental del incumplimiento de las normas relacionadas al manejo de residuos sólidos, el cual subyuga otros delitos, y por último se añaden unas breves conclusiones. Este escrito se desarrollará mediante la metodología de investigación de análisis jurisprudencial y doctrinal de carácter expositivo y enunciativo.

manos en el ordenamiento jurídico mexicano: ¿eficacia plena?", en Paola Alexandra Sierra-Zamora, Manuel Alexis Bermúdez Tapia y Carolina Pedraza Mariño (eds). *Perspectivas en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario para el Ejército Nacional de Colombia*, Bogotá, Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova", 2020, disponible en [https://librosesmic.com/index.php/editorial/catalog/view/57/54/1388]. p. 97.

8 Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos. *Folleto informativo n.° 33: Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales*, ONU, diciembre de 2008, disponible en [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FS33_sp.pdf].

9 Luz Amparo Montoya Rave. "Aproximación a la percepción de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en los habitantes del barrio Santo Domingo Savio 1 de Medellín" (tesis de maestría), Medellín, Universidad Autónoma Latinoamericana, 2020, disponible en [http://repository.unaula.edu.co:8080/handle/123456789/1525].

I. DEL DERECHO AMBIENTAL

Para abarcar el tema del derecho ambiental es necesario entender la razón por la cual este fue consolidado como rama especial del estudio del derecho. Es conocido como literatura ambiental al compendio de conocimientos y concepciones que las diferentes culturas humanas han concebido con respecto a la naturaleza[10]. Esta literatura ambiental propone cambios cíclicos que ayudan a recopilar información con el fin de constituir una nueva idea global de lo conocido como el medio ambiente. Al principio del ciclo de la literatura ambiental, se puede ver que la naturaleza era sagrada, luego fue un objeto de apropiación, después paso a ser sujeto de derechos y hoy en día se le conoce como una mera reserva de recurso, y si se visualiza más allá, se ve como "un vertedero de residuos"[11]. Con base en esto, se presume que la literatura ambiental varía dependiendo de los ciclos de la historia humana y se cambia conforme a las alteraciones de la secuencia humana y su relación con el ambiente, dicho esto, se podría llegar a plantear una literatura ambiental en la cual se estipule que el medio sea indispensable para el desarrollo de la vida como la conocemos y los conflictos que su desaparición generaría.

Sin embargo, a pesar de las concepciones socioculturales del ambiente y de lo que lo compone, es implícito que la afectación del medio contribuye al daño en todos los aspectos de la vida humana, y por tanto, los gobiernos a lo largo de los años han contribuido a la protección del medio ambiente mediante la creación de derechos específicos relacionados con el aprovechamiento, el cuidado, el buen manejo y el mejoramiento del medio[12]. Lo enunciado se deriva en la creación de los DESCA en los Estados constitucionalistas, con el fin de ayudar a la

10 Amelia Nancy Giannuzzo. "Los estudios sobre el ambiente y la ciencia ambiental", *Scientiae Studia*, vol. 8, n.° 1, 2010, pp. 129 a 156, disponible en [https://www.scielo.br/j/ss/a/DcgkTxq9MkKhctCddKDnTMK/].

11 Alexis Pellón Arrechea, Matilde López Torres, María del Carmen Lloréns Espinosa y Orestes González Díaz. "Propuesta para tratamiento de lixiviados en un vertedero de residuos sólidos urbanos", *Ingeniería Hidráulica y Ambiental*, vol. 36, n.° 2, 2015, pp. 3 a 16, disponible en [https://riha.cujae.edu.cu/index.php/riha/article/view/286].

12 Lilibeth García Henao. "Teoría del desarrollo sostenible y legislación ambiental colombiana, una reflexión, cultural", *Revista de Derecho*, n.° 20, 2003, pp. 198 a 215, disponible en [https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/2894].

garantía de los DDHH enunciados por la ONU al finalizar la década de los años 1940.

Ahora, otro aspecto relevante de la creación del derecho ambiental es el conocimiento y fundamento de la vida en la Tierra, el cual ha sido punto de inflexión en varias ocasiones, la razón está en la historia de la humanidad misma como se ha mencionado arriba, debido a que esta refleja los cambios de pensamiento con base al medio ambiente y los periodos de tiempo en los que el buen manejo del medio ha variado. A partir de esto, se han derivado alternativas dirigidas al tratamiento de las consecuencias ambientales, climáticas, económicas, sociales y jurídicas que el mal manejo y la sobreexplotación del medio acaecen, con el fin de solventar de una manera adecuada y óptima la crisis por la sostenibilidad del medio ambiente[13].

Entonces, con base en lo anterior se puede aclarar que el derecho ambiental es una rama del derecho social que, fundado en normas y reglas, pretende preservar y proteger el medio ambiente y tiene como objetivo dejarlo libre de contaminación y mejorarlo cuando esté afectado[14], así las cosas, el derecho ambiental es la rama transversal que acoge diversas disciplinas del derecho, como el administrativo, el penal, el constitucional, el internacional e incluso asume un rol fundamental en la creación de la política pública, en los lineamientos de la ingeniería ambiental y la innovación sostenible en la agricultura o ganadería con el propósito de cumplir sus objetivos.

II. FUNCIONALIDAD DEL DERECHO AMBIENTAL

Ya se ha hablado del origen de esta rama del derecho y se ha reconocido que es funcional para manejar distintos ámbitos de la vida socioeconómica. Ahora, es necesario comprender la funcionalidad que el derecho ambiental le aporta al sistema mismo, para esto es importante reconocer la categorización del sistema y cómo este se correlaciona con el derecho.

Cuando se enuncia el sistema, se está enunciando un concepto imaginario y ficticio que encuentra al ser humano y a su entorno en

13 DINO BELLORIO CLABOT. *Tratado de derecho ambiental*, Buenos Aires, Edit. Ad Hoc, 1997.

14 GRETHEL AGUILAR ROJAS y ALEJANDRO IZA. *Manual de Derecho Ambiental en Centroamérica*, San José, IUCN, 2009.

un mismo escenario el cual se manifiesta de manera natural[15], entonces en este concepto imaginario es donde surge el derecho, ya que se fusiona con el sistema para imponer límites al escenario[16], de manera tal que el sistema se convierte en la sociedad y el derecho en los límites al comportamiento natural de los entes biológicos presentes en ella. Dicho esto, se estipula entonces que el sistema es el mundo construido a partir de la representación física que por naturalezae existe[17] y que ocasiona por sí mismo un conjunto de normas que instauran límites al comportamiento de los demás entes naturales que coexisten allí.

Con base en la anterior concepción, es posible hacer la aseveración a que el conjunto de normas permite la sana coexistencia de los entes del medio, y por ende, el derecho ambiental aporta herramientas que instauran limitaciones a las acciones contrarias al sistema y también se ofrece como mecanismo de protección de este garantizando en su objetivo final, el bienestar general de los factores bióticos que lo componen[18], es decir, garantiza el bien común de los seres humanos a través de la preservación del medio ambiente.

Así las cosas, es posible entender que el sistema impone mecanismos de protección para salvaguardar su propio orden, y trayéndolo a colación al Estado colombiano, se puede observar que el derecho ambiental debe ser expresado e informado a través de: el gobierno de la nación, la administración general del Estado, las entidades de derecho público, los órganos públicos, las corporaciones de derecho público como las cámaras de comercio o los colegios profesionales, y todas las demás personas naturales o jurídicas que hacen parte del sistema[19].

15 Talcott Parsons. *El sistema social*, José Jiménez Blanco y José Cazorla Pérez (trads.), Madrid, Edit. Revista de Occidente, 1966.

16 Enrique Dussel. "Sistema mundo y transmodernidad", en Saurabh Dube, Ishita Banerjee Dube y Walter D. Mignolo (coords.). *Modernidades coloniales: otros pasados, historias presentes*, México D. F., El Colegio de México, Centro de Estudios de Asia y África, 2004.

17 Manuel Antonio Ballesteros Romero. "La funcionalidad del derecho desde la noción de sistema", *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 20, n.° 38, 2020, pp. 95 a 106, disponible en [https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/ccsh/article/view/v20n38a07].

18 Fernando Fuentes Bodelón. "Planteamientos previos a toda formulación de un derecho ambiental", *Documentación Administrativa*, n.° 190, 1981, pp. 113 a 132, disponible en [https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/4533].

19 Blanca Lozano Cutanda. *Derecho ambiental administrativo*, Madrid, Dykinson, 2012.

Esto es necesario, debido a que supone un alivio a la instauración de penalidades y al uso de otros mecanismos del derecho con el fin de garantizar el cuidado y la preservación del medio.

Para finalizar este apartado, se encuentra que el derecho ambiental está inmiscuido en diferentes aspectos que atañen al sistema, como la administración, el control y la organización. Además, se expone la funcionalidad del derecho ambiental en el uso adecuado del medio con el fin de preservarlo para contribuir con el cumplimiento de los DDHH a través de la implantación de los DESCA de manera sistemática en la multiplicidad de campos en los que estatalmente se impacta, como lo es el caso de la salvaguarda de los recursos y el establecimiento de los mismos como activos estratégicos de la nación[20], otorgando un protección aún más amplia y acorde a los fines del Estado.

III. REGULACIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL

Con lo trabajado con anterioridad sobre la funcionalidad del derecho ambiental y su aporte al sistema, es necesario ahora encontrar el uso del derecho sistemático cuando concierne al derecho ambiental. Para esto, se abarcará el marco legislativo colombiano e internacional para dar claridad a los mecanismos de protección y acción del derecho ambiental que tiene como fin la garantía de los DESCA.

A. Regulación internacional

Los documentos iniciales que marcan precedente a la creación del derecho ambiental, plantean sus principios y establecen los primeros lineamientos a los deberes de los humanos con el medio ambiente, además enuncian la importancia del medio y su prevalencia con respecto de la vida humana[21]. Por tanto, es necesario estudiarlos y enten-

20 Paola Alexandra Sierra-Zamora, Tania Lucía Fonseca Ortiz y Julián Andrés Sánchez Tarazona. "Análisis de la hidroestrategia y el derecho humano al agua en Colombia", *Revista Científica General José María Córdova*, vol. 20, n.° 37, 2022, pp. 25 a 43, disponible en [https://revistacientificaesmic.com/index.php/esmic/article/view/811].

21 Ricardo Gorosito. "Los principios del derecho ambiental", *Revista de Derecho*, n.° 16, 2017, pp. 101 a 136, disponible en [https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/1471].

der de qué manera son acogidos a nivel interno por las naciones como Colombia.

Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano: en este documento se aclaran los principios del derecho ambiental, la utilización de los recursos, la protección de la tierra, el buen uso del suelo, a la descarga de residuos tóxicos sobre el ambiente e incluso se trabaja el aspecto del desarrollo económico de los países para proteger el medio ambiente, siendo así el principio 1 de la declaración:

> El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras.

Así las cosas, es posible evidenciar que la preocupación por el medio ambiente ha tenido principios hace más de 60 años y las medidas internacionales se han predispuesto a los sucesos con el fin de evitar una catástrofe ambiental.

Carta Mundial de la Naturaleza: esta carta reafirma que los seres humanos son parte de la naturaleza y que la vida depende del óptimo funcionamiento de los sistemas naturales y es consciente de que:

> La civilización tiene sus raíces en la naturaleza, que moldeó la cultura humana e influyó en todas las obras artísticas y científicas, y de que la vida en armonía con la naturaleza ofrece al hombre posibilidades óptimas para desarrollar su capacidad creativa, descansar y ocupar su tiempo libre.

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: esta carta establece nuevos criterios relacionados con el desarrollo sostenible con el fin de salvaguardar el medio ambiente, hace hincapié en el desarrollo de los Estados como compromiso de todos teniendo el objetivo reducir la pobreza como requisito fundamental para el desarrollo sostenible y trata de la solidaridad de las naciones para contribuir con esta finalidad.

> A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada.
>
> Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas[22].

Estos son los documentos más importantes cuando se trata del medio ambiente y de la legislación a la que los Estados están sometidos bajo el derecho internacional público. Además, las asambleas internacionales fomentadas por la ONU permiten tener un rango de visión mayor cuando concierne al tratamiento de problemáticas sociales, económicas, culturales y ambientales a las que este trabajo le ha apuntado desde un principio, pues, la creación de los DESCA se ha derivado de las pronunciaciones internacionales con respecto a los Estados y sus funcionamientos internos[23], haciendo ver el concepto como un todo y no como un individual y es por ello que los Estados que hacen parte de los acuerdos y tratados internacionales deben propender por la instauración de medidas de protección del medio ambiente con el fin de participar en el fomento de la vida digna y el cumplimiento de los DDHH.

Debido a esto, Colombia ha instituido medidas con base en lo manejado por la regulación internacional con el fin de cumplir con los lineamientos necesarios para socavar en las problemáticas que el ámbito internacional permite contemplar a nivel global. Además, la observancia de las normas internacionales autoriza el evento de proteger situaciones a nivel interno como el manejo de la pena o la regulación de los delitos ambientales siempre viendo por la garantía de los DDHH.

22 NACIONES UNIDAS. *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, 14 de junio de 1992, disponible en [https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm].

23 CARLOS JUSTO BRUZÓN VILTRES y ALCIDES FRANCISCO ANTÚNEZ SÁNCHEZ. "Reflexiones en torno a la protección de los derechos humanos desde la perspectiva del derecho ambiental internacional", *Producción + Limpia*, vol. 7, n.° 2, 2012, pp. 106 a 117, disponible en [http://revistas.unilasallista.edu.co/index.php/pl/article/view/271].

B. Regulación del derecho ambiental en el marco jurídico colombiano

Con base en lo anterior, ha sido posible evidenciar que el marco legislativo colombiano amparado por la protección internacional en cuanto a temas del medio ambiente, ha creado diferentes herramientas *jusambientales* que permiten llevar a cabalidad el cumplimiento de los principios del derecho ambiental y así mismo ha generado sanciones que apuntan a la comisión de delitos ambientales como su regulación propia.

El sistema colombiano en su afán por legislar sobre los temas de actualidad debido a su influencia por la globalización, ha decido hacerlo con respecto al derecho ambiental como lo expresa Navas en su obra *La constitución ambiental* de 2010, se ocupa del análisis del medio ambiente como problema político y constitucional, con el fin de identificar la relación existente entre los conceptos de calidad de vida, medio ambiente y constitución política de un país. Dicho esto, se exponen los principales ejes jurídicos que la legislación colombiana ha creado:

Ley 23 de 1973: esta ley busca la creación del Código de Recursos Naturales y Protección del Medio Ambiente; esta ley otorga un paso fundamental en la legislación del medio ambiente, ya que aún bajo la Constitución de 1886 se permite innovar el marco jurídico dando paso al primer espacio donde se hablaba de jurisdicción ambiental, consecuente a esto, un año atrás se estaba dando la declaración de Estocolmo, teniendo esta ley como claro ejemplo de la repercusión de la globalización en el Estado colombiano. Además, esta ley es un hito en cuanto a la investigación de los recursos renovables y no renovables y otorga un campo abierto al estudio de nuevas especies y de la biodiversidad colombiana.

> Es objeto de la presente ley prevenir y controlar la contaminación del medio ambiente y buscar el mejoramiento, conservación y restauración de los recursos naturales renovables, para defender la salud y el bienestar de todos los habitantes del territorio nacional; Se consideran bienes contaminables el aire, el agua y el suelo[24].

24 Ley 23 de 19 de diciembre de 1973, *Diario Oficial*, n.° 34.001 de 17 de enero de 1974, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1579056], arts. 1.° a 3.°.

Decreto 2811 de 1974: este decreto sanciona la Ley 23 de 1973 y crea el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, estipulando el medio ambiente sano como derecho en su artículo 7.° y trata diferentes temas ambientales como el vertimiento de desechos, la contaminación, el ruido, el espacio medio ambiental, la territorialidad de la ley y los factores de deterioro ambiental.

Con este decreto, el marco jurídico colombiano se establece como pionero en el ámbito ambiental debido a que además del impacto social y cultural que el cuidado del medio ambiente inserta en la última parte de la década de los años 1970 y principios de 1980, se empieza a pensar en la sanción y en la regulación de un marco penal y disciplinario en contra de las acciones que deterioren el medio ambiente, este marco penal será tratado más adelante en los inicios del siglo XXI, con la Ley 599 de 2000, la cual expide el Código Penal colombiano.

> El ambiente es patrimonio común. El Estado y los particulares deben participar en su preservación y manejo, que son de utilidad pública e interés social. La preservación y manejo de los recursos naturales renovables también son de utilidad pública e interés social.
>
> Toda persona tiene derecho a disfrutar de ambiente sano.
>
> Se consideran factores que deterioran el ambiente entre otros: a) La contaminación del aire, de las aguas, del suelo y de los demás recursos naturales renovables[25].

Ley 9 de 1979: esta ley da prioridad a las medidas sanitarias en las cuales se establecen los usos del agua y la manera en la que pueden ser contaminadas, se empieza a hablar entonces del cuidado del agua y se contempla como un recurso no renovable, se habla del tratamiento de residuos tóxicos y del vertimiento de sustancias que alteren la calidad del agua.

> Para el control sanitario de los usos del agua se tendrán en cuenta las siguientes opciones, sin que su enunciación

25 Decreto 2811 de 18 de diciembre de 1974, *Diario Oficial*, n.° 34.243, de 27 de enero de 1975, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2811_1974.html], arts. 1.°, 7.° y 8.°.

> indique orden de prioridad: a) Consumo humano; b) Doméstico; c) Preservación de la flora y fauna; d) Agrícola y pecuario; e) Recreativo; f) Industrial; g) Transporte[26].

Ley 99 de 1993: con esta ley se crea el Ministerio del Medio Ambiente que nace con el objetivo de impulsar una relación de respeto y armonía del hombre con la naturaleza y de definir las regulaciones, leyes y políticas que sean requeridas para el cuidado y la preservación de la naturaleza, con la creación de este ministerio se adecúa también el Sistema Nacional Ambiental -SINA- que es el conjunto de normas, orientaciones, actividades, recursos y programas que permiten la puesta en marcha de los principios generales ambientales formulados antes por el marco internacional, acogidos y adecuados por el marco colombiano.

> El proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo.
>
> La biodiversidad del país, por ser patrimonio nacional y de interés de la humanidad, deberá ser protegida prioritariamente y aprovechada en forma sostenible[27].

Esta ley asume un rol importante en el desarrollo de las prácticas eco amigables y fomenta nuevas formas de producción y sostenibilidad basadas en los aportes internacionales que la Declaración de Río propuso en su momento, la creación del Ministerio de Ambiente supone una importancia gubernamental por el beneficio de todos los miembros del Estado, por tal motivo, al crear el ministerio se compone un eje de inversión mayor al cuidado del medio ambiente. De igual manera, es oportuno recalcar que, en este punto de la historia, la Constitución de 1991 ya era una realidad, por ende, el ministerio también

26 Ley 9 de 24 de enero de 1979, *Diario Oficial*, n.° 35.308 de 16 de julio de 1979, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1564714], art. 3.°.

27 Ley 99 de 22 de diciembre de 1993, *Diario Oficial*, n.° 41.146 de 22 de diciembre de 1993, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1635523], arts. 1.° y 2.°.

fue creado bajo la concepción de la garantía de los DDHH, los DESCA y la vida digna. De este mismo modo, la ley acoge los principios del derecho ambiental e interpone una institución que accione en pro de este para lograr los objetivos constitucionales.

Este apartado de la investigación es clave para poder exponer la historia de la legislación colombiana cuando concierne al medio ambiente, es claro que el jusambiental es un pilar fundamental para el cuerpo legislativo colombiano, y así mismo se evidencia en las prácticas de los mecanismos de control que han sido generados en pro del cumplimiento de los DESCA, en este punto es óptimo señalar a la ubicación de ellos en la constitución política de 1991; los DESCA se enuncian en sus capítulos II y III, además, a los derechos ambientales se les atribuye especial atención en los artículos 49, 58, 63, 72, 80 y 81.

Dicho lo anterior, es remarcable que los DESCA se enuncian como mecanismo de garantía de los DDHH que se exponen en el capítulo I de la Constitución. Haciendo un ejercicio epistemológico se puede encontrar la relación de ellos así:

El derecho a la vida es inviolable, se garantiza mediante el acceso a la salud, a un ambiente sano, a una vivienda, a un trabajo, entre otros[28]. Entonces, aquí se puede evidenciar la verdadera transversalidad de los DESCA y que estos están inmiscuidos en toda la legislación colombiana, debido a que cuando se cumple un derecho, de inmediato se conectan otros para ser cumplidos y al final poder garantizar el cumplimiento de un derecho humano.

IV. DE LOS DELITOS AMBIENTALES

Si bien a lo largo del capítulo se han mencionado múltiples mecanismos de protección y se ha expuesto la regulación interna que el marco jurídico colombiano tiene con respecto al derecho ambiental, es cierto que las fallas sistemáticas siempre van a dar queja, y los perpetradores de los delitos asumen un rol importante al momento de aprovechar los quiebres que el sistema puede tener.

28 GIANINA PODESTÁ. "Reforma o regresividad, los DESCA en la mira: sobre algunas modificaciones introducidas por la Ley N.° 19.889 (LUC) a la luz de los DESCA y los principios de progresividad y no regresividad", *Revista de Derechos Humanos*, n.° 2020, pp. 101 a 123, disponible en [https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/DDHH/article/view/1841].

El delito siempre fue una valoración de la conducta humana condicionada por el criterio ético de la clase que domina la sociedad[29]. Es decir, el que comete un delito actúa en contra de las normativas de un sistema. Ahora, cuando se habla de delitos ambientales se hace una anotación la cual define que el derecho penal no puede ser ajeno a un eje tan importante como lo es la protección del medio ambiente, por tanto, se dice que un delito ambiental es una acción cometida en contra de un bien jurídico[30], pues el marco legislativo subraya al medio ambiente como un bien público y le otorga derechos con el fin de protegerlo.

Con base en lo anterior, es pertinente exponer la tipificación de los delitos ambientales en el marco colombiano, y para esto se recurre a la Ley 599 de 2000, la cual da lugar a la creación del Código Penal, específicamente en el Título XI "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", en este título se tipifican como delitos ambientales:

- Ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables
- Violación de fronteras para la explotación de recursos
- Manejo ilícito de microorganismos nocivos
- Daños en los recursos naturales
- Contaminación ambiental
- Contaminación ambiental culposa por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo
- Experimentación ilegal en especies animales o vegetales
- Pesca ilegal

29 Jorge Machicado. *Concepto del delito*, La Paz, Apuntes Jurídicos, 2010, disponible en [https://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/concepto-delito.pdf].

30 Rocío del Pilar Torres Portilla. "Los delitos ambientales y la actuación procesal de los fiscales especializados en materia ambiental", *Derecho & Sociedad*, n.° 35, 2010, pp. 140 a 145, disponible en [https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13271].

- Caza ilegal
- Invasión de áreas de especial importancia ecológica
- Explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales (arts. 328 a 338, Código Penal).

Si bien la lista no es extensa, es clara y define de manera concisa las circunstancias en las cuales se comete este delito y establece la pena correspondiente a este.

V. AFECTACIÓN DE LOS DESCA POR LA PERPETRACIÓN DE DELITOS AMBIENTALES

Habiendo hecho el análisis jurídico de la legislación delictiva frente al medio ambiente, es posible inferir la afectación que los delitos ocasionan a los DESCA, ya que en su esencia misma contrarían los supuestos y los principios de los derechos, así mismo, se viola la legislación nacional e internacional y se vulneran directamente los DDHH. En este capítulo se investigó sobre la afectación que el delito de la contaminación ambiental tiene en el ser humano.

Se logró evidenciar que la contaminación ambiental se da por factores ajenos al medio sea físico, químico o biológico que son nocivos para la salud, la seguridad o el bienestar de la población, o perjudiciales para la vida animal o vegetal[31]. Las consecuencias de la contaminación son tan graves para el humano como para la naturaleza, pues, como se mencionó con anterioridad, el humano y la naturaleza coexisten en un mismo escenario que se sistematiza.

La investigación planteada por ESTRADA, GALLO y NÚÑEZ[32] indica que la contaminación del medio ambiente ocasiona fallas en los sis-

31 SAID HAMAD GOMEZ y ANGEL RABDEL RUIZ SALVADOR. *Contaminación ambiental*, Trillas, 1997, pp. 1.351 a 1.357, disponible en [https://www.upo.es/cms2/export/sites/facultades/guias-facultades/2021-22/2021-22_203028_GG_Vo_contaminacion-ambiental.pdf].

32 ABEL ESTRADA PANEQUE, MAIGRE GALLO GONZÁLEZ y ELISA NÚÑEZ ARROYO. "Contaminación ambiental, su influencia en el ser humano, en especial: el sistema reproductor femenino", *Revista Universidad y Sociedad*, vol. 8, n.° 3, 2016, pp. 80 a 86, disponible en [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202016000300010].

temas reproductivos humanos, en especial afectando al femenino debido a los agentes químicos expulsados al medio ambiente, que al ser artificiales creados con tóxicos químicos agreden la biología humana.

Por otro lado, en el reporte investigativo de Rodríguez se encontraron en el aire factores químicos, físicos y residuos biológicos de difícil dispersión que se ocasionan por las emisiones tóxicas en la transportación humana, generando así un problema de salubridad pública al enfrentar problemas respiratorios. La UNICEF también destacó los problemas que la contaminación ambiental pueden generar en la salud humana y clama por la infancia del mundo con el fin de "limpiar el aire"[33].

Los componentes nocivos para el ser humano se expelen de las industrias, el polvo, el vertido indiscriminado de residuos, la ganadería, la sobrepoblación, entre muchos otros factores. Estos componentes son: el ozono, óxido de nitrógeno, hidrocarburos aromáticos policíclicos, amonio, compuesto orgánicos volátiles[34].

Ahora, entendiendo toda la problemática que ocasiona el mal uso de los desechos y la contaminación del medio ambiente, es válido afirmar que los DESCA son vulnerados en diversas maneras como en el derecho a la salud, el derecho a un medio ambiente sano, el derecho a la calidad del aire, y fundamentalmente con estas transgresiones se atacan los DDHH a la vida digna, a la seguridad, y si se excava en las alteraciones al cuerpo humano que la contaminación acaece podría hablarse de tortura. Con todo esto, es clara la repercusión de la contaminación y de esta misma manera los otros delitos ambientales afectan los DESCA y correlativamente los DDHH. Así las cosas, es fundamental prever la regulación de los delitos ambientales con el fin de evitar la afectación del medio y garantizar su protección en el sistema.

En este punto es pertinente recalcar la más reciente regulación de los delitos ambientales sancionada el pasado 6 de agosto de 2021, se trata del Proyecto de ley n.° 446 de 8 de junio de 2021. Este proyec-

33 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Clear the air for the children*, Nueva York, UNICEF, 2016, disponible en [https://www.unicef.org/sites/default/files/2019-02/Clear_the_Air_for_Children_Executive_summary_ENG.pdf].

34 José Fernando Duque T. "Sobre los efectos de la contaminación atmosférica en la salud (basado en el texto Clean the air for children, UNICEF, 2016)", 2016, disponible en [https://www.eafit.edu.co/minisitios/calidad-aire/Documents/contaminacion-efectos-salud.pdf].

to de ley fue sancionado por la Presidencia de la República haciendo que se modifique el Título XI del Código Penal y también modifica la Ley 906 de 2004. Básicamente el objeto de la nueva ley es aumentar las circunstancias de agravación punitiva con el fin de resaltar la importancia de los ecosistemas, además, con la ley se tipifican nuevos delitos como la deforestación, su promoción y financiación, el tráfico de fauna, la financiación de la invasión de áreas de importancia ecológica y la apropiación ilegal de baldíos de la nación. Encimado a esto, la pena de estos delitos no será excarcelable, es decir no se puede tener la oportunidad de pagar una multa o una fianza como método para resarcir el daño.

Se añade además, que la oficina contra el crimen de fauna y flora de la ONU, señaló el año pasado que los delitos contra el ambiente, la fauna y la flora no solo afectan al medio, sino que también aseveran consecuencias negativas para la salud y vida humana, se indica que la pandemia por COVID-19 es el claro ejemplo de que el mal estado ambiental influye de manera consistente en el bienestar humano[35]. Es importante tener presente la relación biológica de la naturaleza y el hombre con el fin de comprender que lo que afecte a uno inmediatamente afectará al otro, debido a que conviven en el mismo escenario y se sustentan en el mismo sistema, en el cual ambos son sujetos de adjudicación de derechos con el fin de garantizar el bienestar del otro.

Sobre el tenor, es indispensable indicar que los delitos consumados en el medio ambiente han estado relacionados también por la proliferación de la violencia, como es el caso de los conflictos armados, que para el caso colombiano la afectación ha sido significativa y ha logrado poner en desequilibrio los ecosistemas o la relación simbiótica de los mismos. En efecto, las dinámicas del conflicto armado desde la posición territorial hasta la explotación del suelo, violentan los derechos de los desplazados[36] y así mismo afecta el espacio vital en el que

35 Adrián Giacchino, María Marcela Orozco, Claudio Bertonatti, Dante Luis Di Nucci, Marina Homberg y Hernán Ibáñez. *Covid-19: la pérdida de biodiversidad y el riesgo para la salud humana*, Buenos Aires, Fundación de Historia Natural Félix de Azara y Universidad Maimónides, 2020, disponible en [https://fundacionazara.org.ar/img/libros/biodiversidad-y-salud-humana-2020.pdf].

36 Paola Alexandra Sierra-Zamora, Andrés Eduardo Fernández Osorio y Tania Lucía Fonseca Ortiz. "El control de cultivos ilícitos en zonas donde se han registrado desplazamientos forzados", en Paola Alexandra Sierra-Zamora, Manuel Alexis Bermúdez Tapia e Ingrid

confluyen múltiples formas de vida de la fauna y la flora que se deben adaptar a cultivos ilícitos o a explotación indiscriminada, un punto de gran complejidad que se espera sea valorado en conjunto con la actual etapa posacuerdo[37], con las presuntas violaciones a derechos humanos y fundamentales[38].

CONCLUSIONES

Para hacer una conclusión, es aceptable recordar los aspectos relevantes de cada tema trabajado a lo largo de la investigación y por tanto es prudente resaltar el objetivo de la misma que era responder al interrogante: ¿cómo los DDHH que están relacionados al derecho ambiental se ven afectados cuando los DESCA son trasgredidos por los delitos ambientales? Comenzando por tratar el tema de contextualización concerniente al derecho ambiental, sus generalidades y principios. Aquí se pudo evidenciar que el derecho ambiental es una rama transversal del derecho que acoge temas del derecho administrativo, penal, internacional y público con el fin de garantizar la protección del medio ambiente y la naturaleza; luego, la funcionalidad de este es contribuir con el desarrollo de medidas que ayuden a la preservación del medio ambiente debido a que, sin estas, la relación sistemática del hombre y la naturaleza se vería transgredida a gran escala.

Luego se hizo un análisis de la normativa internacional, en el cual se observó que la legislación internacional propende otorgar medidas y soluciones a las problemáticas desde un punto de vista globalizado

Yuliana Arango Calderón (eds.). *Elementos judiciales y procesales en contextos de cambios sociales*, Bogotá, Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova", 2020, disponible en [https://librosesmic.com/index.php/editorial/catalog/view/42/49/1070].

37 Andrés Eduardo Fernández Osorio. "La implementación del Acuerdo de Paz con las FARC-EP: un estudio comparado desde la experiencia internacional", *Análisis Político*, vol. 32, n.° 95, 2019, pp. 104 a 124, disponible en [https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/80977].

38 Manuel Bermúdez Tapia y Paola Alexandra Sierra-Zamora. "La violación a los derechos humanos de las familias afectadas en conflictos armados internos en Colombia y Perú en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Direitos Sociais e Políticas Públicas*, vol. 7, n.° 3, 2019, pp. 547 a 569, disponible en [https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/673].

y así mismo aporta un precedente legislativo que se retoma a nivel interno en cada miembro del cuerpo internacional, además se contempló que el derecho ambiental tiene sus principios en este marco y que es un tema trabajado hace más de 40 años.

Después de esto se concibió un enfoque en el marco legislativo colombiano para entender la historia legal del derecho ambiental y observar la manera en la que ha llegado a funcionar como lo hace hoy en día, en este apartado también es importante resaltar que Colombia ha tenido una influencia muy grande por parte del marco internacional al momento de crear legislación respecto a temas y problemáticas globalizadas que este plantea, por tanto se concluye que el marco legislativo colombiano está bien desarrollado en cuanto al proteccionismo del medio ambiente y con la creación de los DESCA como herramienta garantista de los DDHH.

Posteriormente se trataron los delitos ambientales, su historia y su marco legislativo nacional. En este entorno fue posible encontrar la tipificación penal que existe en Colombia con la finalidad de combatir las agresiones al derecho ambiental. Además, se encuentra que los delitos ambientales trasgreden los principios del derecho ambiental, y con esto vulneran de forma directa los DESCA y por tanto los DDHH. Esto se encontró gracias al enfoque en el delito de la contaminación del medio ambiente, los frutos de este recorrido arrojaron que el derecho a la salud, a un ambiente sano, al transporte, entre otros, al ser vulnerados agreden los derechos humanos a la vida, a la seguridad y al trato digno.

Aclarado esto, se concluye la investigación afirmando que el derecho ambiental es una rama que le concierne a todos en el sistema, y que este ayuda a la armonía de los entes biológicos que lo componen como el hombre y la naturaleza, por tanto debe existir una regulación nacional e internacional que cobije la obediencia de las normas y garantice el cumplimiento de los DESCA velando siempre por la integridad de los principios universales de los DDHH, todo esto con el objetivo de tener una sociedad equilibrada en donde la vida digna sea ofrecida a todos los miembros del sistema.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Rojas, Grethel y Alejandro Iza. *Manual de Derecho Ambiental en Centroamérica*, San José, iucn, 2009.

Amaya Navas, Óscar Darío. *La constitución ecológica de Colombia*, 3.ª ed., Bogotá, Externado, 2016.

Aranda Ortega, Jorge. "Bermúdez Soto, Jorge (2014) 'Fundamentos de Derecho Ambiental', Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2a Edición. 549 páginas", *Revista de Derecho Ambiental*, n.° 5, 2015, pp. 155 a 157, disponible en [https://adnz.uchile.cl/index.php/rda/article/view/40260/41814].

Asamblea General de las Naciones Unidas. *Carta Mundial de la Naturaleza*, 28 de octubre de 1982, disponible en [https://www.rds.org.co/es/recursos/carta-mundial-de-la-naturaleza-1982].

Ballesteros Romero, Manuel Antonio. "La funcionalidad del derecho desde la noción de sistema", *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 20, n.° 38, 2020, pp. 95 a 106, disponible en [https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/ccsh/article/view/v20n38a07].

Bellorio Clabot, Dino. *Tratado de derecho ambiental*, Buenos Aires, Edit. Ad Hoc, 1997.

Bermúdez Tapia, Manuel y Paola Alexandra Sierra-Zamora. "La violación a los derechos humanos de las familias afectadas en conflictos armados internos en Colombia y Perú en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Direitos Sociais e Políticas Públicas*, vol. 7, n.° 3, 2019, pp. 547 a 569, disponible en [https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/673].

Black, Colin L. "Crímenes contra el medio ambiente en el contexto del derecho penal internacional", en *Foro Internacional "Once lecciones sobre justicia internacional"*, Zaragoza, España, 3 de abril de 2008.

Bruzón Viltres, Carlos Justo y Alcides Francisco Antúnez Sánchez. "Reflexiones en torno a la protección de los derechos humanos desde la perspectiva del derecho ambiental internacional", *Producción + Limpia*, vol. 7, n.° 2, 2012, pp. 106 a 117, disponible en [http://revistas.unilasallista.edu.co/index.php/pl/article/view/271].

Decreto 2811 de 18 de diciembre de 1974, *Diario Oficial*, n.° 34.243, de 27 de enero de 1975, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2811_1974.html].

Duque T., José Fernando. "Sobre los efectos de la contaminación atmosférica en la salud (basado en el texto Clean the air for children, UNICEF, 2016)", 2016, disponible en [https://www.eafit.edu.co/minisitios/calidad-aire/Documents/contaminacion-efectos-salud.pdf].

Dussan Calderón, Miller. "Acompañamiento al proceso organizativo de defensa de la cuenca del río Magdalena para la garantía y restablecimiento de los derechos humanos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales - DESCA: de los afectados por la política minera energética en el departamento de Huila", *Revista Proyección Social*, vol. 2, n.° 1, 2018, pp. 18 a 24, disponible en [https://journalusco.edu.co/index.php/rps/article/view/2369].

Dussel, Enrique. "Sistema mundo y transmodernidad", en Saurabh Dube, Ishita Banerjee Dube y Walter D. Mignolo (coords.). *Modernidades coloniales: otros pasados, historias presentes*, México D. F., El Colegio de México, Centro de Estudios de Asia y África, 2004.

Estrada Paneque, Abel; Maigre Gallo González y Elisa Núñez Arroyo. "Contaminación ambiental, su influencia en el ser humano, en especial: el sistema reproductor femenino", *Revista Universidad y Sociedad*, vol. 8, n.° 3, 2016, pp. 80 a 86, disponible en [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202016000300010].

Fernández Osorio, Andrés Eduardo. "La implementación del Acuerdo de Paz con las farc-ep: un estudio comparado desde la experiencia internacional", *Análisis Político*, vol. 32, n.° 95, 2019, pp. 104 a 124, disponible en [https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/80977].

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Clear the air for the children*, Nueva York, unicef, 2016, disponible en [https://www.unicef.org/sites/default/files/2019-02/Clear_the_Air_for_Children_Executive_summary_eng.pdf].

Fuentes Bodelón, Fernando. "Planteamientos previos a toda formulación de un derecho ambiental", *Documentación Administrativa*, n.° 190, 1981, pp. 113 a 132, disponible en [https://revistasonline.inap.es/index.php/da/article/view/4533].

García Henao, Lilibeth. "Teoría del desarrollo sostenible y legislación ambiental colombiana, una reflexión, cultural", *Revista de Derecho*, n.° 20, 2003, pp. 198 a 215, disponible en [https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/2894].

García Pachón, María del Pilar. *Régimen jurídico de los vertimientos en Colombia: análisis desde el derecho ambiental y el derecho de aguas*, Bogotá, Externado, 2017.

Giacchino, Adrián; María Marcela Orozco, Claudio Bertonatti, Dante Luis Di Nucci, Marina Homberg y Hernán Ibáñez. *Covid-19: la pérdida de biodiversidad y el riesgo para la salud humana*, Buenos Aires, Fundación de Historia Natural Félix de Azara y Universidad Maimónides, 2020, disponible en [https://fundacionazara.org.ar/img/libros/biodiversidad-y-salud-humana-2020.pdf].

Giannuzzo, Amelia Nancy. "Los estudios sobre el ambiente y la ciencia ambiental", *Scientiae Studia*, vol. 8, n.° 1, 2010, pp. 129 a 156, disponible en [https://www.scielo.br/j/ss/a/DcgkTxq9MkKhctCddkDnTmk/].

González Hernández, Marisol; Luis Abraham Paz Medina, Tania Lucía Fonseca Ortiz y Paola Alexandra Sierra-Zamora. "La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico mexicano: ¿eficacia plena?", en Paola Alexandra Sierra-Zamora, Manuel Alexis Bermúdez Tapia y Carolina Pedraza Mariño (eds). *Perspectivas en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario para el Ejército Nacional de Colombia*, Bogotá, Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova", 2020, disponible en [https://librosesmic.com/index.php/editorial/catalog/view/57/54/1388].

Gorosito, Ricardo. "Los principios del derecho ambiental", *Revista de Derecho*, n.° 16, 2017, pp. 101 a 136, disponible en [https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/1471].

Hamad Gómez, Said y Angel Rabdel Ruiz Salvador. *Contaminación ambiental*, vol. 14, n.° 5, Trillas, 1997.

Leal Esper, Yamal Elías. "Minería ilegal, conflicto armado y vulneración al medio ambiente", *Infometric@ - Serie Sociales y Humanas*, vol. 2, n° 1, 2019, pp. 21 a 43, disponible en [http://www.infometrica.org/index.php/ssh/article/view/44].

Ley 23 de 19 de diciembre de 1973, *Diario Oficial*, n.° 34.001 de 17 de enero de 1974, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1579056].

Ley 9 de 24 de enero de 1979, *Diario Oficial*, n.° 35.308 de 16 de julio de 1979, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1564714].

Ley 99 de 22 de diciembre de 1993, *Diario Oficial*, n.° 41.146 de 22 de diciembre de 1993, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1635523].

Ley 599 de 24 de julio de 2000, *Diario Oficial*, n.° 44.097 de 24 de julio de 2000, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1663230].

Ley 1333 de 21 de julio de 2009, *Diario Oficial*, n.° 47.417 de 21 de julio de 2009, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1677544].

Londoño Toro, Beatriz; Gloria Amparo Rodríguez y Giovanni Herrera Carrascal. *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006, disponible en [https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/8868].

Lozano Cutanda, Blanca. *Derecho ambiental administrativo*, Madrid, Dykinson, 2012.

Machicado, Jorge. *Concepto del delito*, La Paz, Apuntes Jurídicos, 2010, disponible en [https://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/concepto-delito.pdf].

Montoya Rave, Luz Amparo. "Aproximación a la percepción de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en los habitantes del barrio Santo Domingo Savio 1 de Medellín" (tesis de maestría), Medellín, Universidad Autónoma Latinoamericana, 2020, disponible en [http://repository.unaula.edu.co:8080/handle/123456789/1525].

Naciones Unidas. *Declaración de Estocolmo sobre el medio ambiente humano*, 16 de junio de 1972, disponible en [https://www.un.org/es/conferences/environment/stockholm1972].

Naciones Unidas. *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, 14 de junio de 1992, disponible en [https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm].

Navas Camargo, Fernanda y Jaime Cubides Cárdenas. "Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en periodo de posconflicto: un reto por cumplir", en Jaime Cubides Cárdenas y Tania Giovanna Vivas Barrera (eds.). *Responsabilidad internacional y protección ambiental*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2018, disponible en [https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/20304].

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *World Wildlife Crime Report: Trafficking in protected species*, Nueva York, Naciones Unidas, 2020, disponible en [https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/wildlife/2020/World_Wildlife_Report_2020_9July.pdf].

Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos. *Folleto informativo n.° 33: Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales*, ONU, diciembre de 2008, disponible en [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FS33_sp.pdf].

Organización de las Naciones Unidas. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, disponible en [https://www.refworld.org.es/docid/47a080e32.html].

Parsons, Talcott. *El sistema social*, José Jiménez Blanco y José Cazorla Pérez (trads.), Madrid, Edit. Revista de Occidente, 1966.

Pellón Arrechea, Alexis; Matilde López Torres, María del Carmen Lloréns Espinosa y Orestes González Díaz. "Propuesta para tratamiento de lixiviados en un vertedero de residuos sólidos urbanos", *Ingeniería Hidráulica y Ambiental*, vol. 36, n.° 2, 2015, pp. 3 a 16, disponible en [https://riha.cujae.edu.cu/index.php/riha/article/view/286].

Podestá, Gianina. "Reforma o regresividad, los DESCA en la mira: sobre algunas modificaciones introducidas por la Ley N.° 19.889 (LUC) a la luz de los DESCA y los principios de progresividad y no regresividad", *Revista de Derechos Humanos*, n.° 2020, pp. 101 a 123, disponible en [https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/DDHH/article/view/1841].

Rodas Monsalve, Julio César. *Responsabilidad penal y administrativa en derecho ambiental colombiano*, Bogotá, Externado, 2005.

Rodríguez Luzuriaga, Erik Jacinto. "Contaminación ambiental, ocasionada por las emisiones tóxicas de la transportación urbana, en el desarrollo humano del sector céntrico de Machala" (tesis de pregrado), Machala, Ecuador, Universidad Técnica de Machala, 2016, disponible en [http://repositorio.utmachala.edu.ec/handle/48000/9741].

Sierra Zamora, Paola Alexandra y Manuel Bermúdez Tapia. "La invisibilidad de la identificación de víctimas en las fuerzas militares y el inicio de una crisis en la defensa y seguridad nacional a raíz del Acuerdo de Paz", *Vniversitas*, vol. 69, 2020, pp. 1 a 12, disponible en [https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/30229].

Sierra Zamora, Paola Alexandra; Andrés Eduardo Fernández Osorio y Tania Lucía Fonseca Ortiz. "El control de cultivos ilícitos en zonas donde se han registrado desplazamientos forzados", en Paola Alexandra Sierra-Zamora, Manuel Alexis Bermúdez Tapia e Ingrid Yuliana Arango Calderón (eds.). *Elementos judiciales y procesales en contextos de cambios sociales*, Bogotá, Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova", 2020, disponible en [https://librosesmic.com/index.php/editorial/catalog/view/42/49/1070].

Sierra Zamora, Paola Alexandra; Tania Lucía Fonseca Ortiz y Julián Andrés Sánchez Tarazona. "Análisis de la hidroestrategia y el derecho humano al agua en Colombia", *Revista Científica General José María Córdova*, vol. 20, n.° 37, 2022, pp. 25 a 43, disponible en [https://revistacientificaesmic.com/index.php/esmic/article/view/811].

Torres Portilla, Rocío del Pilar. "Los delitos ambientales y la actuación procesal de los fiscales especializados en materia ambiental", *Derecho & Sociedad*, n.° 35, 2010, pp. 140 a 145, disponible en [https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13271].

CAPÍTULO QUINTO

Fuerza, resistencia y velocidad: ¿un impedimento para la justa competencia de los deportistas transgénero y su proyecto de vida digna? [1]

Claudia Karolina González Cabrera[2]

Juan Sebastián Valencia[3]

Fernanda Navas Camargo[4]

1 Capítulo de libro que presenta los resultados de investigación del proyecto: Retos y desafíos del Constitucinalismo Transformador, ela diálogo entre jueces y el derecho internacional del Grupo de Investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia vinculado al Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CISJUC) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, categorizado en A1 por Minciencias y con código de registro COL0120899. Los puntos de vista y los resultados de este artículo pertenecen a los autores y no reflejan necesariamente los de las instituciones participantes.

2 Abogada con grado de honor de la Universidad Católica de Colombia. Especialista en Protección de Datos de la Universidad Internacional de La Rioja, España. Estudiante de Maestría en Propiedad Intelectual y Derecho de las Nuevas Tecnologías de la Universidad Internacional de La Rioja, España. Correo [ckgonzalez95@ucatolica.edu.co] ORCID [https://orcid.org/0000-0003- 0866-6301].

3 Estudiante de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Correo [jsvalencia11@ucatolica.edu.co] ORCID [https://orcid.org/0000-0003-0608-2222].

4 Abogada de la Universidad Antonio Nariño y Administradora de Negocios Internacionales de la Universidad de La Sabana. Magíster en Administración de Empresas por la Universidad de Ciencias Aplicadas de Münster, Alemania. Doctora en Educación para la Integración y el Desarrollo Humano y Sostenible por la Universidad de Valladolid, España. Investigadora del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, clasificado en A1 ante Minciencias. Directora del programa de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Correo [jfnavas@ucatolica.edu.co] ORCID [https://orcid.org/0000-0002-4032-7070].

El presente trabajo no habría sido posible sin la ayuda de la Fundación Jóvenes en Diversidad Activa -JEDA-, a ellas y ellos, gracias. Nuestros mayores respetos, aprecio y admiración por el camino duro que han tenido que recorrer.

INTRODUCCIÓN

La "justa competencia" como principio dentro del contexto deportivo es sinónimo de todo lo bueno que emana de ese ámbito de la vida, en donde las disputas están ligadas a la recreación y al juego para luego derivar en una competencia. La primera parte de ese principio hace referencia a la justicia, lo que de manera conexa implica el pensar la actividad deportiva desde los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales -DESCA-; pues la salud y el bienestar se ubican en el centro del quehacer deportivo. Los DESCA tienen la intención de representar aquellos elementos básicos que requiere una persona para que consiga alcanzar un proyecto de vida digna sin importar su condición, raza o género. Se sabe, sin embargo, que la realidad ha demostrado que no siempre lo que se predica en el texto es posible llevarlo a la realidad y que es común encontrar que los intereses de las minorías queden en el olvido disminuyéndoles, de manera intencional o no, la condición humana más básica. Así las cosas, se hace oportuno plantear la pregunta cuyo propósito es entender de qué manera se presenta la vulneración de derechos a una mujer transgénero, que tras su proceso de transformación a mujer; ¿desea competir libremente dentro de un deporte que exija fuerza, resistencia y velocidad, pero se le impide hacerlo dentro de la categoría femenina?

Haciendo un análisis desde un enfoque multidisciplinario, que parte desde la perspectiva de los derechos de las personas transgénero y finaliza en cuanto a la necesidad de asegurar la justa competencia en el ámbito deportivo para toda aquella persona que quiere competir a nivel profesional; el presente capítulo expone los resultados de una investigación de índole sociojurídico que tras acudir al estudio de caso con población transgénero en la ciudad de Bogotá, aporta como conclusión que es necesario la creación de un comité interdisciplinario dentro del Comité Olímpico Internacional que analice de manera objetiva la particularidad de cada caso.

Se acude así mismo a la revisión de los documentos oficiales de los organismos encargados de regular la competencia justa y los datos

disponibles acerca de las diferencias en el desempeño deportivo en torneos de contacto e impacto, frente a los que no lo son. Es también propósito del presente trabajo, el hacer un llamado a la reflexión que permita dar a conocer algunos casos relevantes relacionados al ejercicio de derechos en deportistas transgénero, abarcando el ámbito internacional en distintas disciplinas deportivas y revisando sus casos más sonados.

Todo lo anterior, sin apartarse de los conceptos de derecho, libertad, consecución de un proyecto de vida digna y de justicia, así como de los compromisos convencionales que han hecho un llamado a la adecuación de los ordenamientos jurídicos internos en procura de la realización de ese proyecto de vida[5].

Son cuatro los apartados que conforman el presente documento, así: i) se inicia con una revisión conceptual acerca del deporte y de la persona trans, para sentar las bases comunes sobre las cuales se están abordando estos conceptos dentro el presente documento; ii) se revisa el marco normativo colombiano en lo referente a la práctica del deporte como derecho fundamental inherente a toda persona; iii) se comienzan a hacer las reflexiones en torno a lo que significa competir dentro del ámbito deportivo como persona transgénero, acudiendo a algunos casos de reconocimiento público; iv) se presentan extractos de las entrevistas realizadas a miembros de la población trans. Al final, se encuentran las conclusiones.

I. MARCO CONCEPTUAL DEL DEPORTE Y EL SER UNA PERSONA TRANS

A. Acerca del deporte

El deporte en la actualidad ha logrado tener un gran valor cultural y social a nivel mundial, que requiere de gran atención por las entidades

5 Jaime Cubides Cárdenas, Fernanda Navas Camargo, Diana Ortiz Torres y Antonio Fajardo Rico. "La libertad de expresión en Colombia: parámetros constitucionales y reglas jurisprudenciales", *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, vol. 8, n.° 2, 2020, pp. 500 a 562, disponible en [https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/834].

organizadoras de eventos deportivos con el fin de lograr el cumplimiento de las normas establecidas para su normal desarrollo. A su vez, se debe cumplir a cabalidad con el principio de orden, secuencia y lógica, donde se materializa la justa competencia deportiva. Lo anterior no habría de suponer ningún problema, pero se ha encontrado una falta de equilibrio en el acceso a estos principios, particularmente y como objeto de estudio en el presente documento, sobre la situación de los deportistas transgénero.

En este entendido, la competencia deportiva "es el acto donde los deportistas ponen a prueba sus capacidades, habilidades y destrezas adquiridas en su preparación, mediante su ejecución en el área o el espacio de la competencia frente a su oponente"[6]. La cual se evidencia en los eventos deportivos a nivel profesional, que es allí donde se compite por el honor de ser el mejor o el ganador de un título.

Además, se debe tener en cuenta la organización de las competencias deportivas que se denomina sistema de campeonato. Para Amaya Onate: "El sistema de campeonato es la manera como se estructuran y desarrollan las competencias entre los participantes de un evento deportivo para determinar el ganador o la clasificación final del mismo"[7], los que se deben diseñar conforme al principio de orden, secuencia y lógica para que el resultado sea calificado de manera justa y correcta a los deportistas que participan en este tipo de eventos.

Ahora bien, es necesario definir el concepto de deportista, o quien es catalogado como tal, hay expertos que consideran al deporte como un trabajo y al deportista como un trabajador, teniendo en cuenta que entre estos dos agentes existe una relación de carácter especial[8].

La Carta Europea del Deporte lo define como "todo tipo de actividades físicas que, mediante una participación, organizada o de otro tipo, tengan por finalidad la expresión o la mejora de la condición física y psíquica, el desarrollo de las relaciones sociales o el logro de resultados en competiciones de todos los niveles"[9]. Es entonces que

6 Jorge Eliécer Amaya Onate. "Orden, secuencia y lógica de los torneos deportivos", *EFDeportes.com, Revista Digital*, año 18, n.° 181, 2013, disponible en [https://efdeportes.com/efd181/logica-de-los-torneos-deportivos.htm].

7 Ídem.

8 Emilio Basauli Herrero y Francisco Pérez Amorós. *La invalidez permanente de los deportistas profesionales*, Bellaterra, Universitat Autònoma de Bellaterra, 2005.

9 Carlos Manuel Diazgranados Quimbaya y Tary Cuyana Garzón

se caracteriza como actividad física, siendo o no una actividad competitiva, lo que regularía también el ámbito educativo y cultural, abarcando incluso un aspecto personal individual ligado a la vida digna y los DESCA.

A su vez, el principio de equidad puede ser interpretada como justicia socialmente aceptada, que se aplica a las interacciones sociales y culturales. El juego limpio tiene una aplicación más específica, como en las interacciones experimentadas del deporte y el juego. Los componentes formalizados de la justicia, como la equidad, la honestidad, la imparcialidad y el grupo de aceptabilidad, pueden o no atribuirse al "juego limpio", según la comprensión que se le dé a este término. Si bien se han defendido varios significados del juego limpio, la mayoría de ellos "se pueden agrupar en torno a seis temas: a) Mezcla de virtudes, b) Lemas, c) Declaraciones de desagrado y aprobación, d) Medios para fines apropiados, e) Sistema de reglas, f) Preocupación por los demás"[10].

Es importante mencionar que cierto sector de la doctrina ha adoptado los últimos tres conceptos ya que se consideran más útiles, por lo cual deben ser incluidas en los programas deportivos, así como un examen e investigación más profundos.

B. La persona trans

A lo largo de la historia, y hasta hace muy poco, la sociedad catalogaba a las personas trans, como personas enfermas desde el momento en que expresan una identidad fuera de los géneros comúnmente establecidos o culturalmente dominantes, por lo que también se ha definido como una enfermedad o estado anormal, la cual puede ser provocada por causas conocidas o desconocidas[11].

LANDÍNEZ. *Régimen laboral del derecho deportivo colombiano*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015, disponible en [https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14423/4/regimen-laboral-del-derecho-deportivo-colombiano.pdf].

10 DUANE COVRIG. "Sport, fair play, and children's concepts of fairness", *Journal for a Just and Caring Education*, vol. 2, n.° 3, 1996, pp. 263 a 282, disponible en [https://www.researchgate.net/publication/234713484_Sport_Fair_Play_and_Children's_Concepts_of_Fairness].

11 MARÍA ELENA MARTÍNEZ DE RING. "Transgénero, no es una enfermedad", *Revista Cubana de Salud Pública*, vol. 45, n.° 4, 2019, disponible en [http://www.revsaludpublica.sld.cu/index.php/spu/article/view/1540/1331].

Por otro lado, se entiende que el término transgénero está referido a un espectro amplio de individuos que transcienden o que de forma permanente se identifican con un género diferente al que le fue asignado al nacer, según su sexo biológico[12].

Es entonces que, de conformidad con todas las definiciones antes expuestas, se puede afirmar que un deportista transgénero, es aquella persona que practica algún deporte de manera profesional en una categoría en dónde se identifica con un género diferente al que le fue asignado al nacer, según su sexo biológico y que, por ningún motivo, debería ser catalogado como enfermo. Además, por esta razón debe someterse a tratamientos médicos con el fin de cambiar su sexo/género biológico para participar en las categorías donde realmente se identifica.

A su vez, se entenderá que la justa competición deportiva en el ámbito de deportistas transgénero es el conjunto de valores que deben cumplir dichos deportistas a la hora de enfrentarse en competencias de alto nivel deportivo, tales como el juego limpio, equidad, respeto, honor e igualdad de condiciones permitiendo su participación es este ámbito.

II. NORMATIVIDAD DEPORTIVA VIGENTE EN COLOMBIA

Ingresando en el ámbito legal y normativo, se debe definir el concepto de derechos fundamentales. La RAE los define como:

> Derecho de una persona o de un ciudadano, que emana de la dignidad humana, del libre desarrollo de la personalidad y de otros valores; se ejerce individualmente o de forma colectiva. Sus contenidos vinculan a todos los poderes públicos; su reconocimiento se establece en normas dotadas de

12 Mauro Cabral. "La paradoja transgénero", en Carlos F. Cáceres, María Esther Mogollón, Griselda Pérez Luna y Fernando Olivos (eds.). *Sexualidad, ciudadanía y derechos humanos en América Latina: un quinquenio de aportes regionales al debate y la reflexión*, Lima, Instituto de Estudios en Salud, Sexualidad y Desarrollo Humano y Universidad Peruana Cayetano Heredia, 2011, disponible en [https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/52906].

> supremacía material y su regulación y restricción vienen reservadas en la ley, que ha de respetar el contenido esencial.

Del anterior concepto se infiere que los derechos fundamentales son aquellos privilegios o garantías que son inherentes a todas las personas, y que están consagrados en el ordenamiento jurídico de un país, más específicamente en la Constitución de cada Estado, sin perjuicio que se plasmen en otras normas. Los derechos fundamentales se derivan directo de los derechos humanos; sin embargo, son dos conceptos totalmente diferentes, ya que los derechos humanos son universales mientras que los derechos fundamentales solo se enmarcan en el territorio al cual pertenecen las leyes que los contemplan.

Para el caso de Colombia, en la Constitución Política de 1991 se encuentra consagrado el deporte en su artículo 52, modificado por el artículo 1.° del Acto Legislativo 2 de 2000, donde se estableció que "el ejercicio del deporte, sus manifestaciones recreativas competitivas y autóctonas tienen como función la formación integral de las personas, preservar y desarrollar una mejor salud en el ser humano. El deporte y la recreación forman parte de la educación y constituyen gasto público social", por ende, se reconoce el derecho de todas las personas a la recreación, a la práctica del deporte y el aprovechamiento del tiempo libre.

Por lo que el Estado colombiano está en la obligación de fomentar estas actividades e inspeccionar, vigilar y controlar las organizaciones deportivas y recreativas, tanto su estructura como su propiedad deberán ser democráticas.

Sumado a lo anterior, la jurisprudencia ha expresado que el objetivo de la seguridad social es:

> Propiciar la prosperidad de los asociados con apoyo en los programas que desarrollen los distintos gobiernos [...] y a ofrecerles unas condiciones mínimas de existencia y recreación social que le permitan desarrollarse física y psicológicamente en forma libre y adecuada, facilitando de este modo su total integración a la sociedad[13].

13 Pedro Alfonso Pabón Parra. *Constitución política de Colombia esquemática*, Bogotá, Grupo Editorial Lecce, 2011.

Al respecto, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el deporte como un derecho fundamental para las personas, mediante la Sentencia T-242 de 2016, donde se expresa que:

> (i) es indispensable para que el individuo desarrolle su vida dignamente;
>
> (ii) se relaciona con los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la educación, a la libre asociación, a la salud y al trabajo;
>
> (iii) conlleva las obligaciones correlativas a cargo del Estado, de fomentar el deporte y velar porque su práctica se lleve a cabo de conformidad con principios legales y constitucionales; y
>
> (iv) se garantiza también a través de las organizaciones deportivas y recreativas, las cuales constituyen medios eficaces para la realización de los fines sociales y de los derechos constitucionales de las personas[14].

Bajo estas premisas, es indispensable que se les integre a las personas transgénero en las distintas actividades deportivas, con el fin de permitirles su participación en el deporte sin ningún tipo de discriminación, conservando los preceptos de igualdad de condiciones en las competencias deportivas de una manera justa. Teniendo en cuenta que se cuestionan a estos deportistas cuando pretenden ingresar a participar en competencias deportivas de índole profesional porque de cierta manera podrían tener una presunta ventaja frente a los otros competidores.

Continuando con la línea normativa, se encuentra que en Colombia se han emitido varias leyes al respecto, así:

- Ley 181 de 1995 "Por la cual se dictan disposiciones para el fomento del deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la educación física y se crea El Sistema Nacional del Deporte"[15].

14 Sentencia T-242 de 16 de mayo de 2016, M. P.: Gloria Stella Ortiz Delgado, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-242-16.htm].

15 Ley 181 de 18 de enero de 1995, *Diario Oficial*, n.° 41.679, de 18 de enero

- Ley 582 de 2000 "Por medio de la cual se define el deporte asociado de personas con limitaciones físicas, mentales o sensoriales, se reforma la Ley 181 de 1995 y el Decreto 1228 de 1995, y se dictan otras disposiciones"[16].

- Ley 49 de 1993 "Por el cual se establece el Régimen Disciplinario en el Deporte"[17].

- Ley 845 de 2003 "Por la cual se dictan normas de prevención y lucha contra el dopaje, se modifica la Ley 49 de 1993 y se dictan otras disposiciones"[18].

- Ley 1207 de 2008 "Por medio de la cual se aprueba la "Convención Internacional Contra el Dopaje en el Deporte", la cual fue aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura –UNESCO– en París, el 19 de octubre de 2005[19].

Analizando esta legislación, el deporte ha sufrido varias transformaciones normativas por lo que la vigente es la Ley 1445 de 2011, "La cual modifica la Ley 181 de 1995 y se dictan otras disposiciones"[20].

Los aspectos más relevantes de esta norma es que las funciones de inspección, vigilancia y control sobre los organismos deportivos y demás entidades que integran el Sistema Nacional del Deporte, la

de 1995, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1654141].

16 Ley 582 de 8 de junio de 2000, *Diario Oficial*, n.° 44.040, de 12 de junio de 2000, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1662973].

17 Ley 49 de 4 de marzo de 1993, *Diario Oficial*, n.° 40.781, de 8 de marzo de 1993, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1603756].

18 Ley 845 de 21 de octubre de 2003, *Diario Oficial*, n.° 45.348, de 22 de octubre de 2003, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1669525].

19 Ley 1207 de 14 de julio de 2008, *Diario Oficial*, n.° 47.050, de 14 de julio de 2008, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1675558].

20 Ley 1445 de 12 de mayo de 2011, *Diario Oficial*, n.° 48.067, de 12 de mayo de 2011, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1680648].

ejerce El Instituto Colombiano del Deporte -COLDEPORTES- que en la actualidad es el Ministerio del Deporte, es decir, el deporte cuenta una máxima autoridad que lo dirige y es responsable de que los derechos de todos los deportistas se cumplan.

Por su lado, la Ley 1967 de 2019 "Por la cual se transforma el Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre (Coldeportes) en el Ministerio del Deporte"[21], tiene como objetivo principal formular, adoptar, dirigir, coordinar, inspeccionar, vigilar, controlar y ejecutar la política pública, planes, programas y proyectos en materia del deporte, recreación, aprovechamiento del tiempo libre y la actividad física.

En el mismo sentido, se encuentran los siguientes decretos que son de vital importancia para el desarrollo del tema en cuestión:

- Decreto 1228 de 1995 "Por el cual se revisa la legislación deportiva vigente y la estructura de los organismos del sector asociado con el objeto de adecuarlas al contenido de la Ley 181 de 1995"[22].

- Decreto 407 de 1996 "Por el cual se reglamenta el otorgamiento de personería jurídica y reconocimiento deportivo a los organismos deportivos que integran el Sistema Nacional del Deporte"[23].

- Decreto 641 de 2001 "Por el cual se reglamenta la Ley 582 de 2000 sobre deporte asociado de personas con limitaciones físicas, mentales o sensoriales"[24].

- Decreto 900 de 2010 "Por medio de la cual se da cumplimiento a la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte aprobada

21 Ley 1967 de 11 de julio de 2019, *Diario Oficial*, n.° 51.011, de 11 de julio de 2019, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30036633].

22 Decreto 1228 de 18 de julio de 1995, *Diario Oficial*, n.° 41.933, de 18 de julio de 1995, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1247987].

23 Decreto 407 de 28 de febrero de 1996, *Diario Oficial*, n.° 42.735, de 5 de marzo de 1996, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1091836].

24 Decreto 641 de 16 de abril de 2001, *Diario Oficial*, n.° 44.394, de 20 de abril de 2001, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1137181].

por la Conferencia General de la Unesco el 19 de octubre de 2005 en París, adoptada por Colombia mediante la Ley 1207 de 2008, y se derogan otras disposiciones"[25].

- Decreto 4183 de 2011 "Por el cual se transforma al Instituto Colombiano del Deporte -COLDEPORTES-, establecimiento público del orden nacional en el Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre –COLDEPORTES– y se determina su objetivo, estructura y funciones"[26].

Por último, la Resolución 1440 de 2007 "Por la cual se fijan los criterios y el procedimiento para la vinculación de nuevos deportes en sistema nacional del deporte"[27] se encuentra todo lo relacionado con que una actividad física sea catalogada como deporte en Colombia. Una vez se cumplan todos los requisitos y se realice todo el procedimiento establecido en dicha norma el Ministerio del Deporte analiza y emite un concepto técnico acerca de la actividad para que pueda ser considerado como tal.

Es importante resaltar que en la Ley 181 de 1995 se establece como está constituido el deporte en el país, estipulado en su artículo 51 así:

> ... Los niveles jerárquicos de los organismos del Sistema Nacional del Deporte son los siguientes:
>
> *Nivel Nacional*. Ministerio de Educación Nacional, Instituto Colombiano del Deporte -COLDEPORTES-, Comité Olímpico Colombiano, federaciones deportivas nacionales y Comité Paralímpico Colombiano (este último adicionado por el art. 6.° de la Ley 582 de 2000).

25 Decreto 900 de 18 de marzo de 2010, *Diario Oficial*, n.° 47.656, de 19 de marzo de 2010, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1187070].

26 Decreto 4183 de 3 de noviembre de 2011, *Diario Oficial*, n.° 48.242, de 3 de noviembre de 2011, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1879461].

27 Resolucion 1440 de 14 de diciembre de 2007, *Diario Oficial*, n.° 46.849, de 21 de diciembre de 2007, disponible en [https://www.avancejuridico.com/actualidad/documentosoficiales/2007/46849/r_coldeportes_1440_2007.html].

> *Nivel Departamental*. Entes deportivos departamentales, ligas deportivas departamentales y clubes deportivos.
>
> *Nivel Municipal*. Entes deportivos municipales o distritales, clubes deportivos y comités deportivos.
>
> *Parágrafo*. Las demás entidades de carácter público, privado o mixto que hacen parte del Sistema Nacional del Deporte, concurrirán al nivel jerárquico correspondiente a su propia jurisdicción territorial y ámbito de actividades... (cursiva fuera del texto)[28].

De lo anterior se percibe que el deporte en Colombia está debidamente estructurado y legalizado, razón por la cual se permite exigir la protección de los derechos fundamentales de los deportistas transgénero, siempre y cuando se cumpla con la justa competencia sin vulnerar los derechos de los demás deportistas en términos de igualdad de condiciones.

III. LAS MUJERES TRANSGÉNERO DEPORTISTAS ¿COMPITEN EN IGUALDAD DE CONDICIONES QUE LAS MUJERES BIOLÓGICAS?

Las personas que se autoperciben con el sexo contrario al biológico tienen los mismos derechos que tiene una persona que no es sujeto de esta distinción. Por ejemplo, el derecho a participar en las distintas actividades deportivas, ya sea como un simple juego o como deporte de alta competitividad. Lo anterior da apertura a un debate en diferentes esferas y un choque entre derechos que vale la pena analizar, por esto se cuestiona: ¿de qué forma se vulneran los derechos a la justa competencia en los deportes que exigen fuerza, resistencia y velocidad, cuando una mujer transgénero ingresa a competir en las categorías femeninas?

Cuando una persona que ha nacido con el sexo biológico masculino se autopercibe como mujer y manifiesta su voluntad de participar en categorías femeninas en torneos de alto nivel competitivo, en de-

28 *Diario Oficial*, n.° 41.679, cit.

portes que requieren fuerza, velocidad y resistencia, pero además son individuales; encuentra resistencia. A continuación, algunos ejemplos:

– Fallon Fox fue la primera mujer transgénero en ingresar a competir en las categorías femeninas en la división de peso gallo (66 kg) de la UFC de 2014. En la actualidad la luchadora tiene un récord de 5-1 como profesional en las artes marciales mixtas[29]. El combate más mediático fue contra la luchadora Tamikka Brents, quien después de dos minutos en el octágono fue derrotada de manera contundente y además le propinó varias fracturas craneales. Debido a que Fallox Fox es una mujer transgénero, se generaron varias críticas de profesionales del mismo deporte, quienes no concebían el ingreso de un "hombre" en las categorías femeninas[30]. En este momento, el caso no tiene relevancia jurídica ya que Brents no presentó ningún tipo de denuncia o mecanismo judicial en contra de Fox[31]. Sin embargo, si hubo pronunciamientos de otros deportistas que aseguraban no encontrar justa la competencia.

– Caster Semenya, mujer atleta con una condición natural llamada hermafroditismo, también da su punto de partida para el análisis de las personas que por percepción o diferentes mutaciones genéticas, puedan desequilibrar el balance de la justa competencia en los diferentes deportes. Esta atleta, nace con un trastorno de hiperandrogenismo, el cual hace que su cuerpo produzca un 12% más de testosterona que las mujeres promedio[32].

Debido a lo anterior, la Federación Internacional de Atletismo –IAAF–, ha establecido ciertos parámetros a Caster Semenya en las

29 "Fallon Fox", en *ESPN.com*, disponible en [https://www.espn.com.co/mma/peleador/_/id/3028093/fallon-fox].

30 Y. Fernández. "Acerca de Fallon Fox", *Her Game*, 3 de mayo de 2019, disponible en [https://hergame6.wordpress.com/2019/05/03/acerca-de-fallon-fox-y-lo-que-supone-la-mezcla-de-la-etica-civica-con-los-reglamentos-deportivos/].

31 José Luis Pérez Triviño. "El caso Semenya: de la injusticia a la liberalización del dopaje", *El País*, 3 de mayo de 2019, disponible en [https://elpais.com/deportes/2019/05/02/actualidad/1556816561_218331.html].

32 Sergio Heredia. "¿Mujer? ¿Hombre? ¿Qué es Semenya?", *La Vanguardia*, Barcelona, 12 de mayo de 2019, disponible en [https://www.lavanguardia.com/deportes/20190512/462183982062/semenya-que-es-atleta-hombre-mujer.html].

diferentes categorías de competiciones de atletismo. En las competiciones de 100 y 5.000 metros, podría competir sin ningún tipo de restricción, sin embargo, Caster Semenya es una de las mejores atletas de los últimos años en categorías femeninas, por lo cual la federación le impone tratarse con medicamentos a fin de regular la testosterona en la sangre hasta el nivel de cinco nanomoles por litro, para que se le permita competir en la categoría de los 800 metros[33].

Así como Semenya, existen muchas otras personas con desórdenes hormonales de carácter natural y se seguirán presentando casos en todo el mundo, por lo que es pertinente hacer un análisis preciso al respecto con el fin de no vulnerar la justa competencia en el deporte mundial.

A. De la situación en otros deportes y la importancia de las cifras

Desde la perspectiva del tenis como deporte, que por regla general es individual, exigiendo características por encima de la táctica y la estrategia. No es una novedad catalogarlo como un deporte de altas tasas de exigencia, teniendo en cuenta todo su desarrollo, la duración de cada partido, entre otros. Para ello, los tenistas profesionales deben enfrentarse a un campo con 23,77 metros de largo por 8,23 de ancho, según la Federación Internacional de Tenis -itf-.

En cuanto a la diferencia de capacidades físicas entre las mujeres y los hombres, estas se encuentran bajo la supervisión de distintas organizaciones encargadas de regular los aspectos diferenciales que conlleva este deporte. En este aspecto se pronuncia el doctor Miguel Crespo, donde menciona que una de las características más importantes, por ende, diferenciales en términos del género, es la condición física, destacando la importancia de tener una excelente coordinación, velocidad, fuerza, resistencia, agilidad y flexibilidad[34].

Manteniendo estos términos diferenciales en cuanto al género de manera individual, se evidencia que, en el 2018, la categoría masculina del tenis estableció un récord en el servicio más fuerte de la historia

33 Pérez Triviño. "El caso Semenya: de la injusticia a la liberalización del dopaje", cit.

34 Miguel Crespo. "Características específicas del tenis", *Congreso Entrenadores Colombia*, enero de 2000, disponible en [http://www.miguelcrespo.net/articulos/Crespo.%20Caracteristicas%20especificas%20del%20tenis%20-%20Colombia.pdf].

de este deporte a nivel mundial, con una velocidad de 263 kilómetros por hora, logrado el australiano Samuel Groth, superando al croata Ivo Karlovic, que lo mantenía en 251 kilómetros por hora[35].

Por otra parte, se encuentra que, en el tenis femenino, la situación es diferente ya que el récord lo presume la tenista española Georgina García Pérez, con una velocidad de 220 kilómetros por hora[36].

Bajo estos supuestos estadísticos, se puede identificar una gran diferencia física, en específico en relación con la fuerza del servicio entre los dos géneros, donde existe una indudable ventaja entre los hombres y las mujeres deportistas de tenis a nivel profesional de hasta 43 km por hora aproximadamente.

En este mismo sentido, se encuentra un estudio de modelos de dos factores con cargas cruzadas, informativas, y no informativas. El cual tiene como objetivo principal, analizar la validez de la pmsc (escala pictográfica de percepción de la competencia motriz) y la percepción de competencia motriz (cm) de esos niños y niñas en función del género. El muestreo se realizó con 361 niños y niñas (55,7% niños) de entre cuatro y 11 años de edad, dando como resultado que, según el género, los niños puntuaron más alto en percepción de habilidades de balón, de locomoción y la pmsc total que las niñas ($p < ,05$). Estos resultados ofrecen evidencias de validez de constructo y fiabilidad de los dos factores de la pmsc alineados con el tgmd-3 en habilidades de locomoción y balón[37].

Por su parte, el Comité Olímpico Internacional -coi-, se ha pronunciado sobre el caso de los deportistas transgénero, exigiendo un tratamiento en específico con hormonas para la regulación de la testosterona, que es la principal hormona en los hombres. Esta hormona

35 Tomás de Cos. "Récord mundial de saque en tenis: ¡263 km/h! de Samuel Groth", *As.com*, 10 de junio de 2018, disponible en [https://as.com/tenis/2012/05/12/mas_tenis/1336773603_850215.html].

36 "Georgina García, al cuadro final con un saque de ¡220 km/h!", *As.com*, 19 de febrero de 2018, disponible en [https://as.com/tenis/2018/02/19/mas_tenis/1519066229_006458.html].

37 Isaac Estevan, Javier Molina García, Ana Queralt, Steve J. Bowe, Gavin Abbott y Lisa M. Barnett. "La nueva versión de la escala pictográfica de Percepción de Competencia de Habilidades Motrices en niños y niñas españoles: evidencias de validez y fiabilidad", *ricyde. Revista Internacional de Ciencias del Deporte*, vol. 15, n.° 55, 2019, pp. 35 a 54, disponible en [https://www.cafyd.com/REVISTA/ojs/index.php/ricyde/article/view/1538/592].

tiene como función primaria el desarrollo de los músculos, y por esa razón los hombres desarrollan una mayor cantidad de masa muscular. Lo anterior genera una serie de interrogantes, como por ejemplo: ¿en un deporte que exija fuerza, velocidad y resistencia extrema, existiría una desigualdad de condiciones cuando un hombre transgénero ingresa a competir en categorías femeninas en torneos de alta competitividad?, también ¿al realizarse el tratamiento hormonal para reducir los niveles de testosterona en un hombre transgénero, se estaría en igualdad de condiciones con una mujer biológica?

Frente a esta situación, se han presentado varias críticas, pero se percibe con más fuerza esta discriminación cuando existe un cambio de hombre biológico con una transición a una mujer para competir en las categorías femeninas, ya que habría una presunta ventaja en dicha categoría.

Es indispensable mencionar que se han tenido en cuenta varios testimonios de personas expertas en el tema de deportistas transgénero en la competición de alto rendimiento, quienes apoyan esta postura. Como por ejemplo lo menciona Ospina[38], el 30 de enero de 2015 se encuentran estudios realizados por los doctores Joanna Harper y Stéphane Bermont, los testimonios de los profesores Thomas Murray, Arne Ljungqvuist, María José Martínez Patiño y la señora Paula Radcliffe, donde demuestran que los deportistas transgénero no tienen ventaja alguna frente a sus rivales, razón por la cual es una clara violación a los derechos fundamentales a estos deportistas impedirles continuar con su desempeño deportivo.

En este aspecto, se tomará como referencia el estudio de la Dra. Joanna Harper, quien es física médica transgénero del Centro Médico Providence en Oregón, Estados Unidos, donde asegura con sus estudios que, especialmente en el proceso de cambio de un hombre biológico a una mujer transgénero, existen ciertos cambios de manera acelerada por ende extremos al reducir de manera significativa sus niveles de testosterona para competir conforme a los lineamientos del Comité Olímpico Internacional -coi-, los cuales reflejan gran incidencia en su rendimiento deportivo, por lo tanto no es razonable comparar

38 Jonathan A. Ospina Betancurt. "Controles de sexo, género, hormonales y la inelegibilidad de las mujeres con hiperandrogenismo en el deporte femenino de alto nivel" (tesis de doctorado), Madrid, Universidad Politécnica de Madrid, 2017, disponible en [https://oa.upm.es/47157/1/JONATHAN_ANDRES_OSPINA_BETANCURT.pdf].

las ventajas que aportan la condición física de una mujer transgénero con los niveles de testosterona. Concluyendo que la testosterona es el único factor que se debe tener en cuenta al momento de realizar una diferenciación del rendimiento deportivo entre sexos, es así como el nivel de testosterona funcional es el mejor criterio para determinar la elegibilidad en las competiciones femeninas. Por último, se afirma que la mejor manera de lograr la igualdad de condiciones para estas deportistas es exigir que todas ellas, sean hormonalmente similares[39].

De acuerdo con lo anterior, se colige que hay un desconocimiento latente y generalizado del tema, lo que genera grandes vacíos. En dado caso hipotético que dicha superioridad o ventaja injusta fuese real, los atletas transgénero ya serían reconocidos como campeones mundiales en muchos deportes donde podrían apreciarse en gran magnitud aquellas características físicas ventajosas; mujeres transgénero deportistas como Antia Fernández serían la campeonas del voleibol femenino o Fallon Fox estaría debutando como líder en su categoría en las Artes Marciales Mixtas, pero la realidad es que a pesar de ser destacadas no ostentan todos los títulos, ni el liderazgo en sus categorías.

Por otro lado, fue en 2015 donde el COI establece nuevas disposiciones sobre la participación de los deportistas transgénero. Una de las modificaciones más significativas fue la eliminación de la exigencia a realizar el cambio de genitalidad incluyendo intervenciones quirúrgicas, previo a competencia, ya que no es necesario para preservar la competencia leal y puede ser incompatible con la concepción de derechos humanos. Es así que este organismo plantea que los hombres transgéneros no tienen ninguna restricción al considerar que no hay ventaja física alguna.

Diferente es en el caso de mujeres transgénero, ellas deben:

> 2.1. Que el atleta haya declarado que su identidad de género es femenina. La declaración no puede ser modificada, con fines deportivos, por el mínimo de cuatro años.
>
> 2.2. El atleta debe demostrar que el nivel total de su testosterona en suero ha estado por debajo de los 10 nmol/L[40]

39 Ídem.

40 El indicador 10 nmol/L hace referencia a 10 nanomoles (cantidad de una sustancia igual a una billonésima de mol) por litros. Es la medida que se utiliza para indicar la cantidad de testosterona en sangre.

> durante al menos 12 meses antes de su primera competencia (con el requisito de que por un periodo más prolongado se basaría en una evaluación de cada caso en particular, considerando si 12 meses es o no un periodo de tiempo suficiente para minimizar cualquier ventaja en la competencia femenina).
>
> 2.3. El nivel total de testosterona en suero debe permanecer debajo de los 10 nmol/L durante el periodo de elegibilidad deseada para competir en la categoría femenina.
>
> 2.4. El cumplimiento de estas condiciones puede monitorearse mediante pruebas. En el caso de incumplimiento, la elegibilidad del atleta para una competencia femenina será suspendida por 12 meses...[41].

Como ya es conocida la existencia de diferencias de género en cuanto a elementos morfo-fisiológicos como la estatura, las longitudes de sus extremidades, etc. Por lo general, en los hombres es mayor que en las mujeres, y que en algunos deportes (como el voleibol, el baloncesto, el boxeo, las artes marciales mixtas y en general los deportes de contacto) podría influir, pero como destaca el Dr. Reesern en 2005, la parte física no es el único factor influyente en los deportes, también es conocido que el entrenamiento, la efectividad y la inteligencia técnico-táctica de los deportistas regulan muchos de los triunfos competitivos[42].

Si bien es cierto, este tema se ha desarrollado en torno a los principios del juego justo y la equidad, teniendo en cuenta las ventajas competitivas que podrían tener estas deportistas transgénero con características superiores, sin embargo, las organizaciones que tienen la competencia para regular estos temas, han optado por tener como

41 International Olympic Committee. "ioc Consensus Meeting on Sex Reassignment and Hyperandrogenism", Lausana, Suiza, oic, noviembre de 2015, disponible en [https://stillmed.olympic.org/Documents/Commissions_PDFfiles/Medical_commission/2015-11_ioc_consensus_meeting_on_sex_reassignment_and_hyperandrogenism-en.pdf].

42 Junny González Garzón. "Educación física y deporte trans-formado", *Praxis, Educación y Pedagogía*, n.° 4, 2019, pp. 78 a 97, disponible en [https://praxiseducacionpedagogia.univalle.edu.co/index.php/praxis_educacion/article/view/9121].

punto de referencia los parámetros hormonales en razón del sexo/género de las personas, aun conociendo que dentro de la población hay volatilidad de valores hormonales entre los mismos hombres y mujeres.

En este orden de ideas, son principalmente las atletas trans (mujeres transgenero) quienes son más criticadas por los beneficios físicos que les pudo haber proporcionado la testosterona en el periodo previo a la TRH (terapias de reemplazo hormonal), aún hay que tener en cuenta que es usada en niveles muy bajos, pues su objetivo es el mantenimiento de las características del sexo deseado y las dosis deben estar reguladas por profesionales médicos[43].

Es claro que estos casos son un desafío para los estereotipos socioculturales, provocando así una nueva adaptación en el deporte. Por lo tanto, para cierto sector del deporte:

> Los hombres tienen una ventaja de rendimiento inherente sobre las mujeres debido a su mayor altura media, masa muscular y potencia, como resultado de las correspondientes exposiciones diferentes a los andrógenos. Por ello, se considera justo que en los deportes los hombres y las mujeres compitan en categorías separadas...[44].

Ya que los transgéneros reasignados probablemente no pueden competir en igualdad de condiciones con otros de su nuevo sexo, partiendo de la premisa que no hay una claridad sobre los efectos reales de la testosterona en los deportistas transgénero de hombre a mujer (M-F) en las variables hormonales relevantes para la competición en el deporte, con el único fin de lograr una mayor democracia, transparencia y equidad.

En concordancia con lo anterior, el discurso médico impone como verdad absoluta que existe una correlación entre la producción hormonal y el desempeño deportivo, razón por la cual se entiende que, a mayor producción de testosterona, mejor es el rendimiento del deportista, lo que justifica de cierta manera una superioridad de los varones

43 Ídem.

44 Baljinder Singh Bal. "Effect of anulom vilom and bhastrika pranayama on the vital capacity and maximal ventilatory volumen", *Journal of Physical Education and Sport Management*, vol. 1, n.° 1, 2010, pp. 11 a 15, disponible en [https://academicjournals.org/article/article1379343050_Bal.pdf].

frente a las mujeres y la presunta ventaja deportiva, siendo este discurso médico neutro y objetivo[45].

IV. EL ESTUDIO DE CASO. LA PERSPECTIVA TESTIMONIAL DE PERSONAS TRANSGÉNERO

Con la ayuda JEDA (Jóvenes en Diversidad Activa), una fundación situada en la ciudad de Bogotá, nos fue permitido conversar con dos mujeres y dos hombres jóvenes pertenecientes al sector transgénero, para conocer su perspectiva sobre el tema que nos convoca. Es importante mencionar que estas personas no son deportistas profesionales, sin embargo, es muy enriquecedor tener este acercamiento personal con el fin de tener una perspectiva más amplia sobre su opinión en los diferentes ámbitos de la sociedad, en especial acerca de la actual permisividad de las personas transgénero en el campo del deporte.

Durante las entrevistas, se realizaron preguntas relacionadas con el uso de hormonas y sobre el conocimiento de casos donde se encuentran inmersas mujeres transgénero en el deporte. Lo anterior con la finalidad de poder esclarecer de primera mano conceptos que referimos en la parte inicial del presente trabajo de investigación.

Pregunta 1: ¿Han acudido a tratamientos hormonales?

En respuesta a este interrogante, JEISSON, hombre transgénero manifestó:

> ... Yo llevo tres años en hormonas [...] relativamente la testo se maneja de por vida, la testo es igual que una insulina ya es de por vida, en el momento en que tú dejas de aplicarte, la inyección vuelve otra vez a bajar los niveles de testosterona y a volver a aparecer los de la mujer, entonces vuelve otra vez hacia atrás todo el proceso...

45 MARIANA ELIZABETH IBARRA. "'Cuéntame tus testosteronas': un análisis sobre las regulaciones para jugadorxs transgénero e hiperandrógenas", *Revista de Estudios de Género, La ventana*, vol. 6, n.° 52, 2020, pp. 161 a 190, disponible en [http://revistalaventana.cucsh.udg.mx/index.php/LV/article/view/7206].

Él hace una diferenciación sobre la testosterona muy relevante, indicando que:

> ... Por esa misma razón siempre se van a manejar dos clases de hormonas, que es la de 250 que se aplica cada 20 días o cada mes y la de 1.000 mg que se maneja cada tres meses, entonces ya depende es del médico que lo genere en donde también por esa misma razón te mandan a hacer exámenes, de esos exámenes ahí es donde te verifican en realidad qué clase de hormona te puedes aplicar porque hay personas que son delicadas para las de 1.000, o son delicadas para la de 250 y el organismo obviamente no te las puede soportar y es complicado...

Pregunta 2: ¿Hoy te sientes más fuerte y rápido que hace tres años?

> No, no, no, eso no depende del tema de la hormona, ¡eso es mentira! o sea, si hace tres años yo me veía, yo hacía ejercicio y me sentía genial, ahorita me siento igual, o sea eso no altera nada. Lo que pasa es que de pronto lo que hace la hormona es coger más masa muscular que es diferente pero no significa que vaya a haber más velocidad o más agilidad. No, la verdad no estoy en ese punto.

> ... lo que pasa es que digamos la hormona lo que hacen es nivelarlo con el gimnasio para esa misma razón, para que haya más fuerza, más volumen, más musculatura para poder tener un poco más agilidad, pero relativamente es lo mismo, yo me sigo sintiendo igual, la misma persona [...] digamos la voz cambia, el cuerpo cambia, el carácter, el genio, o sea si yo era de mal genio tres años atrás, ahora estoy peor de mal genio, pero es por el mismo tema de la hormona.

En el caso de Erika Renata, mujer transgénero responde a la *pregunta 3:* ¿Ha acudido a tratamientos hormonales?, lo siguiente:

> Eso es a lo que todas aspiramos, porque es que la terapia de reemplazo hormonal no solamente ayuda en la parte físi-

> ca, sino que también estimula un poco la parte psicológica y entonces percibimos y así mismo nos hacemos ver más como lo que sentimos. Yo no he tenido acceso a ese procedimiento.

Al respecto Fayby, mujer transgénero responde:

> Cuando empecé a ser chica trans, yo me hormonizaba muchísimo, yo utilizaba mucho la hormona para verme cada día más femenina. El problema de la hormona es que me alteraba demasiado, me alteraba el sistema nervioso y tendía a engordar. Entonces decidí ahorrar para mandarme a hacer lo que me he hecho hasta el momento de mis cirugías, porque decidí no volver a tomar hormonas por la cuestión esa, más que todo porque me alteraba demasiado y tendía a engordar. En ese momento yo interrumpí la hormonización. Me operé los senos, me operé la cola, para verme más de lo que yo quiero ser, pero con el propósito de no hormonizarme.

Pregunta 4: Fayby, además de alterar el sistema nervioso y el aumento de peso ¿qué otros cambios sentías en temas de fuerza y resistencia?

> No, no, no, o sea lo único era que bueno, digamos la alteración de nervios, me ponía un poco histérica y en cuanto a lo sexual no sé qué pasaba, pero se me baja un poco el apetito sexual, no sé si también dependería de la hormona.
>
> Cuando yo me hormonizaba, me encantaba porque me ponía la piel muy bonita, suavecita, como ustedes saben la hormona tumba el vello facial y corporal, va a tratando de colocarlo a uno más femenina, adelgaza un poco más la voz, porque la hormona también hace todo eso.

Pregunta 5: De acuerdo con el caso comentado de Fallon Fox, los hombres biológicos tienen la fisionomía ya determinada, es decir, los huesos son más grandes, por más tratamiento hormonal que se aplique, presuntamente la fuerza de una mujer biológica no será la misma ¿ustedes que piensan al respecto?

Erika Renata responde:

> Yo insisto en mi punto de vista que es, bueno tú no puedes cambiar desde luego, ya tu parte ósea, los huesos ya como quedaron quedaron, pero lo demás si es absolutamente transformable, ya digo yo las hormonas realmente van a trabajar sobre la parte masculina en la testosterona y eso va a hacer que tú pierdas gran parte de la fortaleza o de la fuerza que como en rol de hombre tenías. Esa fuerza cuando tú empiezas dichos procesos hormonales va a cambiar notablemente, lo que pasa es que digamos está el cliché, pensar que como fue y llevó una vida de hombre durante tiempo y ahora va a ser mujer entonces ya los músculos le quedaron como lo quedaron y ¡no! Cuando se es hombre se trabaja para ello, para verse más fornido, tener más masa muscular. Cuando se es mujer dejamos de hacer eso y trabajamos para vernos más femeninas, más curvas, más delicadas, entonces desde luego la parte muscular va a cambiar y ¡nunca va a haber la misma capacidad! entonces sigo insistiendo en esto, los huesos no cambian, pero tu parte hormonal hace que todo se transforme.

Pregunta 6: ¿Ustedes por qué piensan que el Comité Olímpico Internacional estableció esos requisitos para las mujeres trans y no para los hombres trans? haciendo referencia a los niveles de testosterona en sangre.

Responde Erika Renata:

> Yo pensaría que es lógico que la testosterona en el hombre genera ciertas capacidades que están sobre las capacidades de una mujer biológica, en ese orden de ideas, pues el bajarlas para poder competir con una mujer "biológica" digamos, que tal vez sí sería necesario para tener una compatibilidad en cuanto a esas capacidades, a esas resistencias, que no haya una superioridad muscular o que se yo. Mientras que en el hombre transgénero no se solicita eso porque el hombre transgénero pues él haciendo ejercicio, haciendo pesas, teniendo una rutina donde se trabaje su parte muscular pues ya empieza a ganar.

> ... Quizás no sería lo correcto, pero es necesario, si estamos buscando igualdades pues nada hay que hacerlo.

Pregunta 7: ¿Qué piensan a la larga que el deporte sea mixto? que no existan categorías binarias, hombres y mujeres, sino que compitamos todos contra todos.

Responde Jeisson:

> Bueno, pues en mi punto de vista es muy bueno el tema de lo mixto porque la idea es esto, o sea, que no haya diferencia digamos de género, religión, ni de sexo, ni de edad, sino mantener la categoría como tal. El tema pertinente de esto es que lastimosamente la sociedad todavía está muy errónea, muy cerrada, en el sentido de que prefieren que digamos una chica trans no puede jugar con una chica cisgénero *¿por qué razón? porque es que es un hombre ella es "un hombre" porque ella* fue un hombre. ¡No tiene nada que ver!
>
> Lastimosamente, estamos todavía estigmatizados en muchas situaciones, pero para mí si fuera muy importante que exista esa clase de deportes porque es donde se da a entender que todos somos iguales.

Responde Erika Renata:

> Yo creo que sería lo más hermoso que podría pasar, pero es algo para lo que se necesita de verdad una transformación, muy, muy tenaz...
>
> Se requiere una enseñanza de muchísimo tiempo, así como para que la gente nos incluya en tantas cosas, el lograr transformar esa parte y hacer que todo sea mixto, es supremamente difícil, porque siempre va a haber el "machote" que no le gusta o la niña que de pronto, no sé, que se siente también en esa posición masculina, fuerte y van a haber encontrones.

CONCLUSIONES

El acercamiento que fue posible adelantar con personas transgénero significó una comprensión intrínseca desde la experiencia propia de ellos y ellas, acerca de algunos aspectos físicos y psicológicos que supone la transformación de género. Su punto de vista en relación con la inclusión en los deportes y los diferentes tratamientos hormonales a los que se remiten fue imprescindible para entender mucho de lo cierto o no, que hay en los textos públicamente disponibles.

A partir de las respuestas recogidas en las entrevistas realizadas, son de resaltar los argumentos que manifestaron las mujeres transgénero respecto de lo que significa acudir a tomar tratamientos hormonales. Lo anterior es valiosos para entender la inclusión en las altas esferas deportivas, junto a la motivación del Comité Olímpico Internacional interponiendo parámetros para la integración de mujeres transgénero en las diferentes competiciones.

Teniendo en cuenta la segregación y el reproche social dentro de muchos otros aspectos discriminatorios que han padecido las personas transgénero a través de la historia, es posible considerar que hoy en día exista un enfoque subjetivo por parte de algunos miembros de la comunidad "trans" quienes claman constantemente su inclusión en todos los aspectos, en especial el deporte, toda vez que al momento de ilustrárseles en los diferentes casos y problemáticas que han surgido en el deporte cuando mujeres transgénero ingresan a competir en categorías femeninas (casos Fallon Fox, Semenaya), dejan de lado cualquier criterio objetivo y apoyan la inclusión sin ningún tipo de regulación, desconociendo una posible vulneración de derechos de las mujeres biológicas deportistas. Es importante mencionar que esta subjetividad se reflejó tanto en mujeres como en hombres transgénero.

Otro aspecto relevante que surgió de estas entrevistas, fue que el planteamiento de un escenario en el cual el binarismo de género en el deporte se rompe; es decir, al eliminarse las categorías femeninas y masculinas, y se genere una sola categoría deportiva sin tener en cuenta el género y que se posibilite que las personas de ambos sexos compitan entre sí en escenarios deportivos de alto rendimiento, se genera aceptación. Se tiene como una solución viable en términos generales basándose en el criterio de igualdad.

Ahora bien, el grupo de investigación considera que se deben tener en cuenta los argumentos científicos que se mencionaron antes, respecto de que no existe ventaja alguna por parte de los deportistas

transgénero, ni siquiera al realizarse pruebas en deportes de contacto. No hay evidencia suficiente que demuestre la existencia de un equilibrio total en términos hormonales y físicos de las mujeres transgénero que garanticen la igualdad de condiciones frente a las mujeres biológicas, como bien lo mencionan las personas entrevistadas. Lo que si existe es un cambio físico y sicológico por el uso de la terapia de reemplazo hormonal, que tiene la intención de acercar más a la persona a tener un género acorde a su identidad.

Por lo anterior, se considera indispensable la creación de comités interdisciplinarios adscritos a cada una de las federaciones internacionales deportivas. Estos comités interdisciplinarios adscritos a cada una de las federaciones internacionales deportivas deben ser conformados por médicos especialistas en endocrinología, abogados con especialización en derecho deportivo, psiquiatras, psicólogos y expertos en deportes.

La garantía a una vida digna a las personas transgénero y de las personas que por diferentes razones connaturales puedan tener desordenes hormonales, es una premisa que se debe cumplir.

En cuanto a la mixtura del deporte, no es una posibilidad coherente, ni garantista ya que se vulneran los derechos de las mujeres a tener una competencia justa y se elimina la posibilidad de debutar dentro de una carrera profesional en el deporte. Así mismo, se verían amenazados los derechos laborales de estas deportistas perdiendo la oportunidad de firmar contratos estables y vivir del deporte, teniendo en cuenta que al competir con hombres en deportes individuales que exijan fuerza, resistencia y velocidad, se estaría en desventaja. Como se encuentra demostrado en el caso del tenis, hay una diferencia abismal entre hombres y mujeres en términos de velocidad por factores relevantes como el del servicio.

Si se eliminan las categorías en el deporte, esto sería un retroceso inconmensurable que no se debe presentar, porque no solo estarían en riesgo los derechos deportivos sino los derechos de las mujeres principalmente. Es de recordar que a las mujeres consiguieron la oportunidad de participar en los deportes después de un sin número de luchas constantes que no es necesario repetir.

BIBLIOGRAFÍA

Amaya Onate, Jorge Eliécer. "Orden, secuencia y lógica de los torneos deportivos", *efdeportes.com, Revista Digital*, año 18, n.° 181, 2013, disponible en [https://efdeportes.com/efd181/logica-de-los-torneos-deportivos.htm].

Bal, Baljinder Singh. "Effect of anulom vilom and bhastrika pranayama on the vital capacity and maximal ventilatory volumen", *Journal of Physical Education and Sport Management*, vol. 1, n.° 1, 2010, pp. 11 a 15, disponible en [https://academicjournals.org/article/article1379343050_Bal.pdf].

Basauli Herrero, Emilio y Francisco Pérez Amorós. *La invalidez permanente de los deportistas profesionales*, Bellaterra, Universitat Autònoma de Bellaterra, 2005.

Cabral, Mauro. "La paradoja transgénero", en Carlos F. Cáceres, María Esther Mogollón, Griselda Pérez Luna y Fernando Olivos (eds.). *Sexualidad, ciudadanía y derechos humanos en América Latina: un quinquenio de aportes regionales al debate y la reflexión*, Lima, Instituto de Estudios en Salud, Sexualidad y Desarrollo Humano y Universidad Peruana Cayetano Heredia, 2011, disponible en [https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/52906].

Castillo Dussán, César A.; Paula A. Barreto Cifuentes y Fernanda Navas Camargo. "Políticas públicas para los derechos y para la paz", *Opción: Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, vol. 35, n.° 25, 2019, pp. 282 a 326, disponible en [https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/32312].

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-242 de 16 de mayo de 2016, M. P.: Gloria Stella Ortiz Delgado, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-242-16.htm].

Covrig, Duane. "Sport, fair play, and children's concepts of fairness", *Journal for a Just and Caring Education*, vol. 2, n.° 3, 1996, pp. 263 a 282, disponible en [https://www.researchgate.net/publication/234713484_Sport_Fair_Play_and_Children's_Concepts_of_Fairness].

Crespo, Miguel. "Características específicas del tenis", *Congreso Entrenadores Colombia*, enero de 2000, disponible en [http://www.miguelcrespo.net/articulos/Crespo.%20Caracteristicas%20especificas%20del%20tenis%20-%20Colombia.pdf].

Cubides Cárdenas, Jaime; Fernanda Navas Camargo y Laura Milena González Montes. "El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (ncl)", *Direitos Democráticos & Estado Moderno*, n.° 2, 2021, pp. 3 a 14, disponible en [https://revistas.pucsp.br/index.php/ddem/article/view/54285].

Cubides Cárdenas, Jaime; Fernanda Navas Camargo, Diana Ortiz Torres y Antonio Fajardo Rico. "La libertad de expresión en Colombia: parámetros constitucionales y reglas jurisprudenciales", *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (unifafibe)*, vol. 8, n.° 2, 2020, pp. 500 a 562, disponible en [https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/834].

De Cos, Tomás. "Récord mundial de saque en tenis: ¡263 km/h! de Samuel Groth", *As.com*, 10 de junio de 2018, disponible en [https://as.com/tenis/2012/05/12/mas_tenis/1336773603_850215.html].

Decreto 1228 de 18 de julio de 1995, *Diario Oficial*, n.° 41.933, de 18 de julio de 1995, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1247987].

Decreto 407 de 28 de febrero de 1996, *Diario Oficial*, n.° 42.735, de 5 de marzo de 1996, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1091836].

Decreto 641 de 16 de abril de 2001, *Diario Oficial*, n.° 44.394, de 20 de abril de 2001, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1137181].

Decreto 900 de 18 de marzo de 2010, *Diario Oficial*, n.° 47.656, de 19 de marzo de 2010, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1187070].

Decreto 4183 de 3 de noviembre de 2011, *Diario Oficial*, n.° 48.242, de 3 de noviembre de 2011, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1879461].

Diazgranados Quimbaya, Carlos Manuel y Tary Cuyana Garzón Landínez. "Aproximación jurídica a los antecedentes y naturaleza jurídica del derecho deportivo", en *Régimen laboral del derecho deportivo colombiano*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015, disponible en [https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/17897].

Diazgranados Quimbaya, Carlos Manuel y Tary Cuyana Garzón Landínez. *Régimen laboral del derecho deportivo colombiano*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015, disponible en [https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14423/4/regimen-laboral-del-derecho-deportivo-colombiano.pdf].

Estevan, Isaac; Javier Molina García, Ana Queralt, Steve J. Bowe, Gavin Abbott y Lisa M. Barnett. "La nueva versión de la escala pictográfica de Percepción de Competencia de Habilidades Motrices en niños y niñas españoles: evidencias de validez y fiabilidad", *ricyde. Revista Internacional de Ciencias del Deporte*, vol. 15, n.° 55, 2019, pp. 35 a 54, disponible en [https://www.cafyd.com/revista/ojs/index.php/ricyde/article/view/1538/592].

"Fallon Fox", en *espn.com*, disponible en [https://www.espn.com.co/mma/peleador/_/id/3028093/fallon-fox].

Fernández, Y. "Acerca de Fallon Fox", *Her Game*, 3 de mayo de 2019, disponible en [https://hergame6.wordpress.com/2019/05/03/acerca-de-fallon-fox-y-lo-que-supone-la-mezcla-de-la-etica-civica-con-los-reglamentos-deportivos/].

"Georgina García, al cuadro final con un saque de ¡220 km/h!", *As.com*, 19 de febrero de 2018, disponible en [https://as.com/tenis/2018/02/19/mas_tenis/1519066229_006458.html].

González Garzón, Junny. "Educación física y deporte trans-formado", *Praxis, Educación y Pedagogía*, n.° 4, 2019, pp. 78 a 97, disponible en [https://praxiseducacionpedagogia.univalle.edu.co/index.php/praxis_educacion/article/view/9121].

Heredia, Sergio. "¿Mujer? ¿Hombre? ¿Qué es Semenya?", *La Vanguardia*, Barcelona, 12 de mayo de 2019, disponible en [https://www.lavanguardia.com/deportes/20190512/462183982062/semenya-que-es-atleta-hombre-mujer.html].

Hernández, Pedro. "La transexual que desafió el us Open", *La Vanguardia*, 31 de agosto de 2018, disponible en [https://www.lavanguardia.com/deportes/tenis/20180831/451538382045/us-open-renee-richards-transexual-richard-raskind.html].

Ibarra, Mariana Elizabeth. "'Cuéntame tus testosteronas': un análisis sobre las regulaciones para jugadorxs transgénero e hiperandrógenas", *Revista de Estudios de Género, La ventana*, vol. 6, n.° 52, 2020, pp. 161 a 190, disponible en [http://revistalaventana.cucsh.udg.mx/index.php/lv/article/view/7206].

International Olympic Committee. "ioc Consensus Meeting on Sex Reassignment and Hyperandrogenism", Lausana, Suiza, oic, noviembre de 2015, disponible en [https://stillmed.olympic.org/Documents/Commissions_pdffiles/Medical_commission/2015-11_ioc_consensus_meeting_on_sex_reassignment_and_hyperandrogenism-en.pdf].

Invicta Fighting Championships. "Rousey on transgender fighter 'it's an advantage'", *YouTube*, 12 abr 2013, disponible en [https://www.youtube.com/watch?v=F9xU4QOqVbQ].

Ley 49 de 4 de marzo de 1993, *Diario Oficial*, n.° 40.781, de 8 de marzo de 1993, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1603756].

Ley 181 de 18 de enero de 1995, *Diario Oficial*, n.° 41.679, de 18 de enero de 1995, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1654141].

Ley 582 de 8 de junio de 2000, *Diario Oficial*, n.° 44.040, de 12 de junio de 2000, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1662973].

Ley 845 de 21 de octubre de 2003, *Diario Oficial*, n.° 45.348, de 22 de octubre de 2003, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1669525].

Ley 1207 de 14 de julio de 2008, *Diario Oficial*, n.° 47.050, de 14 de julio de 2008, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1675558].

Ley 1445 de 12 de mayo de 2011, *Diario Oficial*, n.° 48.067, de 12 de mayo de 2011, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1680648].

Ley 1967 de 11 de julio de 2019, *Diario Oficial*, n.° 51.011, de 11 de julio de 2019, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30036633].

Martínez de Ring, María Elena. "Transgénero, no es una enfermedad", *Revista Cubana de Salud Pública*, vol. 45, n.° 4, 2019, disponible en [http://www.revsaludpublica.sld.cu/index.php/spu/article/view/1540/1331].

Navas Camargo, Fernanda. "Justicia cognitiva y divergencia social. Resistencia pacífica a través del turismo comunitario", *Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica*, año 1, n.° 1, 2020, pp. 156 a 182, disponible en [https://www.usi.edu.ar/wp-content/uploads/2020/09/JUSTICIA-COGNITIVA-Y-DIVERGENCIA-SOCIAL.pdf].

Ospina Betancurt, Jonathan A. "Controles de sexo, género, hormonales y la inelegibilidad de las mujeres con hiperandrogenismo en el deporte femenino de alto nivel" (tesis de doctorado), Madrid, Universidad Politécnica de Madrid, 2017, disponible en [https://oa.upm.es/47157/1/JONATHAN_ANDRES_OSPINA_BETANCURT.pdf].

Pabón Parra, Pedro Alfonso. *Constitución política de Colombia esquemática*, Bogotá, Grupo Editorial Lecce, 2011.

Pérez Cagua, Ingri Natalia y Fernanda Navas Camargo. "Parroquia de Santa Águeda Bogotá: estudio de caso acerca de la educación para la construcción de paz", *Novum Jus*, vol. 13, n.° 2, 2019, pp. 187 a 208, disponible en [https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/2372].

Pérez Triviño, José Luis. "El caso Semenya: de la injusticia a la liberalización del dopaje", *El País*, 3 de mayo de 2019, disponible en [https://elpais.com/deportes/2019/05/02/actualidad/1556816561_218331.html].

Pérez, Pedro. "Transgéneros rompen esquemas en el mundo competitivo del deporte", *El Ciudadano*, 2019, disponible en [https://www.elciudadano.com/deportes/transgeneros-rompen-esquemas-en-el-mundo-competitivo-del-deporte/02/25/].

Ruiz, Luis Miguel; Mauro Sánchez, Jesús Durán y Concepción Jiménez. "Los expertos en el deporte: su estudio y análisis desde una perspectiva psicológica", *Anales de Psicología*, vol. 22, n.° 1, 2006, pp. 132 a 142, disponible en [https://revistas.um.es/analesps/article/view/26671].

Sierra Zamora, Paola Alexandra; Jaime Cubides Cárdenas y Hugo Carrasco Soulé. "El control de convencionalidad: aspectos generales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en el derecho colombiano", en Jaime Cubides Cárdenas (ed.). El Control de Convencionalidad (CCV): fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2016, disponible en [https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/18605].

Silva García, Germán. "Sobre el objeto, las fuentes y el oficio de la sociología jurídica desde una perspectiva interdisciplinaria. Problemas de investigación y teoría", *Diálogo de Saberes*, vol. 17, 2003, pp. 117 a 139.

Silva García, Germán. "La administración de justicia: ¿escenario para la protección de los grupos sociales vulnerables?", *Revista Colombiana de Sociología*, n.° 26, 2006, pp. 105 a 123, disponible en [https://revistas.unal.edu.co/index.php/recs/article/view/11393].

Silva García, Germán. "Las teorías del conflicto y fenomenológica en el análisis sociojurídico del derecho", *Acta Sociológica*, n.° 79, 2019, pp. 85 a 108, disponible en [https://www.researchgate.net/publication/338788440_Las_teorias_del_conflicto_y_fenomenologica_En_el_analisis_sociojuridico_del_derecho].

Singh, Bal; Kanwaljeet Singh y Narinder Sharma. "Equality, equity and inclusion: transgender athletes' participation in competitive sports-a new era", *Physical Culture and Sport. Studies and Research*, vol. 49, n.° 1, 2010, pp. 85 a 88, disponible en [https://sciendo.com/article/10.2478%2Fv10141-010-0020-2].

CAPÍTULO SEXTO

La construcción interpretativa del derecho de participación de los trabajadores en las micros, pequeñas y medianas empresas –mipymes–, en el contexto cubano

Idarmis Knight Soto[1]

INTRODUCCIÓN

La Declaración Universal de Derechos Humanos, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporan indistintamente de manera expresa el derecho al trabajo, en este sentido, el artículo 23.1 de la Declaración establece: "Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo", y consiguientemente el artículo 6.1 del Pacto reconoce el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado y tomará medidas adecuadas para garantizar este derecho.

1 Licenciada en Derecho de la Universidad de La Habana. Especialista de posgrado en Asesoría Jurídica, Universidad de Camagüey. Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de La Habana. Correo [idarmisknightsoto@gmail.com].

La Declaración sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social adoptado en 1969, dispone que el desarrollo social exige que se garantice a toda persona el derecho al trabajo y a elegir empleo libremente; también la Resolución 3446 de 1979 establece: "a fin de garantizar cabalmente los derechos humanos y la plena dignidad personal, es necesario garantizar el derecho al trabajo".

El Convenio de la OIT sobre política de empleo n.° 122 de 1964 no hace alusión expresa al derecho al trabajo, sin embargo, la consecución del pleno empleo aparece como objetivo político íntimamente vinculado al derecho al trabajo.

Favorece el tema la formulación de políticas en consonancia con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 y en la actualidad como respuesta a la necesidad de actuar con eficacia y una recuperación transformadora, como ha llamado la CEPAL frente a la coyuntura crítica provocada por la pandemia por COVID-19.

Las transformaciones económicas acaecidas en el país, en etapa reciente, transcurren bajo el derecho de participación de los trabajadores en los procesos de planificación, regulación, gestión y control de la economía, mandato constitucional que se incardina con el derecho a la información; se trata de derechos que limitan el ejercicio de los poderes públicos en las decisiones que adoptan los directivos en el ámbito de la empresa y dan pasos a dignificar la labor que realizan los trabajadores.

El Decreto Ley-46 "Sobre las micro, pequeñas y medianas empresas"[2] en adelante MIPYMES, aprobado el 6 de agosto de 2021, define a esta nueva estructura como aquellas unidades económicas con personalidad jurídica, que poseen dimensiones y características propias, y que tienen como objeto desarrollar la producción de bienes y la prestación de servicios que satisfagan necesidades de la sociedad y pueden ser de propiedad estatal, privada y mixta.

En la exposición de motivos del referido cuerpo legal, reconoce el papel dinamizador que pueden jugar este tipo de actores con el objetivo de incrementar su participación en la economía, para propiciar el desarrollo y la diversificación de la producción, así como encadenamientos productivos que generen mayor valor agregado nacional y fomentar el empleo y el bienestar económico y social de sus participantes.

2 Decreto-Ley 46 de 6 de agosto de 2021, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, n.° 94, de 19 de agosto de 2021, disponible en [https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2021-094.pdf].

Desde este punto de vista, se puede afirmar que el derecho al trabajo es un derecho social de prestaciones, que exige una acción por parte del Estado para su cumplimiento, como el derecho a la salud, a la seguridad social, a la educación a diferencia a los derechos de libertad.

El reconocimiento constitucional expreso a la confluencia en el escenario económico de diferentes tipos de propiedad, ha permitido regular la creación de las MIPYMES como nuevos actores económicos, ya sean estatales, privadas o mixtas; pues el trabajo se alza como valor primordial de nuestra sociedad. Constituye un derecho y un deber social y un motivo de honor de todas las personas en condiciones de trabajar.

El trabajo remunerado debe ser la fuente principal de ingresos que sustenta condiciones de vida dignas, permite elevar el bienestar material y espiritual y la realización de proyectos colectivos y sociales.

La remuneración con arreglo al trabajo aportado sostiene nuestra constitución, se complementa con la satisfacción equitativa y gratuita de servicios sociales universales y otras prestaciones y beneficios.

Y es en este sentido, es que nos proponemos abordar este artículo para reforzar derechos tan importantes como la participación de los trabajadores en la MIPYMES, aparejados a la información y a la transparencia como forma de potenciar desarrollo humano.

Invitar a una nueva reflexión respecto a la eficacia de los derechos sociales en general y del derecho al trabajo en particular, a fin de encontrar nuevas posibilidades para que hombres y mujeres se encuentren en condiciones de ejercerlo, constituye una forma de interpretar el derecho de participación desde esta arista, pues no solo se procura la protección ha de llevar aparejadas las garantías.

Satisfacer las necesidades del presente, asegurando que las generaciones futuras tengan oportunidades para alcanzar calidad de vida, constituye una vía a través de estas transformaciones económicas, para reforzar la dignidad humana, como valor supremo que sustenta el reconocimiento y ejercicio de los derechos y deberes consagrados en la Constitución y las leyes, compatibles con el progreso de la cultura, de la economía y uso racional de los recursos naturales.

I. LA PARTICIPACIÓN ECONÓMICA DE LOS TRABAJADORES EN LA MIPYME. IGUALDAD JURÍDICA E IGUALDAD EFECTIVA

El concepto de derecho de igualdad nace con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, su artículo 1.° reconoce la igualdad ante la ley y el disfrute de todos los derechos por las personas, sin discriminación por motivo de nacionalidad, raza o creencias.

De igual forma, es reconocido el principio de igualdad en la Constitución cubana cuando expresa que el Estado reconoce y garantiza a la persona el goce y el ejercicio irrenunciable, imprescriptible, indivisible, universal e interdependiente de los derechos humanos, en correspondencia con los principios de progresividad, igualdad y no discriminación. Su respeto y garantía es de obligatorio cumplimiento para todos.

Los derechos de participación de los trabajadores de las MIPYMES, gira en torno del principio de la igualdad, y no son solo los derechos de configuración constitucional, sino también en sus normas desarrolladoras como los recogidos en el citado Decreto-Ley, 46/21, en sus normas complementarias, sus estatutos sociales, reglamentos internos, los acuerdos que adopten sus órganos de dirección, control y administración y demás disposiciones jurídicas vigentes, en lo que le sean aplicables; quiere decir que no existe un modelo rígido de gestión, responsabilidad y fortalecimiento para sus intervenciones, conforman un laboratorio dinámico con informaciones transparentes para la innovación y crecimiento a partir de la lectura de la realidad y nuestra cultura.

La información y consulta de los trabajadores garantiza motivación del deber de trabajar, además de ser un factor de productividad constituye un principio de valor fundamentado en el derecho de participación y desarrollo humano, VARELA DÍAZ expresa:

> En todos estos casos se manifiestan con singular evidencia las dificultades para trazar la línea que separe, a un lado, el derecho subjetivo concebido como situación de ventaja, y a otro, el deber concebido como carga. La perplejidad, por ejemplo, que denotan algunos laboralistas ante la declaración de que el trabajo es un derecho y un deber al mismo tiempo deriva, precisamente, de que se persiste en ese intento de separación o diferenciación conceptual, en lugar de aceptar que se ha operado la disolución y fusión

> de ambos conceptos ventaja y carga, derecho y deber en una directiva material a los poderes públicos y al resto del ordenamiento jurídico[3].

El derecho al trabajo y el deber de trabajar están muy ligados al derecho de participación, que se concatena con la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad, principios que evolucionan en la modernidad y se inscriben en la dogmática jurídica como categoría que defienden intereses humanos, los cuales se constituyen a fin de ser atribuible a la persona en una situación jurídica de poder y de deber como condición intrínseca a su dignidad dentro de una relación jurídica[4].

Para la interpretación de todos los elementos implícitos en estos derechos:

> Hay que valerse de lo que no está escrito, pero sí implícito, es decir lograr el equilibrio entre la letra y el espíritu de la Constitución, pues todos estos elementos han de confluir en pro de un objetivo básico: la preservación de la dignidad de la persona humana, concepto que se convierte en la piedra angular para la construcción de todo el sistema axiológico constitucional, o lo que es lo mismo decir que los fines, los valores, los principios, los derechos y los bienes jurídicos existen sólo en función del enaltecimiento de la dignidad humana[5].

La construcción de las MIPYMES se realiza teniendo en cuenta el indicador de número de personas ocupadas, incluidos los socios, de la siguiente forma: a) Microempresa: cuyo rango de ocupados es de una a diez personas; b) Pequeña empresa: cuyo rango de ocupados es de 11 a 35 personas; c) Mediana empresa: cuyo rango de ocupados es de

3 SANTIAGO VARELA DÍAZ. "La idea de deber constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 4, 1982, pp. 69 a 98.

4 IDARMIS KNIGHT SOTO. "La protección al derecho a la vida e integridad física del niño, niña y adolescente como respeto a la dignidad humana", *Letras Jurídicas. Revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas U. V.*, n.º 31, 2015, pp. 95 a 108.

5 ANA MARÍA ÁLVAREZ-TABÍO ALBO. "Los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen como límites a las libertades de información y expresión" (tesis de doctorado), La Habana, Universidad de La Habana, 2008.

36 a 100 personas. Es decir, la persona y sus derechos es el centro de convergencia para su constitución como actores dinamizadores de la economía, creando espacios de cooperación.

La autonomía empresarial constituye un principio de actuación en las MIPYMES y responden de sus obligaciones fiscales, crediticias, laborales, medioambientales, contractuales y cualquier otra que se derive del ordenamiento jurídico vigente con su patrimonio; y es que en el orden doctrinal no debemos olvidar que los actos propios:

> ... son aquellos que como expresión de libre y espontánea decisión se realizan con el fin de crear, extinguir o modificar algún derecho, luego entonces la teoría del acto propio tiene como esencia la de que así como nadie puede ser perjudicado por actos ajenos, tampoco ninguna persona puede ir válidamente contra sus propios actos, y ello porque si bien toda persona es libre de realizar o no un acto, al realizarlo y reconocer algún derecho a favor de tercero surge una relación jurídica entre ambos que no puede después ser arbitrariamente destruida por actos posteriores...[6].

Sobre este particular, como sujetos de derechos contratan bienes y servicios con los demás sujetos reconocidos, articulan con otros actores económicos, los derechos subjetivos de obligación aparecen ante distintas situaciones: a) Conducta propia, jurídicamente autorizada y protegida, que viene determinada por el deber que los demás tienen de no realizar ningún acto que pueda perturbarla o hacerla imposible; b) Facultad de exigir una conducta de otro; c) Poder jurídico de creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas[7]. Por ello, los beneficios del fin práctico de la estandarización de los contratos: "… deben gozar de una sólida base jurídica que les permita a los adherentes interpretar las obligaciones como norma de deber jurídico, liberadas de tensiones que articulen posible abuso de derecho, evitando la preeminencia de algunas de las partes"[8].

---

6 LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO. "La nulidad instrumental desde la perspectiva del TSP", Justicia y Derecho, Año 8, n.° 15, 2010, pp. 39 a 59.

7 LUIS RECASÉNS SICHES. *Tratado general de filosofía del derecho*, México D. F., Porrúa, 1965.

8 NIURKA FOURNIER DUHARTE, IDARMIS KNIGHT SOTO y MARLA IRIS DELGADO KNIGHT. "Especial experiencias: La protección jurídica de los mé-

La dirección estratégica se enfoca a un nuevo paradigma basado en recursos y capacidades, como cuerpo que vértebra el conocimiento de la materia de dirección[9], donde la participación de los trabajadores genera oportunidad de intercambio para el desarrollo productivo, contribuyendo a la inclusión social reduciendo su vulnerabilidad, que a partir de su heterogeneidad facilita la innovación en la empresa, de cara a desarrollar nuevos productos y servicios para ser sostenibles.

II. ELEMENTOS ESENCIALES PARA LA CONSTITUCIÓN DE LAS MIPYMES

Como bien se ha expresado con anterioridad la clasificación de las MIPYMES se realiza a partir de la cantidad de personas que participan como actores económicos, se constituyen como sociedades mercantiles, que adoptan la forma de sociedad de responsabilidad limitada, en adelante, mediante escritura pública notarial, la que se inscribe en el Registro Mercantil y con su inscripción adquieren personalidad jurídica, cuyo capital está dividido en participaciones sociales y está integrado por las aportaciones de todos los socios, quienes no responden personalmente de las deudas sociales y desarrollan la actividad económica constitutiva de su objeto social con responsabilidad social.

En la doctrina la responsabilidad social difiere en los conceptos. La responsabilidad social se entiende como el compromiso que tienen todos los ciudadanos, las instituciones públicas y privadas, y las organizaciones sociales en general, para contribuir al aumento del bienestar de la sociedad local y global.

La Responsabilidad Social Empresarial -RSE- ha de ser entendida como una filosofía y una actitud que adopta la empresa hacia los negocios y que se refleje en la incorporación voluntaria en su gestión de las preocupaciones expectativas de sus distintos grupos de interés (*stakeholders*), con una visión a largo plazo. Una empresa socialmente responsable, busca el punto óptimo en cada momento entre la renta-

todos alternativos de solución de conflictos en el ordenamiento jurídico cubano. Realidad y deseos", *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, n.° 7, 2020, pp. 195 a 208.

9 Luis Ángel Guerras Martín y José Emilio Navas López. *La dirección estratégica de la empresa: teoría y aplicaciones*, 5.ª ed., Navarra, Edit. Aranzadi, 2015.

bilidad económica, la mejora del bienestar social de la comunidad y la preservación del medio ambiente.

La Responsabilidad Social Corporativa -RSC- amplía el ámbito de la responsabilidad social de la empresa para incorporar a las agencias gubernamentales y otras organizaciones, que tengan un claro interés en mostrar cómo realizan su trabajo.

Responsabilidad social en una MIPYME debe concatenarse además con contribución al desarrollo humano sostenible, a través del compromiso y la confianza de la empresa hacia sus empleados y sus familias, hacia la sociedad en general y hacia la comunidad local, en pro de mejorar el capital social y la calidad de vida de toda la comunidad, a través de la participación de sus miembros.

Se trata de un actuar con responsabilidad social para buscar una sinergia entre participación, información y trasparencia, realizada de forma moderna, eficaz, imparcial y confiable.

Mostrar la verdad de cualquier realidad implica hacer aflorar aspectos positivos y negativos de lo que sucede. Por esa razón, incorporar la transparencia ha supuesto un desafío para las sociedades actuales ya que puede contribuir a optimizar el uso de los recursos públicos y fomentar la participación de los ciudadanos en la gestión pública, creando fuertes conexiones entre la sociedad y las administraciones, favoreciendo que los ciudadanos se encuentren cada vez más identificados y ligados al sistema público.

La transparencia parte del derecho de cada ciudadano a la información, y su análisis desde su dimensión internacional lo encontramos en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, lo cual implica:

1. El derecho de acceder a la información; esto incluye las facultades de:
   a. Acceso a los archivos, registros y documentos públicos y,
   b. La decisión de qué medio se lee, se escucha o se contempla.
2. El derecho a informar, que incluye:
   a. Las libertades de expresión y de imprenta y,
   b. la constitución de sociedades y empresas informativas.
3. El derecho a ser informado, que contiene las facultades de:
   a. Recibir información objetiva, oportuna y completa y,
   b. con carácter universal, es decir, que la información es para todas las personas sin exclusión alguna.

En la línea de pensamiento sobre transparencia, varios autores la entienden como un derecho de los ciudadanos; como una forma de participación en la gestión pública que refuerza los procesos democráticos; como la puesta a disposición de la información; como rendición de cuentas; como una herramienta en la aplicación de buenas prácticas en la gestión pública y para uno de estos autores tiene la misma función que ejerce el mercado en el sector privado[10].

Sandoval[11] elabora el "modelo de las dos puertas" que adopta la Teoría de los Sistemas y en el cual los registros, datos e información, constituyen las entradas. El elemento principal que la selección adapta y transforma los datos se denomina "caja negra". Las salidas de este sistema serían los reportes, estadísticas, registros o fichas con la correspondiente calidad y claridad generadas como nueva información y devuelta al ambiente externo.

La Constitución de la República de Cuba, como mandato expresa que todas las personas tienen derecho a solicitar y recibir del Estado información veraz, objetiva y oportuna, y a acceder a la que se genere en los órganos del Estado y entidades, conforme a las regulaciones establecidas.

Sin lugar a duda las MIPYMES que se creen al tener personalidad jurídica propia hacen suyo este mandato, base en el interés general. La toma de decisiones se traduce en eficiencia cuando se actúa con transparencia, al generar una información que tenga como cimiento la participación de los trabajadores y la responsabilidad social. Asentar las bases para lograr buenas prácticas crea una calidad de cultura en el cumplimiento del objeto social de las MIPYMES.

10 Manuela Cañizares Espada. "Análisis de la transparencia en la información y gestión telemática de los servicios sociales españoles a nivel municipal" (tesis de doctorado), Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2015, disponible en [https://eprints.ucm.es/id/eprint/40729/].

11 Rodrigo Sandoval Almazán. "Gobierno abierto y transparencia: construyendo un marco conceptual", *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 22, n.º 68, 2015, pp. 203 a 227, disponible en [https://www.redalyc.org/pdf/105/10536227008.pdf].

III. NUEVOS ESCENARIOS DE PARTICIPACIÓN. GESTIÓN PÚBLICA Y SEGURIDAD JURÍDICA EN LAS MIPYMES

La seguridad jurídica implica que una persona tenga asegurada la continuidad en el tiempo de los derechos adquiridos, pero además que existan garantías de protección contra los inconvenientes que resulten peligrosos y provoque un deterioro de la gestión pública.

La información y su reutilización, permite conocer en cada momento la gestión pública que no solo está respaldada en términos prácticos, sino también en documentos públicos, de manera que las decisiones como principios sean accesibles a todos los interesados; estas dimensiones deben ser oportunas, pues cualquier información no significa transparencia, como bien establece el Banco Mundial la accesibilidad, la relevancia, la calidad y la fiabilidad como los requisitos que debe poseer la información de un organismo para ser transparente.

En este entramado, la junta general de socios es el máximo órgano de la MIPYME y está integrada por todos los socios, quienes deciden de la forma estatutariamente establecida, sobre los asuntos propios de su competencia. En el caso de las MIPYMES unipersonales, el socio único asume las funciones de la junta general de socios. Todos los socios, incluso los que estén en desacuerdo y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta.

La junta general de socios decide sobre los asuntos siguientes: a) Aprobación de los balances y estados financieros; b) Nombramiento y separación de los administradores y liquidadores, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos; c) Nombramiento de los integrantes del órgano de control y fiscalización; d) Modificación de los estatutos sociales; e) Aumento y la reducción del capital social; f) Transformación, fusión y escisión de la MIPYME; g) Disolución de la MIPYME; h) Impartir instrucciones al órgano de administración o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión; i) Aprobar el balance inicial y final de la liquidación; j) Evaluar la gestión social; k) Otros asuntos que determinen los estatutos sociales.

Los estatutos sociales determinan el período en el que se lleva a cabo la evaluación de la gestión social, que como mínimo es anual. La junta general de socios puede ser ordinaria, extraordinaria o universal: a) La junta general de socios ordinaria, previamente convocada al efecto, se reúne necesariamente dentro de los seis primeros meses

de cada ejercicio, para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado; b) Toda junta que no sea la prevista en el apartado anterior tiene la consideración de junta general de socios extraordinaria; c) La junta general de socios es universal, cuando quede válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión; d) La junta se celebra, salvo pacto en contrario, en el domicilio social, pudiendo celebrarse con la presencia física de los socios, así como a través de medios telemáticos, siempre que se permita su correcta identificación.

La junta general de socios es convocada por el órgano de administración y, en su caso, por los liquidadores de la MIPYME. El órgano de administración convoca la junta general de socios en las fechas o períodos que determinen la ley y los estatutos sociales, así como siempre que lo consideren necesario o conveniente para los intereses sociales. De igual modo, puede ser convocada por el órgano de control y fiscalización cuando se requiera (art. 66.1). Las convocatorias de la junta general de socios se dirigen a cada socio, utilizando para ello, salvo pacto en contrario, cualquier medio escrito. La convocatoria contiene el orden del día sobre el cual se va a deliberar y decidir en la junta general de socios. El órgano de administración, en un plazo de hasta 15 días hábiles anteriores a la celebración de la junta general de socios, realiza la convocatoria para su celebración. Los socios, independiente de la participación que posean en el capital social, tienen derecho a asistir a la junta general de socios.

Los socios pueden comparecer a la junta general de socios por sí o por medio de representante. Los socios pueden establecer otras exigencias relacionadas con la representación en los estatutos sociales, la representación comprende la totalidad de las participaciones sociales de que sea titular el socio representado.

Los socios tienen derecho a votar en cada junta general de socios; la participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto en correspondencia con esta.

Los socios tienen el derecho de solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la junta general o de forma verbal durante su celebración, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día.

De manera general, los acuerdos de la junta general de socios se adoptan por mayoría simple de votos, no obstante, los estatutos sociales prevén que se aprueben por mayoría cualificada o unanimidad las siguientes decisiones: a) La adopción y la modificación de normas internas que ordenen el funcionamiento de la MIPYME; b) La forma de administración y su modificación; c) Los aportes de los miembros, en su caso; d) La transformación y la reestructuración de la MIPYME, dentro de la cual se encuentran los procesos de fusión y escisión; e) La disolución; f) Incorporación de nuevos socios; y g) Otros que se establezcan por la junta general de socios.

Todos los acuerdos sociales constan en acta numerados de forma consecutiva y ascendente durante cada año natural, los socios asistentes aprueban el acta, bien al finalizar la reunión o, en su defecto, en un término de hasta diez días hábiles posteriores a la celebración de la junta general de socios.

Los estatutos sociales establecen la forma y método para realizar la aprobación del acta. Los acuerdos sociales se ejecutan a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten, estos son impugnables ante el tribunal competente, cuando sean contrarios a ley, se opongan a los estatutos sociales o lesionen el interés de la MIPYME en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

La lesión del interés de la MIPYME se produce cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la MIPYME, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.

De manera excepcional, los socios responden con su patrimonio por las deudas de la MIPYME cuando en beneficio personal la utilicen para la comisión de fraudes o hechos de los cuales se deriven daños y perjuicios a otros socios, a terceros o al Estado.

Aspecto interesante para acotar, es la gestión del conflicto que pueden generar los supuestos anteriores, comúnmente, los métodos alternativos de solución de conflictos son los encargados de la aproximación de aquellos que ante una determinada circunstancia, las relaciones tendieron a ser opuestas o generaron una situación de discordia, realizándose con la intervención de un tercero, el que, de conjunto con las partes, propiciará la solución consensual, que permita a los contendientes acatar los puntos de vista de uno u otro, mediante el

acuerdo de voluntades con equitativos compromisos, propiciando en el mejor de los casos el fin del conflicto[12].

Reconocimiento constitucional expreso como derecho de las personas para resolver sus conflictos bajo el principio de voluntariedad, basado en la autonomía de las partes para tomar decisiones sobre lo que es justo, un buen acuerdo encierra la categoría ganar-ganar.

CONCLUSIONES

La experiencia cubana en la creación de las MIPYMES genera oportunidades económicas que permite el desarrollo productivo transformador de la sociedad, con preponderancia al concepto de dignidad humana, bajo las premisas del derecho al trabajo, a la participación y a la información, al promover la reorganización del derecho del trabajo, con el reconocimiento inicial del valor al trabajo humano.

La confluencia de distintas formas de propiedad en las MIPYMES, permite que nuevos actores económicos dinamicen la economía del país a partir de su reconocimiento constitucional, para modular a través de distintos instrumentos de carácter jurídicos que generan en su actuación, bajo el respeto a la dignidad humana y el efectivo desarrollo de la personalidad del trabajador, los derechos de participación de los socios en la relación laboral que se establezcan.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez-Tabío Albo, Ana María. "Los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen como límites a las libertades de información y expresión" (tesis de doctorado), La Habana, Universidad de La Habana, 2008.

Cañizares Espada, Manuela. "Análisis de la transparencia en la información y gestión telemática de los servicios sociales españoles a nivel municipal" (tesis de doctorado), Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2015, disponible en [https://eprints.ucm.es/id/eprint/40729/].

12 Fournier Duharte, Knight Soto y Delgado Knight. "Especial experiencias: La protección jurídica de los métodos alternativos de solución de conflictos en el ordenamiento jurídico cubano. Realidad y deseos", cit.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Construir un futuro mejor: Acciones para fortalecer la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible*, Santiago, onu, 2021, disponible en [https://repositorio.cepal.org/handle/11362/46682].

Constitución de la República, proclamada el 10 de abril de 2019, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, n.° 5 extraordinaria, de 10 de abril de 2019, disponible en [https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2019-ex5_0.pdf].

Decreto-Ley 46 de 6 de agosto de 2021, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, n.° 94, de 19 de agosto de 2021, disponible en [https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2021-094.pdf].

Fournier Duharte, Niurka; Idarmis Knight Soto y Marla Iris Delgado Knight. "Especial experiencias: La protección jurídica de los métodos alternativos de solución de conflictos en el ordenamiento jurídico cubano. Realidad y deseos", *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, n.° 7, 2020, pp. 195 a 208.

Guerras Martín, Luis Ángel y José Emilio Navas López. *La dirección estratégica de la empresa: teoría y aplicaciones*, 5.ª ed., Navarra, Edit. Aranzadi, 2015.

Knight Soto, Idarmis. "La protección al derecho a la vida e integridad física del niño, niña y adolescente como respeto a la dignidad humana", *Letras Jurídicas. Revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas U. V.*, n.° 31, 2015, pp. 95 a 108.

Knight Soto, Idarmis y Marla Iris Delgado Knight. "La autonomía de la voluntad como principio previo a la autoconfiguración de las cláusulas del contrato", *Derechos en Acción*, año 4, n.° 10, 2019, pp. 204 a 216, disponible en [http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/98621].

Naciones Unidas. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 2015, disponible en [https://www.un.org/es/documents/udhr/udhr_booklet_sp_web.pdf].

Naciones Unidas. *Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales*, 3 de enero de 1976, disponible en [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cescr_sp.pdf].

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. *The oecd innovation strategy: Getting a head start on tomorrow*, París, oecd, 2010.

Recaséns Siches, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*, México D. F., Porrúa, 1965.

Sandoval Almazán, Rodrigo. "Gobierno abierto y transparencia: construyendo un marco conceptual", *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 22, n.° 68, 2015, pp. 203 a 227, disponible en [https://www.redalyc.org/pdf/105/10536227008.pdf].

Sentencia n.° 534 de 30 de julio del 2004, de la Sala Civil y Administrativo del Tribunal Supremo Popular.

Varela Díaz, Santiago. "La idea de deber constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.° 4, 1982, pp. 69 a 98.

Webb, Sidney y Beatrice Webb. *Industrial democracy*, Londres, Longmans, Green and Co, 1898.

CAPÍTULO SÉPTIMO

Participación ciudadana y gobernanza ambiental en Chile

Silvia Bertazzo[1]

INTRODUCCIÓN

La participación ciudadana ha sido bien definida como un "conjunto de acciones [...] mediante las cuales los ciudadanos se involucran en la elaboración, decisión y ejecución de asuntos públicos que les afectan, les competen o, simplemente, son de su interés"[2]. En línea con esta definición, la introducción de instancias de participación ciudadana puede ser vista como una reacción a la progresiva "tecnificación" de las decisiones en ámbito ambiental, término con el cual podríamos designar el traslado de competencias en materia y, más en general, de la gestión del medio ambiente a autoridades administrativas respecto de las cuales no operan los tradicionales mecanismos democráticos que legitiman su actuar[3].

1 Doctora en Derecho de la Università degli Studi di Trento (Italia). Profesora asociada de Derecho Internacional Público y de Derecho Ambiental de la Universidad de los Andes (Chile). Correo [sbertazzo@uandes.cl].

2 Mario Espinosa. "La participación ciudadana como una relación socio-estatal acotada por la concepción de democracia y ciudadanía", *Andamios. Revista de Investigación Social*, vol. 5, n.° 10, 2009, pp. 71 a 109, disponible en [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=62811391004].

3 Francisco Soto Barrientos y Ezio Costa Cordella. "Tensiones y desafíos de la participación ciudadana en materia ambiental", *Revista Derecho del Estado*, n.° 44, 2019, pp. 227 a 255, disponible en [https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6149].

Como señala la doctrina[4] y sin ánimo de ser exhaustivos, la participación ciudadana cumple varias funciones. En primer lugar, permite que la ciudadanía se involucre en la toma de decisiones ambientales que la afectan y pueda así aportar antecedentes, informaciones que van mejorando y perfeccionando el proceso deliberativo o el conocimiento sobre el proyecto o actividad eventualmente objeto de la evaluación. Así mismo, persigue un segundo objetivo complementario al primero: es decir, lograr un consenso generalizado acerca de las decisiones de la autoridad y reducir, como consecuencia, la oposición y la suspicacia de la comunidad hacia las medidas adoptadas, reacciones que en definitiva podrían obstaculizar su implementación, desvirtuar su eficacia o traducirse, sobre todo en el caso de actos autorizatorios, en una escalada de reclamaciones administrativas y judiciales. En este sentido, la participación ciudadana puede ser vista como una herramienta para prevenir conflictos sociales. Así lo señala también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que reconoce en la participación uno de los pilares fundamentales de los derechos ambientales de procedimiento, y destaca su potencialidad para incrementar la capacidad de los Estados para responder a las inquietudes y demandas públicas de manera oportuna, para construir consensos y mejorar la aceptación y cumplimiento de las decisiones ambientales[5].

4 Camilo Mirosevic Verdugo. "La participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y las reformas introducidas por la Ley Nº 20.417", *Revista de Derecho (Valparaiso)*, n.º 36, 2011, pp. 281 a 323, disponible en [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173620958007]; Ezio Costa Cordella. "La participación ciudadana en la evaluación de impacto regulatorio: desafíos para la administración", *Revista de Derecho Público*, n.º esp., 2018, pp. 37 a 52, disponible en [https://revistatrabajo.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/51249/53663]; Ezio Costa Cordella y Victoria Belemmi. "¿Susurros al viento?: desempeño de la participación ciudadana en el seia", *Revista de Derecho Ambiental*, n.º 8, 2017, pp. 7 a 29, disponible en [https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/47909]; Dominique Hervé Espejo. *Justicia ambiental y recursos naturales*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2015.

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia, 2017.

Estos últimos puntos son en particular relevantes para Chile, país en el cual, según muestra el mapa de conflictos socioambientales[6], existen varios focos activos de disputas entre comunidades locales, por un lado, sobre todo las pertenecientes a pueblos originarios o que se encuentran en los quintiles inferiores de la escala de pobreza, y por el otro, el Estado o los titulares de proyectos, en particular modo proyectos del sector energético o minero. Lo anterior pone en relevancia la necesidad de que las decisiones en ámbito ambiental sean conocidas y compartidas con la población, en especial, con la de escasos recursos, la cual podría contar con niveles de educación insuficientes y/o podría presentar diferencias culturales, en término de costumbres e idioma.

Para que la participación ciudadana se convierta en una herramienta eficaz de gobernanza ambiental[7], estos son parámetros que deben tenerse en cuenta al momento de diseñar los procesos participativos, pues si no fuera así, se correría el riesgo de marginar ulteriormente a grupos vulnerables y a perpetrar una atmósfera de desconfianza hacía las autoridades administrativas y los titulares de proyectos, lo que a su vez constituye una semilla importante de la conflictividad socioambiental ya mencionada.

I. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y SU FUNDAMENTO

La Constitución Política de la República de Chile (en adelante simplemente Constitución) en la actualidad vigente no reconoce expresamente el derecho a la participación ciudadana, sino más bien se limita a consagrar el "derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación" (art. 19, num. 8, inc. 1.°). Por eso, no extraña el hecho que en los últimos años se hayan multiplicado los llamados a modificar el texto de la Carta Magna para introducir una referencia expresa a los

6 Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Mapa de conflictos socioambientales de Chile*, disponible en [https://mapaconflictos.indh.cl/#/].

7 Gonzalo Aguilar Cavallo. "El contenido y los alcances contemporáneos del derecho al acceso a la participación ambiental", *Ius et Praxis*, vol. 26, n.° 2, 2020, pp. 78 a 103, disponible en [https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7505878].

derechos de acceso a la información, a la participación ciudadana y a la justicia en asuntos ambientales[8].

A pesar de los límites del existente texto constitucional, el debate jurídico chileno no queda del todo impermeable al desarrollo del derecho internacional en materia. Son frecuentes las referencias a instrumentos tanto de alcance general, por ejemplo, a la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública[9], como a otros cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a la materia ambiental. En particular modo, la Carta antes aludida, a la cual se inspira la Ley 20.500[10] sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública, es significativa porque establece que la participación ciudadana en la gestión pública se basa, entre otras cosas, en el principio de "constitucionalización", que implica el compromiso de los Estados iberoamericanos hacia el reconocimiento en las constituciones del derecho de participación ciudadana en la gestión pública y la regulación de los mecanismos, procedimientos y garantías que este requiere (punto 10). Por otra parte, es imposible desconocer la discusión doctrinaria[11] que originó a partir del Principio 10 de la Declaración de Río[12], en el cual se consagra que "el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda" y que en el plano nacional "toda persona deberá tener [...] la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones". Se trata de ideas que en realidad, ya se encontraban plas-

8 Valentina Durán Medina. "¿Hacia una constitución ecológica?", *Revista de Derecho Ambiental*, vol. 1, n.° 15, 2021, pp. 1 a 6, disponible en [https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/64144]; Hervé Espejo. *Justicia ambiental y recursos naturales*, cit.

9 Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, 25 y 26 de junio de 2009.

10 Ley 20.500 de 4 de febrero de 2011, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1023143].

11 Pilar Moraga Sariego. "La definición de nuevos estándares en materia de participación ciudadana en el sistema de evaluación de impacto ambiental chileno", *Revista Derecho del Estado*, n.° 38, 2017, pp. 177 a 198, disponible en [https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4931].

12 Organización de las Naciones Unidas. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 3 a 14 de junio de 1992, disponible en [https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm].

madas en el *Brundtland Report*[13], y enfatizadas en el capítulo 23 del Programa 21[14], donde se destacan el rol de la participación ciudadana en el logro de los objetivos perseguidos por el mismo Programa y su estrecha relación con el desarrollo sostenible.

Ahora bien, los instrumentos antes mencionados, la Declaración de Río[15] y el Programa 21[16], en realidad, por su naturaleza no son vinculantes para los Estados y pertenecen al así llamado *soft law* internacional, aunque se podría debatir si las (o cuanto menos algunas) disposiciones de la Declaración se han convertido en normas consuetudinarias, punto sobre el cual no hay consenso y en el cual no vamos a adentrarnos. Por otra parte, si bien fue uno de los Estados promotores de su redacción, Chile no es parte del Acuerdo de Escazú, el nombre bajo el cual es conocido el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe[17], entrado en vigor el 22 de abril de 2021, que constituye el único tratado internacional regional que reconoce de manera específica el derecho a la participación ciudadana en ámbito ambiental. De todas maneras, el fundamento jurídico de dicha garantía podría derivarse de otros instrumentos internacionales de carácter más general[18].

En fin, cabe recordar que, a nivel de legislación interna, el principio participativo es uno de los que inspiraron la redacción de la Ley 19.300[19], sobre Bases Generales del Medio Ambiente, en adelante –

13 Organización de las Naciones Unidas. *Report of the World Commission on Environment and Development*, onu, 1987, disponible en [https://digitallibrary.un.org/record/139811].

14 Organización de las Naciones Unidas. *Programa 21*, 3 a 14 de junio de 1992, disponible en [https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21toc.htm].

15 Organización de las Naciones Unidas. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, cit.

16 Organización de las Naciones Unidas. *Programa 21*, cit.

17 Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación* Pública y *el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe*, Santiago, onu, 2018, disponible en [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf].

18 Aguilar Cavallo. "El contenido y los alcances contemporáneos del derecho al acceso a la participación ambiental", cit.

19 Ley 19.300 de 1.° de marzo de 1994, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30667].

LBGMA–, como señala el mismo mensaje del proyecto de ley, lo que ha permitido tanto a la doctrina como a la jurisprudencia reconocer en la participación ciudadana un factor que debiera orientar toda la normativa y gestión ambientales en Chile[20].

II. PARTICIPACIÓN E INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL EN CHILE

No obstante este importante reconocimiento, hasta ahora Chile no ha elaborado una regulación comprensiva de la participación ciudadana en los asuntos ambientales. Por lo tanto, este tema deberá ser analizado teniendo en cuenta la normativa específica aplicable a los distintos instrumentos de gestión ambiental, entendiendo bajo este concepto "conjunto de medidas de variado orden (jurídicas, económicas, planificadoras, etc.) destinadas al logro de finalidades de protección y mejoramiento ambiental"[21]. En este estudio, acotaremos nuestra indagación a la participación ciudadana en cuatro ámbitos: 1) La elaboración de políticas, planes y programas ambientales; 2) La elaboración de normas de calidad y de emisión; 3) La elaboración de planes de prevención y de descontaminación y, 4) El procedimiento de evaluación de impacto ambiental. En este párrafo vamos a identificar algunos problemas que se presentan en los primeros tres, mientras vamos a dedicar una sección al análisis más profundizado de la participación ciudadana en el último instrumento de gestión ambiental, por los motivos que señalaremos más adelante.

En primer lugar, respecto de la elaboración de políticas, planes y programas, la Ley 19.300[22] regula en su párrafo 1.° *bis* el procedimiento de Evaluación Ambiental Estratégica –EAE–, que tiene la finalidad de promover la incorporación de consideraciones ambientales al proceso de formulación de instrumentos de carácter normativo general, que

20 Luis Cordero Vega y Ximena Insunza Corvalán. "La participación ciudadana en los planes de descontaminación atmosférica. Una evaluación sin romance", *Revista de Derecho Ambiental*, vol. 1, n.° 15, 2021, pp. 77 a 94, disponible en [https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/58361].

21 Jorge Bermúdez Soto. *Fundamentos de derecho ambiental*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014.

22 Ley 19.300 de 1994, cit.

tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad (art. 7.° *bis*), entre los cuales se encuentran también los Instrumentos de Planificación Territorial -IPT-. Sin embargo, en conformidad con el artículo 7.° *ter*, la definición de la "Forma de participación del público interesado" es remitida a las normas reglamentarias, que en la actualidad están contenidas en el Decreto Supremo 32[23], cuyo artículo 17 establece que las personas tienen la facultad de: "a) Aportar antecedentes cuya consideración estime relevante para la adecuada elaboración de la política, plan o instrumento de ordenamiento territorial en cuestión. b) Formular observaciones al proceso de Evaluación Ambiental Estratégica desarrollado hasta ese momento". Además de contemplar estas facultades en la etapa de diseño de las políticas, planes o IPT, el Reglamento establece un periodo de consulta pública en la fase de aprobación, durante el cual "cualquier persona podrá formular observaciones al anteproyecto de política, plan o instrumento de ordenamiento territorial, y a su respectivo informe ambiental" (art. 24, inc. 1.°).

Sin la pretensión de entrar en un comentario detenido de estas normas, queremos señalar algunos aspectos relevantes. En primer lugar, el Reglamento amplía el ámbito subjetivo de las personas que pueden realizar sus consideraciones[24], pues se abandona la expresión "público interesado" contenida en la ley y se garantiza la facultad de participar en estos procedimientos a toda persona, sin la necesidad de manifestar un interés en el resultado. Por otra parte, el Reglamento, además de consagrar la facultad de señalar inquietudes y preocupaciones, fija también la forma en que las autoridades deben tener en cuenta las observaciones presentadas. En efecto, según se precisa en el artículo 21, en el Informe Ambiental, el documento que da cuenta de la aplicación de la Evaluación Ambiental Estratégica debe identificarse "los resultados de la instancia de participación ciudadana efectuada, incluyendo una síntesis de las principales observaciones realizadas y una respuesta razonada, en lo pertinente, que podrá ser común para las que planteen cuestiones similares en cuanto a su fondo" (letra k).

23 Decreto Supremo 32 de 17 de agosto de 2015, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1083574].

24 Eduardo Cordero Quinzacara e Iris Vargas Delgado. "Evaluación ambiental estratégica y planificación territorial. Análisis ante su regulación legal, reglamentaria y la jurisprudencia administrativa", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n.° 3, 2016, pp. 1.031 a 1.056, disponible en [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177049708011].

Así mismo, el artículo 24 prescribe una obligación similar en relación con las observaciones presentadas durante la consulta pública y, por último, la Resolución de Término del Proceso de Evaluación Ambiental Estratégica debe contener el resumen de la consulta pública y de las demás instancias de participación ciudadana efectuadas (art. 26, letra i). Sobre este último punto, señalamos que el Reglamento contiene una disposición relevante por medio de la cual se flexibiliza y se amplía la posibilidad de generar instancias participativas: nos referimos a la que habilita al órgano responsable para implementar otros mecanismos destinados a profundizar la participación ciudadana en esta etapa, de estimarlo pertinente (art. 17, inc. 3.°). En definitiva, aunque la regulación es más escueta si la comparamos con la aplicable a otros instrumentos, *in primis* al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que vamos a analizar después, podemos al menos aplaudir el reconocimiento y la incorporación de herramientas de participación ciudadana al procedimiento de elaboración de políticas, planes y programas.

Las deficiencias en este ámbito, derivan en realidad de un "pecado original" que remonta a la naturaleza de esta EAE y en especial, al ser este un procedimiento no obligatorio para todos los planes y políticas. El inciso 2.° del artículo 7.° *bis* de la Ley 19.300[25] de hecho sujeta a evaluación ambiental estratégica de forma automática solo a "los planes regionales de ordenamiento territorial, planes reguladores intercomunales, planes reguladores comunales y planes seccionales, planes regionales de desarrollo urbano y zonificaciones del borde costero, del territorio marítimo y el manejo integrado de cuencas…", pero en relación con las demás políticas, planes y programas la decisión es remitida a la discrecionalidad del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, órgano que determinará si se debe o no evaluar estratégicamente un plan o política en virtud de su impacto al medio ambiente o a la sustentabilidad, y del Presidente de la República, al cual corresponde la última palabra de si el instrumento especifico debe someterse o no a la evaluación[26]. En definitiva, al no darse el procedimiento de la EAE, tampoco se realizaría una participación ciudadana en relación con la política, plan o programa concreto.

25 Ley 19.300 de 1994, cit.

26 SOFÍA HÜBNER. "La evolución de la evaluación ambiental estratégica desde la Ley No. 20.417", *Revista de Derecho Ambiental*, n.° 6, 2016, pp. 119 a 142, disponible en [https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/43318].

En segundo lugar, respecto de la elaboración de normas de calidad ambiental y de emisión, hay que hacer referencia a lo dispuesto en el reglamento para su dictación, el Decreto Supremo 38[27], el cual en realidad, ni siquiera aborda de modo expreso el tema de la participación ciudadana y se limita a consagrar la publicidad de las distintas etapas del procedimiento para la dictación de las normas de calidad y de emisión, que comprende el desarrollo de estudios científicos, el análisis técnico y económico, la consulta a organismos competentes, públicos y privados, y el análisis de las observaciones formuladas (art. 6.°). Solo en la etapa de elaboración del anteproyecto, regulada por el artículo 12, se establece que "cualquier persona, natural o jurídica, podrá dentro del plazo señalado por la resolución, aportar antecedentes técnicos, científicos y sociales sobre la materia a regular" (inc. 3.°) y que "dichos antecedentes deberán ser fundados y entregarse por escrito" (inc. 4.°). Nada se establece sobre el plazo para la presentación de dichos antecedentes, el cual, por lo tanto, debiera ser definido por la autoridad. Sí, se consagra una etapa de consulta pública sobre el anteproyecto de norma, una vez elaborado y aprobado (arts. 17 y 20), durante la cual cualquier persona, natural o jurídica, podrá formular observaciones a su contenido (art. 20, inc. 1.°), que deberán ser acompañadas de los antecedentes en los que se sustentan, en especial los de naturaleza técnica, científica, social, económica y jurídica (inc. 2.°).

Por último, se establece que en la elaboración del proyecto definitivo de la norma deberán considerarse todos los antecedentes contenidos en el expediente, entre los cuales también los presentados por los particulares, y "el análisis de las observaciones formuladas en la etapa de consulta" (art. 21). Entonces, en caso de omitir este examen, el procedimiento quedaría viciado. Sin embargo, no resulta muy claro hasta qué punto la autoridad debe ponderar y hacerse cargo de las opiniones manifestadas por la ciudadanía. La omisión total de este paso constituiría un vicio de carácter procedimental, que podría afectar la validez del acto final solo si afectara un "requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado", según lo dispuesto en el artículo 13, inciso 2°, de la Ley 19.880[28], sobre procedimientos administrativos. Por otra

27 Decreto Supremo 38 de 30 de octubre de 2012, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1053036&idParte=0].

28 Ley 19.880 de 22 de mayo de 2003, disponible n [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=210676].

parte, cabe considerar que la decisión final de la autoridad ambiental podría carecer de fundamentación al no analizar las observaciones de la ciudadanía, lo que constituiría un vicio de legalidad censurable por parte de los tribunales y que, por lo tanto, puede determinar la anulación del decreto que aprueba la nueva norma (2.° Tribunal Ambiental, 2014, cons. 50).

De todas maneras, podríamos concluir que el término "análisis" suena menos incisivo del deber de "pronunciarse fundadamente" que gatilla la participación ciudadana en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en el cual la revisión del actuar de la administración en sede contenciosa puede alcanzar un nivel más profundo, en el caso en que la autoridad desatienda los aportes de la ciudadanía, y adopte, por ejemplo, una decisión contraria a o incompatible con dichas observaciones y no adecuadamente motivada.

Una regulación muy parecida a la antes mencionada, está contenida también en el Decreto Supremo 39[29], que se refiere a la dictación de Planes de Prevención y de Descontaminación.

En suma, podríamos evidenciar que la participación ciudadana en los dos últimos procedimientos analizados se acota a la presentación por escrito de comentarios, pero no contempla, cuanto menos a la luz del texto literal de los reglamentos citados, otras instancias, tales como audiencias o reuniones con el público. Solo en el caso de la consulta pública sobre el anteproyecto aprobado, se faculta al Ministerio del Medio Ambiente para disponer mecanismos alternativos o complementarios, pero lo anterior queda remitido a la discrecionalidad de la autoridad. Señalamos así mismo, un reciente estudio en el cual, después de analizar más en detalle la ejecución práctica del Reglamento para la Dictación de Planes de Prevención y de Descontaminación, se destaca la escasa participación de la ciudadanía en el procedimiento y la falta de real incidencia de esta herramienta en la elaboración de los planes mencionados, lo que se debe en parte al contenido y al tipo de observaciones presentadas en el marco de dicho proceso[30].

En fin, nuestro análisis apunta a que, al menos respecto de los procedimientos hasta ahora considerados, la normativa actual no ayuda a que la participación ciudadana alcance altos grados de influencia en

29 Decreto Supremo 39 de 30 de octubre de 2012, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1053037].

30 Cordero Veja e Insunza Corvalán. "La participación ciudadana en los planes de descontaminación atmosférica. Una evaluación sin romance", cit.

la toma de decisiones y pueda convertirse en un efectivo mecanismo de gobernanza ambiental.

III. PARTICIPACIÓN EN EL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

Nuestra atención se va a concentrar ahora en la participación ambiental en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, regulado por la Ley 19.300[31] y por su reglamento, el Decreto Supremo 40[32]. Los motivos de este estudio más pormenorizado son los siguientes: en primer lugar, a través del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental se evalúan los impactos de determinados proyectos, identificados en la lista positiva por exclusión del artículo 10.° de la ley mencionada[33], después detallada ulteriormente por el reglamento. Se trata, por lo tanto, de actividades que por sus características (extensión, ubicación, uso de recursos y sustancias, etc.) pueden generar efectos más perjudiciales en el medio ambiente y en las comunidades locales. Así mismo, al ser proyectos específicos, que van a intervenir en un contexto territorial determinado, producen impactos más evidentes y tangibles para la población, en particular modo para la que vive en o en las cercanías del entorno ambiental afectado. Por ambos motivos, es esperable que la ciudadanía y en especial las comunidades locales tengan un mayor interés en cómo se desarrolla la evaluación de dichas actividades y en los resultados de este proceso.

Por otra parte, cabe mencionar que las normas en materia de participación ciudadana en el marco de la evaluación ambiental de los proyectos son las más extensas y particularizadas que existen en Chile, aunque presentan los límites que se evidenciarán a continuación. En efecto, es menester mencionar desde ya que la participación ciudadana no es una instancia obligatoria en todos los procedimientos autorizatorios ambientales.

Como ya se mencionaba, al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental se someten solo los proyectos definidos por la ley y por el

31 Ley 19.300 de 1994, cit.

32 Decreto Supremo 40 de 30 de octubre de 2012, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1053563].

33 Eduardo Astorga Jorquera. *Derecho ambiental chileno*, 5.ª ed., Santiago, Thomson Reuters, 2017.

reglamento: por lo tanto, no todas las actividades que generen efectos adversos en el ambiente deben sujetarse a este mecanismo y contar, previamente a su ejecución, con una Resolución de Calificación Ambiental favorable, el acto administrativo autorizatorio que habilita al titular del proyecto para desarrollar una determinada actividad. A título ejemplificativo, una central hidroeléctrica deberá contar con la autorización antes mencionada solo si la cantidad de energía producida es superior a 3MW; a su vez, un proyecto de acuicultura (ej. cultivo intensivo de salmones) se someterá al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental solo si recae dentro de las categorías definidas en el artículo 3.°, letra n del Decreto 40 de 2012[34], por ejemplo, si estiman una producción anual igual o superior a 35 toneladas.

Además de excluir de la aplicación de este instrumento de gestión ambiental a proyectos que no cuentan con ciertos requisitos o umbrales "mínimos", la normativa presenta omisiones y lagunas importantes en la selección ab origine de las categorías de actividades objeto de evaluación ambiental; por ejemplo, no se someten al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental las plantas de desalinización y de desalación, tampoco los proyectos de extracción de recursos hidrobiológicos (pesca), sin perjuicio de que algunas instalaciones o "partes" de dichos proyectos puedan recaer en otras categorías de actividades para las cuales sí es obligatorio contar con una Resolución de Calificación Ambiental favorable.

De todas maneras, para efectos de este trabajo el límite más importante es representado de la obligatoriedad de la participación ciudadana solo para los proyectos que ingresan a través de un Estudio de Impacto Ambiental (art. 29, Ley 19.300 de 1994). En el marco de este procedimiento, cabe reconocer que la normativa chilena se caracteriza por su amplitud y generosidad, pues garantiza a "cualquier persona natural o jurídica" la facultad de formular observaciones al estudio, sin la necesidad de acreditar un interés particular en el proyecto o actividad objeto de evaluación. Lo anterior significa que una persona domiciliada en Puerto Natales, en el sur del país, podría opinar sobre un proyecto cuya área de influencia abarca la municipalidad de San Pedro de Atacama, en el norte, y viceversa.

Sin embargo, en los procedimientos que son iniciados a través de una Declaración de Impacto Ambiental, la participación ciudadana es

34 Decreto Supremo 40 de 2012, cit.

meramente facultativa, según detallaremos a continuación. Como ya señalamos, lo anterior constituye una barrera importante, pues bajo la normativa chilena, las actividades que se someten a evaluación por medio de un estudio de impacto ambiental son solo los que presentan los efectos, características o circunstancias delineadas en el artículo 11 de la Ley 19.300 de 1994: es decir, muy en síntesis, riesgo para la salud de la población, efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas en sentido lato, alteración significativa del valor paisajístico o turístico de una zona, y alteración del patrimonio cultural; sin embargo, como se puede constatar de la información que aparece en la página oficial del Servicio de Evaluación Ambiental –SEA–, los proyectos que cumplen con estos requisitos constituyen una parte muy menor del universo de las actividades ambientalmente evaluadas.

IV. PARTICIPACIONES CIUDADANAS Y DECLARACIONES DE IMPACTO AMBIENTAL

Como ya señalamos, el discurso se complejiza con los proyectos sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por medio de una Declaración de Impacto Ambiental. En efecto, la Ley 20.417[35], que reformó la LBGMA en 2010, introdujo la posibilidad de realizar la participación ciudadana también en relación con esta categoría de proyectos, pero de forma acotada y por un periodo más breve, de solo 20 días (art. 30 *bis*). Sin embargo, para que se abra esta instancia deben cumplirse dos requisitos copulativos: en primer lugar, se establece que dentro del plazo de diez días contado desde la publicación en el *Diario Oficial* del proyecto o actividad sometido a Declaración de Impacto Ambiental, la apertura de la participación ciudadana debe ser solicitada por escrito por a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a través de sus representantes, o como mínimo diez personas naturales directamente afectadas. Además, el proyecto

35 Ley 20.417 de 12 de enero de 2010, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1010459].

debe generar cargas ambientales para las comunidades próximas, es decir, aquellas ubicadas en el área donde se manifiestan los impactos ambientales del proyecto[36], o sea en el área de influencia. Bajo estos supuestos, el director regional o ejecutivo del SEA, según corresponda, podrán decretar la realización de un proceso de participación ciudadana. En realidad, todavía se discute si al cumplirse las condiciones señaladas es obligatorio para la autoridad administrativa abrir una etapa de participación ciudadana. Algunos autores estiman que sí, el SEA estaría obligado a dar lugar a la participación ciudadana: no se trataría, por lo tanto, de una facultad, sino más bien de un deber para la administración[37], pero esta conclusión no es compartida por todos[38].

Con todo, si bien la nueva normativa tiene el mérito de haber abierto a la participación ciudadana también en el marco de los proyectos que ingresan por medio de una Declaración de Impacto Ambiental, ha generado roces interpretativos, como vamos a dilucidar a continuación.

Un primer problema puede surgir a raíz de una incorrecta definición del área de influencia, operación que en la normativa chilena es sustancialmente entregada al titular del proyecto, salvo algunos ajustes que puedan ser requeridos por el SEA, por las mismas personas interesadas o por los órganos con competencias ambientales que participan en la evaluación del proyecto. Sin entrar en los detalles de dichas normas, nos interesa solo señalar que si la extensión del área de influencia, definida por el titular, es errada y deja afuera a una comunidad que en la realidad sí resulta afectada por los impactos ambientales del proyecto, se genera un error en la evaluación ambiental que puede derivar en la indebida exclusión de un grupo humano de la posibilidad de solicitar la apertura del proceso de participación.

Por otra parte, el concepto de "cargas ambientales" acuñado en la ley adolece de imprecisión y genericidad, lo que se ha traducido en la formulación de múltiples interpretaciones. Sobre este punto, con el ánimo de precisar el mandato legislativo, el Decreto Supremo 40[39]

36 Decreto Supremo 40 de 2012, cit., art. 94, inc. 3.°.

37 Alejandra Donoso Cáceres. "Justicia ambiental y participación ciudadana en el Sistema de Evaluación de Impactos Ambientales", *Revista de Derecho Ambiental*, n.° 10, 2018, pp. 48 a 68, disponible en [https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/51852].

38 Bermúdez Soto. *Fundamentos de derecho ambiental*, cit.

39 Decreto Supremo 40 de 2012, cit., art. 94, inc. 7.°.

trata de dar contenido a esta expresión, al establecer que "se entenderá que provocan cargas ambientales aquellos proyectos o actividades que generan beneficios sociales y que ocasionan externalidades ambientales negativas en localidades próximas durante su construcción u operación" (art. 94, inc. 6.°). Y agrega, en el inciso siguiente:

> Se considera que generan cargas ambientales los proyectos o actividades cuyas tipologías correspondan a las letras a.1, b), c), d), e), f), j) y o) del artículo 3 de este Reglamento o que contengan partes, obras o acciones a las que apliquen dichas tipologías, así como cualquier otro proyecto o actividad cuyo objetivo consista en satisfacer necesidades básicas de la comunidad, tales como proyectos de saneamiento, agua potable, energía, entre otros[40].

En realidad, dicha aclaración, en lugar de ayudar en la interpretación y aplicación de la norma, ha gatillado aún más controversias.

Al inicio se discutió sobre el carácter taxativo o indicativo del listado de proyectos mencionados en la disposición. En la actualidad, la jurisprudencia tiende a aceptar que el artículo 94 antes aludido se limita a indicar algunas categorías de proyectos, pero no excluye la eventualidad de que otras tipologías, distintas de las enumeradas en las letras expresamente mencionadas, puedan derivar en cargas ambientales[41]. Esta conclusión parece confirmada también por la historia de la Ley 20.417, que modificó la Ley 19.300, y de las modificaciones que se aportaron al actual artículo 94, inciso 7.° de Decreto Supremo 40, cuyo proyecto inicial señalaba: "Se considera que generan cargas ambientales únicamente los proyectos o actividades cuyas tipologías correspondan a las letras...". La eliminación de ese adverbio, según consta del Acuerdo 10 de 2014 del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, constituiría la prueba irrefutable de que no se quiso limitar la posibilidad de abrir la participación ciudadana exclusivamente a los proyectos indicados en el artículo[42].

40 Ídem.

41 Corte Suprema. Rol N.° 55.203-2016 (recurso de protección), María Stipicic Escauriaza con Servicio de Evaluación Ambiental, 16 de marzo de 2017.

42 Corte Suprema. Rol N.° 197-2019 (recurso de protección), Marlina Orellana Silva y otro con Servicio de Evaluación Ambiental, 15 de mayo de 2019.

En los últimos años, la principal pugna interpretativa se ha librado sobre el concepto de "beneficios". En este caso, se notan claramente las posturas opuestas de los órganos judiciales, en especial de la Corte Suprema, y del Servicio de Evaluación Ambiental, la autoridad que recibe y debe pronunciarse sobre las solicitudes.

En efecto, la jurisprudencia tiende a interpretar el concepto de "beneficios sociales" en términos muy amplios. Por ejemplo, la Corte Suprema afirma, en relación con un proyecto de prospección minera, que, por ser una actividad (la extracción de minerales), sujeta al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y "que generará, en mayor o menor medida, un beneficio o utilidad social" cumple cabalmente con los requisitos del artículo 30 *bis* de la ley y por lo tanto, debe "darse lugar al proceso de participación ciudadana, por cuanto concurren las demás exigencias que ha establecido el legislador"[43]. Funda su decisión, entre otras cosas, en la definición de beneficio contenida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que asocia los "beneficios" al "bien que se hace o se recibe", "utilidad o provecho", "acción de beneficiar". Siguiendo la misma línea interpretativa, parte de la doctrina afirma que:

> La inmensa mayoría de los proyectos que se someterán al SEIA [Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental] tendrán esa característica, por cuanto de la revisión de las tipologías contenidas en el artículo 10 no encontramos ningún proyecto que no produzca, aunque sea en menor escala, algún beneficio social[44].

Por otra parte, la posición del SEA es más estricta y excluye que la generación de cualquier tipo de beneficio (ej. de carácter económico para el titular o para una determinada persona o grupo humano) configure la situación del artículo 94. El beneficio social, según el Servicio, consiste en una "característica inherente a determinadas obras y actividades", que satisface necesidades de carácter colectivo y que se traduzca "en una mejora del nivel de bienestar social o condiciones de vida de las comunidades próximas". Al mismo tiempo, debe tratarse de proyectos que conllevan externalidades negativas para una determinada comu-

43 Ídem.

44 COSTA CORDELLA. "La participación ciudadana en la evaluación de impacto regulatorio: desafíos para la administración", cit.

nidad o localidad[45]. Como consecuencia, el SEA considera que no se generan "cargas ambientales" si el supuesto beneficio social que deriva del proyecto consiste exclusivamente en la generación de empleo[46] y si la tipología del proyecto no corresponde a aquellas cuyo objetivo consista en satisfacer necesidades básicas de la comunidad, que estarían asociadas al abastecimiento de energía, conectividad, agua potable, saneamiento y otras de similares características. Por ejemplo, se señala que "un centro de cultivo no es un proyecto que genere beneficios sociales, por lo tanto, no concurren los requisitos para configurar cargas ambientales"[47][215]. Esta es la postura mantenida por el SEA también en relación con algunos proyectos inmobiliarios[48].

Se reconoce que no es fácil identificar la interpretación conforme a derecho. Por una parte, es innegable que el legislador no quiso permitir la abertura de la participación ciudadana a todo tipo de proyectos. Si hubiera sido esa la intención, se habría podido incorporar a la misma Ley 19.300 de 1994 una norma única tanto para las actividades que ingresan por medio de un estudio de impacto ambiental como para las que entran a través una declaración de impacto ambiental, eventualmente con algunas diferencias en materia de duración o modalidades de la participación ciudadana. En ese sentido, el intento de acotar el espectro de los procedimientos con momentos participativos resulta bastante evidente en la estructura y formulación de la Ley 19.300[49].

Sin embargo, el problema radica en dónde fijar la línea de demarcación entre los proyectos con cargas ambientales y los sin cargas. Una interpretación excesivamente extensiva de dicho concepto llevaría a contradecir la voluntad histórica y el mismo texto legislativo; por otra parte, una solución más restringida entraría en conflicto con el principio participativo que, como ya se dijo, debiera inspirar la aplicación de la ley, con el "deber del Estado facilitar la participación ciudadana"[50] y en fin, con la misma tarea que fue encomendada al SEA, es decir "establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la

45 Resolución Exenta 322 de 14 de junio de 2017, disponible en [http://seia.sea.gob.cl/archivos/2017/07/21/Res_rechaza_PAC_N__0322.pdf].

46 Ídem.

47 Resolución Exenta 31 de 18 de enero de 2016, disponible en [https://seia.sea.gob.cl/archivos/2016/01/26/Res._No_PAC.pdf].

48 Resolución Exenta 322 de 2017, cit.

49 Ley 19.300 de 1994, cit.

50 Ley 19.300 de 1994, cit., art. 4.°.

comunidad"[51]. Tal vez, una solución para superar este impasse puede descansar en un examen más casuístico, en que se evalúen los efectos de cada proyecto concreto respecto del cual se solicita la apertura de la instancia de participación ciudadana, más allá de una exclusión por categorías o tipologías de actividades.

Ahora, para completar este análisis, cabe recordar que en caso de no decretarse la apertura de la fase participativa, la resolución respectiva puede ser impugnada ante la autoridad administrativa. En efecto, a pesar de constituir un acto de mero trámite, la decisión del SEA de no abrir la participación ciudadana recaería en la subespecie del 2.° inciso del artículo 15, Ley 19.880[52], es decir de los actos trámites que determinan la imposibilidad de continuar un procedimiento o producen indefensión. Por otra parte, resulta todavía controvertida la posibilidad de presentar contra este acto un recurso de protección ambiental ex artículo 19, numeral 24 de la Constitución; en la jurisprudencia todavía no hay una línea clara consolidada: sí bien hay sentencias que acogen la acción constitucional[53], no se trata de fallos adoptados de manera unánime. Los votos disidentes y las sentencias contrarias se fundan la competencia de los tribunales ordinarios (inter alía[54]; cons. 4° del voto disidente) y argumentan que a partir de la entrada en vigor de la Ley 20.600[55], de Tribunales Ambientales, son estos los llamados a conocer de las controversias medioambientales.

VI. EL DESARROLLO DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Una vez superados los escollos que se presentan al iniciar un proceso de participación ciudadana, el camino siguiente no resulta del todo exento de obstáculos, pues también en la fase de desarrollo de la par-

51 Ibíd., art. 26.

52 Ley 19.880 de 2003, cit.

53 CORTE SUPREMA. Rol N.° 197-2019 de 2019, cit.; ÍD. Rol N.° 55.203-2016 de 2017, cit.

54 CORTE SUPREMA. Rol N.° 42.358-2017 (recurso de protección), Junta de Vecinos Villa Macul y otros con Servicio de Evaluación Ambiental, 19 de marzo de 2018; ÍD. Rol N.° 55.203-2016 de 2017, cit.

55 Ley 20.600 de 18 de junio de 2012, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1041361].

ticipación ciudadana se pueden manifestar algunas deficiencias que terminan desvirtuando la finalidad de este instrumento.

Ahora bien, en general, la normativa es bastante parca en definir cuáles son las modalidades para realizar la participación ciudadana y solo se limita a fijar los plazos máximos, que son distintos según el proyecto evaluado haya ingresado por medio de un estudio de impacto ambiental o por medio de una declaración de impacto ambiental: 60 y 20 días respectivamente. En el segundo caso, como se podrá apreciar, es un plazo relativamente corto, aunque se trata de días hábiles y no corridos. Basta solo con mencionar que si se generan retrasos en conseguir y comprender las informaciones sobre el proyecto la participación ciudadana podría resultar menos eficaz.

Respecto de las modalidades, la Ley 19.300[56] no da mayores orientaciones y se limita a señalar que cualquier persona natural o jurídica puede presentar sus observaciones (arts. 28 y 30 *bis*), también de forma electrónica (art. 14 *bis*, inc. 3.°). El Reglamento solo agrega que las observaciones deberán "formularse por escrito, contener sus fundamentos y referirse a la evaluación ambiental del proyecto o actividad". Así mismo, establece algunos requisitos mínimos: la indicación del nombre del proyecto o actividad de que se trata, el nombre completo de la persona natural o de la persona jurídica y de su representante que las hubiere formulado, y los respectivos domicilios o la dirección de correo electrónico, para efectos de las notificaciones. El Oficio Ordinario 130528 de 2013[57] del SEA agrega en fin que una observación ciudadana consiste en "toda opinión, comentario, pregunta preocupación y/solicitud de una persona natural o jurídica" (Oficio Ordinario 100142, 2010)[58] que cumple con los requisitos establecidos en la normativa y que "busca conocer, advertir o reparar acerca de un proyecto o actividad ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y su proceso de evaluación de impacto ambiental". Bajo esta interpretación, no calificaría como observación ciudadana y, por lo tanto, podrá ser considerada como no pertinente, aquella que verse sobre aspectos no ambientales o apartados del procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

56 Ley 19.300 de 1994, cit.

57 Oficio Ordinario n.° 130528 de 1.° de abril de 2013, disponible en [https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/archivos/instructivos/inst130528_obs_ciudadana_evaluacion.pdf].

58 Oficio Ordinario n.° 100142 de 15 de noviembre de 2010, disponible en [http://seia.sea.gob.cl/informacion_seia/instructivos/InstPAC.pdf].

Por otra parte, son relevantes las disposiciones del Decreto Supremo 40[59] que se refieren a las obligaciones del SEA y del titular del proyecto. En las mismas, se establece por ejemplo que "el Servicio deberá realizar actividades de información a la comunidad, adecuando las estrategias de participación ciudadana a las características sociales, económicas, culturales y geográficas de la población del área de influencia del proyecto en evaluación" y que el mismo "propiciará la instancia de encuentro entre el titular y la comunidad" (art. 83, inc. 3.°). En el mismo inciso, se aclara que "Estas actividades deberán realizarse oportunamente en un lenguaje sencillo, directo y de fácil comprensión para la comunidad". Por otra parte, el artículo siguiente habilita a la Comisión de Evaluación o al director ejecutivo del SEA, según corresponda, para "solicitar al titular informar a la comunidad sobre las características del proyecto o actividad, etc..." (art. 84, inc. 1.°). Como se puede notar, es fundamental en el desarrollo de la participación ciudadana la iniciativa del Estado y en particular modo del SEA, que debiera impulsar y fomentar las distintas actividades, ajustándolas al contexto de cada proyecto.

En general, la ausencia de regulaciones detalladas en materia no nos parece de por sí reprochable: al revés, permite un margen de flexibilidad en el diseño de la participación ciudadana que resulta más conforme a las finalidades de este instrumento, que para ser efectivo, necesita rehuir formalismos y estructuras excesivamente rígidas. En algunos casos también los tribunales refrendaron la actividad de las autoridades involucradas y de los titulares de los proyectos, que ofrecieron una adecuada información y difusión de las actividades, más allá de los métodos tradicionales, como puede ser la publicación en el *Diario Oficial*. Por ejemplo, en el caso de un proyecto minero, se identificaron de manera temprana los grupos potencialmente interesados (ej. juntas de vecinos, asociaciones, organizaciones gremiales etc.), se enviaron correos o se contactaron telefónicamente a sus representantes y/o miembros. En el mismo caso, el Tribunal destacó de manera favorable las instancias tempranas fomentadas por el mismo titular del proyecto, que habrían sido prodrómicas y ayudaron a preparar a las comunidades locales para las actividades oficiales de participación ciudadana enmarcadas dentro del procedimiento de evaluación de impacto ambiental[60].

59 Decreto Supremo 40 de 2012, cit.

60 Tribunal Ambiental. Rol N.° R-33-2019, Álvaro Castro Cepeda en contra del Servicio de Evaluación Ambiental, 5 de octubre de 2020.

En este sentido, también encontramos positivo que se haya suavizado por la vía interpretativa el mismo requisito de escrituración: por ejemplo, se ha señalado que las observaciones podrían ser recogidas por escrito no solo mediante un formulario, a completar por la parte interesada, sino que también mediante un acta que levante un ministro de fe, por ejemplo, durante una reunión o audiencia pública. De igual forma, se ha precisado que la recepción de observaciones por escrito o el levantamiento de actas pueda realizarse en dependencias distintas de las oficinas del SEA, pues la normativa no exige que se efectúe en estas últimas.

VI. LA DEBIDA CONSIDERACIÓN DE LAS OBSERVACIONES

Ahora, en el marco de la participación ciudadana, las personas tienen no solo el derecho a formular observaciones al proyecto en calificación, sino también a obtener respuesta fundada a sus pronunciamientos. Más en detalle, las observaciones presentadas durante la participación ciudadana deben ser evaluadas técnicamente (art. 9.° *bis*, Ley 19.300 de 1994; art. 91, inc. 1.°, Decreto Supremo 40 de 2012) y el SEA deberá hacerse cargo de estas, pronunciándose fundadamente respecto de ellas en el Informe Consolidado de Evaluación, el acto que precede la decisión final (art. 29, inc.° 3°, Ley 19.300 de 1994). Así mismo, se establece que las observaciones ciudadanas deberán ser consideradas en los fundamentos de la Resolución de Calificación Ambiental, la cual deberá ser notificada a quienes hubieren formulado dichas observaciones (art. 29, inc. 4.°, Ley 19.300 de 1994). Como se puede apreciar, la Ley 19.300 utiliza los conceptos de "considerar", "hacerse cargo" y "pronunciarse fundadamente", entendiendo que estos tres conceptos son sinónimos y fijan el estándar de la respuesta de las autoridades. El único punto que se aparta de los demás es el que se refiere a la evaluación técnica por parte del SEA, pero esta acotación se justifica si consideramos la naturaleza no política de este órgano.

Por otra parte, resulta interesante sondear cuál es el nivel exigido de debida ponderación de las observaciones formuladas por la ciudadanía.

De maera temprana, a pocos años desde la entrada en vigor del nuevo Decreto Supremo 40 de 2012, una sentencia del Tribunal Ambiental precisó que "la 'debida consideración' de la observación, obvia-

mente no implica concluir en una posición favorable a lo observado", lo que nos parece confirmado también por la historia legislativa[61].

Por otra parte, sí la disposición obligaría "a la autoridad a motivar adecuadamente su respuesta, no siendo suficiente una mera descripción que se limite únicamente a la reproducción de las opiniones del titular o de los organismos sectoriales, sino que deberá contener una revisión acuciosa de todos los elementos tenidos en cuenta en la evaluación"[62].

En un caso más reciente, también se afirma que el cumplimiento de la obligación de considerar las observaciones ciudadanas incluye, por un lado, la identificación de los "elementos técnicos y científicos de las preocupaciones ciudadanas", cuando ello corresponda, y, por el otro, la "incorporación en la respuesta de los elementos técnicos y científicos necesarios para mejorar la aceptación y cumplimiento de las decisiones ambientales"[63]. Bajo estos criterios, también se acepta una obra de reelaboración por parte del SEA, es decir "la sistematización y edición de las observaciones ciudadanas", siempre que esta no altere el contenido de las mismas y tenga como finalidad "separar y ordenar los diferentes aspectos involucrados en la consulta [...] de manera de facilitar el tratamiento y respuesta"[64]. En la misma dirección corre también la interpretación administrativa, formulada en el Oficio Ordinario 130528 de 2013 del SEA, el cual establece siete criterios para la debida consideración de las observaciones ciudadanas, señalando que la respuesta debe tener la siguientes características: 1) Completitud y precisión, de forma de "identificar cada uno de los temas planteados en la observación, y abordarlos de conformidad con los antecedentes del proceso de evaluación ambiental"; 2) Autosuficiencia, pues debe "dar una respuesta completa, evitando referencias genéricas" a los documentos (Estudio de Impacto Ambiental, Declaración de Impacto Ambiental, etc.) del procedimiento de evaluación. Sobre este punto, se precisa que cuando sea necesario, remitirse a uno

61 Costa Cordella. "La participación ciudadana en la evaluación de impacto regulatorio: desafíos para la administración", cit.

62 Tribunal Ambiental. Rol N.° R-35-2014, Sánchez Pérez Sandra en contra del director ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, 18 de febrero de 2016.

63 Tribunal Ambiental. Rol N.° R-7-2018, Asociación Gremial Agrícola de la Provincia de Huasco contra Servicio de Evaluación Ambiental, 24 de agosto de 2018.

64 Tribunal Ambiental. Rol N.° R-9-2019 de 2019, cit.

de estos documentos, este debe ser citado con suficiente precisión; 3) Claridad, tanto desde el punto de vista de la redacción como desde el lenguaje; 4) Sistematización y edición, en la medida que ya señalamos; 5) Independencia de lo presentado o entregado por el titular; 6) De autoría impersonal; 7) Actualización de la consideración. Bajo este último criterio, por ejemplo, se podría considerar que la respuesta no cumple con el estándar requerido cuando al responder la observación no se toman en cuenta nuevos antecedentes que pueden emerger a lo largo del procedimiento de evaluación de impacto ambiental o incluso en fases posteriores, como en la etapa de reclamación administrativa.

Así mismo, la ponderación de las observaciones es deficiente cuando las respuestas ofrecidas son genéricas, incompletas, o tergiversan, o sea se dirigen "en un sentido totalmente diverso a lo pretendido por la observación"[65] y no permiten zanjar la duda o la inquietud planteada por la comunidad. No son conformes a la finalidad de la participación ciudadana tampoco respuestas formuladas de manera incomprensible para los observantes; por ejemplo, por ser excesivamente técnicas[66]. Sobre este punto, destacamos que se debe prestar particular atención a las asimetrías que puedan darse entre las comunidades, por un lado, y el titular o las autoridades administrativas, por el otro[67]. En algunos casos, los conflictos surgen porque las personas no tienen las herramientas para conocer y entender el proyecto, porque el volumen, la complejidad técnica, etc. de la información dificulta su comprensión[68].

Desde otra perspectiva, no se cumplirían los estándares exigidos cuando la autoridad, si bien identifica correctamente cada uno de los temas planteados en las observaciones, no los aborda de forma integral y precisa, sobre la base de los antecedentes del proceso de evaluación ambiental. En particular, es relevante destacar que una adecuada consideración de las observaciones formuladas en la participación

65 Tribunal Ambiental. Rol N.° R-9-2019, Marcela Caro Loncuante contra director ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, 27 de noviembre de 2019.

66 Tribunal Ambiental. Rol N.° R-157-2017, Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu en contra del Comité de Ministros, 17 de agosto de 2018.

67 Costa Cordella y Belemmi. "¿Susurros al viento?: desempeño de la participación ciudadana en el SEIA", cit., p. 18.

68 Mirosevic Verdugo. "La participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y las reformas introducidas por la Ley N° 20.417", cit., p. 313;

ciudadana no puede estar restringida a la respuesta formal que se da en el Informe Consolidado de Evaluación y, en definitiva, en la Resolución de Calificación A, sino debiera reflejarse durante todo el procedimiento de evaluación ambiental[69-70]. Por este motivo, si el objetivo consiste en dar a la ciudadanía la posibilidad de influir realmente en la toma de decisiones, sus observaciones debieran ser incorporadas en el procedimiento de evaluación lo antes posible, por ejemplo, en los informes consolidados de solicitud de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, para que también el titular y los otros organismos con competencias ambientales involucrados en la evaluación puedan estar al tanto y hacerse cargo de las mismas. Es cierto que la obligación legal de ponderar debidamente las observaciones no recae sobre el titular y tampoco sobre los mencionados organismos; sin embargo, si ambas partes pueden involucrarse en el procesamiento de los comentarios, inquietudes, preocupaciones de la comunidad, la respuesta que dará el SEA a dichas observaciones puede resultar más completa y fundamentada y, por lo tanto, menos expuesta a reparos. Solo de esta forma las observaciones de las personas podrían contribuir de manera efectiva al conseguimiento de las finalidades de la participación ciudadana: aportando antecedentes relevantes o alertando a las autoridades ambientales sobre puntos que pueden haber sido no suficientemente profundizados o directamente ignorados.

Ahora bien, podríamos preguntarnos si las carencias en la respuesta y evaluación por parte del SEA dependen también de la formulación, a veces genérica, de las observaciones. Hay algunos casos jurisprudenciales que son paradigmáticos del problema que planteamos. Por ejemplo, en el procedimiento de evaluación del proyecto "Piscicultura de recirculación lago Balmaceda", la reclamante había indicado que el proyecto afectaría a la comunidad indígena Aswaal Lajep, dado que en el área de influencia se encontraba un predio donde se realizaban reuniones comunitarias, sin aparentemente precisar en qué consistía dicha afectación. El SEA, como se lee en la sentencia del Tri-

69 Tribunal Ambiental. Rol N.° R-146-2017, Carrera Aranguiz Dandy Arturo y otros en contra del Servicio de Evaluación Ambiental, 25 de septiembre de 2018.

70 Tribunal Ambiental. Rol N.° R-22-2014, Fernando Dougnac Rodríguez y otros en contra del Ministerio del Medio Ambiente, 16 de diciembre de 2014.

bunal[71], realizó un análisis entorno a los impactos que el proyecto podía generar en las reuniones de la comunidad, desde la perspectiva de la alteración de formas de vida y costumbres de grupos humanos. Al no contar con ulteriores informaciones y al considerar la distancia que separaba el predio indicado del lugar de emplazamiento del proyecto, se concluyó que la única forma de afectación eventualmente inferida se daba por la obstrucción o restricción a la libre circulación, conectividad o el aumento significativo de los tiempos de desplazamiento. Sobre la base de dichas consideraciones y de los antecedentes recopilados, el SEA descartó en la evaluación de impacto ambiental la presencia de efectos adversos significativos. Este análisis es sufragado también por el Tribunal Ambiental al resolver la reclamación judicial[72]. Sin embargo, la Corte Suprema llegó a una conclusión distinta y concluyó que la evaluación del SEA debía "ser más amplia, sin que sea procedente restringirla a ese posible efecto"[73].

Vale la pena entonces, preguntarse hasta dónde debiera llegar la tarea del SEA de "establecer los mecanismos" apropiados para la participación informada de la ciudadanía, sobre todo si se considera que, como se señala en la sentencia citada, "las observaciones ciudadanas no tienen por qué ser efectuadas en términos sacramentales"[74]; la Corte Suprema incluso considera que es suficiente la exposición de una "inquietud vinculada a la ejecución del proyecto y la eventual afectación de una variable ambiental", y traslada a la autoridad administrativa la tarea de encajar esa inquietud en el marco normativo y, a la luz de ese cuadro, evaluar los antecedentes proporcionados a lo largo del procedimiento. No desconocemos que el estándar impuesto por esta sentencia a las autoridades administrativas y, especialmente al SEA, es alto y no de fácil alcance.

71 Tribunal Ambiental. Rol N.° R-9-2019 de 2019, cit.

72 Ídem.

73 Corte Suprema. Rol N.° 36.919-2019, Marcela Caro Loncuante con director ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, 22 de febrero de 2021.

74 Ídem.

CONCLUSIONES

Queremos concluir nuestro estudio con algunas breves consideraciones de síntesis. Ya se señalaron las carencias de la participación ciudadana en los procedimientos relacionados con instrumentos de gestión ambiental de alcance más general (políticas, planes, normas de calidad y de emisión).

Respecto de los procedimientos más puntuales, en especial los que se enmarcan dentro del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, tampoco podemos hablar de una participación ciudadana efectiva, por los límites impuestos por la normativa, *in primis* la apertura no automática de la participación ciudadana respecto de la mayoría de los proyectos evaluados, y por ciertas deficiencias en el mismo desarrollo de la participación. Sobre la base de la jurisprudencia, se puede constatar que en múltiples situaciones se genera un desfase entre lo observado por la ciudadanía y lo respondido por las autoridades ambientales. Nos preguntamos si este problema surge porque no hay o son escasas las instancias de diálogo positivo entre las distintas partes involucradas en el procedimiento: la mera compilación de un formulario podría ser un mecanismo no eficiente para transmitir las inquietudes de las comunidades, pues limita la posibilidad de las autoridades ambientales de comprender la dirección y la finalidad de la observación formulada, de analizarla y de encajarla en el marco normativo correcto. Para que la participación en este ámbito se convierta realmente en una herramienta efectiva de gobernanza ambiental, no sería posible prescindir de un intercambio constante de ideas entre los distintos actores. Cabe destacar que el mismo Servicio de Evaluación Ambiental está consciente de este problema, como consta de su Guía Metodológica de Actividades Presenciales del Servicio de Evaluación Ambiental con la Ciudadanía (contenida en la Resolución 808 de 2017), que da cuenta de la relevancia de las actividades presenciales y de la diversidad de estas últimas.

Cuando este diálogo no existe, las preocupaciones de la ciudadanía pueden quedar definidas solo en el momento en que se interponen, con la ayuda de letrados, las reclamaciones administrativas o judiciales, lo que termina perpetuando una lógica de conflictividad y un clima de suspicacia hacia el actuar de la administración. Es necesario que las observaciones de la ciudadanía no sean tratadas como meras consultas o críticas a las cuales responder, sino más bien sean incor-

poradas[75] en una etapa más temprana posible, para que puedan ser asimiladas en el procedimiento, alimentarlo e influir realmente en la toma de decisiones.

BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo 10, de 21 de julio de 2014, del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, disponible en [https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2015/03/articles-51182_Acuerdo10_2014.pdf].

Aguilar Cavallo, Gonzalo. "El contenido y los alcances contemporáneos del derecho al acceso a la participación ambiental", *Ius et Praxis*, vol. 26, n.° 2, 2020, pp. 78 a 103, disponible en [https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7505878].

Astorga Jorquera, Eduardo. *Derecho ambiental chileno*, 5.ª ed., Santiago, Thomson Reuters, 2017.

Bermúdez Soto, Jorge. *Fundamentos de derecho ambiental*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014.

Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, 25 y 26 de junio de 2009.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe*, Santiago, onu, 2018, disponible en [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf].

75 Costa Cordella. "La participación ciudadana en la evaluación de impacto regulatorio: desafíos para la administración", cit.

Cordero Quinzacara, Eduardo e Iris Vargas Delgado. "Evaluación ambiental estratégica y planificación territorial. Análisis ante su regulación legal, reglamentaria y la jurisprudencia administrativa", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n.° 3, 2016, pp. 1.031 a 1.056, disponible en [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177049708011].

Cordero Vega, Luis y Ximena Insunza Corvalán. "La participación ciudadana en los planes de descontaminación atmosférica. Una evaluación sin romance", *Revista de Derecho Ambiental*, vol. 1, n.° 15, 2021, pp. 77 a 94, disponible en [https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/58361].

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia, 2017.

Corte Suprema de Chile

Rol N.° 55.203-2016 (recurso de protección), María Stipicic Escauriaza con Servicio de Evaluación Ambiental, 16 de marzo de 2017.

Rol N.° 42.358-2017 (recurso de protección), Junta de Vecinos Villa Macul y otros con Servicio de Evaluación Ambiental, 19 de marzo de 2018.

Rol N.° 197-2019 (recurso de protección), Marlina Orellana Silva y otro con Servicio de Evaluación Ambiental, 15 de mayo de 2019.

Rol N.° 62.662-2020 (recurso de protección ambiental), Junta de Vecinos La Portada de Ñuñoa con Servicio de Evaluación Ambiental, 19 de octubre de 2020.

Rol N.° 36.919-2019, Marcela Caro Loncuante con director ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, 22 de febrero de 2021.

Costa Cordella, Ezio. "La participación ciudadana en la evaluación de impacto regulatorio: desafíos para la administración", *Revista de Derecho Público*, n.° esp., 2018, pp. 37 a 52, disponible en [https://revistatrabajo.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/51249/53663].

Costa Cordella, Ezio. *Participación ciudadana: conceptos generales, deliberación y medio ambiente*, Santiago, DER Ediciones Limitada, 2020.

Costa Cordella, Ezio y Victoria Belemmi. "¿Susurros al viento?: desempeño de la participación ciudadana en el SEIA", *Revista de Derecho Ambiental*, n.° 8, 2017, pp. 7 a 29, disponible en [https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/47909].

Decreto Supremo 38 de 30 de octubre de 2012, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1053036&idParte=0].

Decreto Supremo 39 de 30 de octubre de 2012, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1053037].

Decreto Supremo 40 de 30 de octubre de 2012, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1053563].

Decreto Supremo 32 de 17 de agosto de 2015, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1083574].

Donoso Cáceres, Alejandra. "Justicia ambiental y participación ciudadana en el Sistema de Evaluación de Impactos Ambientales", *Revista de Derecho Ambiental*, n.° 10, 2018, pp. 48 a 68, disponible en [https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/51852].

Durán Medina, Valentina. "¿Hacia una constitución ecológica?", *Revista de Derecho Ambiental*, vol. 1, n.° 15, 2021, pp. 1 a 6, disponible en [https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/64144].

Espinosa, Mario. "La participación ciudadana como una relación socio-estatal acotada por la concepción de democracia y ciudadanía", *Andamios. Revista de Investigación Social*, vol. 5, n.° 10, 2009, pp. 71 a 109, disponible en [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=62811391004].

Hervé Espejo, Dominique. *Justicia ambiental y recursos naturales*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2015.

Historia de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Mensaje n.° 387324, disponible en [https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/vista-expandida/6910/].

Hübner, Sofía. "La evolución de la evaluación ambiental estratégica desde la Ley No. 20.417", *Revista de Derecho Ambiental*, n.° 6, 2016, pp. 119 a 142, disponible en [https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/43318].

Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Mapa de conflictos socioambientales de Chile*, disponible en [https://mapaconflictos.indh.cl/#/].

Ley 19.300 de 1.° de marzo de 1994, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30667].

Ley 19.880 de 22 de mayo de 2003, disponible n [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=210676].

Ley 20.417 de 12 de enero de 2010, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1010459].

Ley 20.500 de 4 de febrero de 2011, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1023143].

Ley 20.600 de 18 de junio de 2012, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1041361].

Mirosevic Verdugo, Camilo. "La participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y las reformas introducidas por la Ley Nº 20.417", *Revista de Derecho (Valparaiso)*, n.° 36, 2011, pp. 281 a 323, disponible en [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173620958007].

Moraga Sariego, Pilar. "Principio 10 y desarrollo eléctrico: participación y acceso a la justicia en miras a la implementación de tribunales especializados", *Revista de Derecho (Valparaíso)*, n.° 39, 2012, pp. 291 a 317, disponible en [http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/v39n2.a10/778].

Moraga Sariego, Pilar. "La definición de nuevos estándares en materia de participación ciudadana en el sistema de evaluación de impacto ambiental chileno", *Revista Derecho del Estado*, n.° 38, 2017, pp. 177 a 198, disponible en [https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4931].

Oficio Ordinario n.° 100142 de 15 de noviembre de 2010, disponible en [http://seia.sea.gob.cl/informacion_seia/instructivos/InstPAC.pdf].

Oficio Ordinario n.° 130528 de 1.° de abril de 2013, disponible en [https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/archivos/instructivos/inst130528_obs_ciudadana_evaluacion.pdf].

Organización de las Naciones Unidas. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 3 a 14 de junio de 1992, disponible en [https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm].

Organización de las Naciones Unidas. *Programa 21*, 3 a 14 de junio de 1992, disponible en [https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21toc.htm].

Organización de las Naciones Unidas. *Report of the World Commission on Environment and Development*, onu, 1987, disponible en [https://digitallibrary.un.org/record/139811].

Resolución Exenta 31 de 18 de enero de 2016, disponible en [https://seia.sea.gob.cl/archivos/2016/01/26/Res._No_PAC.pdf].

Resolución Exenta 322 de 14 de junio de 2017, disponible en [http://seia.sea.gob.cl/archivos/2017/07/21/Res_rechaza_PAC_N__0322.pdf].

Servicio de Evaluación Ambiental. *Guía metodológica de actividades presenciales del Servicio de Evaluación Ambiental con la ciudadanía*, Santiago, sea, 2017, disponible en [https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2017/07/27/web_guia_metodologica_de_actividades_presenciales_del_sea.pdf].

Soto Barrientos, Francisco y Ezio Costa Cordella. "Tensiones y desafíos de la participación ciudadana en materia ambiental", *Revista Derecho del Estado*, n.° 44, 2019, pp. 227 a 255, disponible en [https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6149].

Tribunal Ambiental de Chile

Rol N.° R-22-2014, Fernando Dougnac Rodríguez y otros en contra del Ministerio del Medio Ambiente, 16 de diciembre de 2014.

Rol N.° R-35-2014, Sánchez Pérez Sandra en contra del director ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, 18 de febrero de 2016.

Rol N.° R-157-2017, Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu en contra del Comité de Ministros, 17 de agosto de 2018a.

Rol N.° R-7-2018, Asociación Gremial Agrícola de la Provincia de Huasco contra Servicio de Evaluación Ambiental, 24 de agosto de 2018.

Rol N.° R-146-2017, Carrera Aranguiz Dandy Arturo y otros en contra del Servicio de Evaluación Ambiental, 25 de septiembre de 2018b.

Rol N.° R-9-2019, Marcela Caro Loncuante contra director ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, 27 de noviembre de 2019.

Rol N.° R-33-2019, Álvaro Castro Cepeda en contra del Servicio de Evaluación Ambiental, 5 de octubre de 2020.

CAPÍTULO OCTAVO

Los derechos sociales y el Estado de derecho en Latinoamérica: prospectivas de futuro

Gonzalo Aguilar Cavallo[1]

INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende examinar someramente algunos de los avances recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -Corte IDH- respecto de los estándares mínimos de protección social y ambiental. Intentaremos responder a la pregunta sobre cuáles son los avances recientes en materia de derechos sociales por parte de la jurisprudencia de la Corte IDH y, al mismo tiempo, buscamos descubrir cuáles podrían ser las tendencias futuras de la Corte concernientes a estas esferas.

Nuestra propuesta es afirmar que la Corte IDH, y en general todo el sistema interamericano de protección de los derechos humanos va

1 Abogado (Chile), Doctor en Derecho (España), Magíster en Relaciones Internacionales (España), Magíster en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Profesor de Derecho Constitucional, Internacional, Ambiental y Derechos Humanos, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca (Santiago, Chile). Director del Magíster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Chile (Santiago, Chile). Correo [gaguilar@utalca.cl].

a profundizar el camino de reconocimiento a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales a través de la aplicación efectiva del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos -CADH-, interpretado de manera armónica con el resto del *corpus iuris* internacional sobre derechos sociales. De esta manera, la Corte intentará aportar una respuesta y guía de orientación a las problemáticas sociales y ambientales que se encuentran latentes en las sociedades latinoamericanas y que, en algunos casos, se encuentran en un punto de ebullición.

En consecuencia, en la primera parte examinaremos de forma breve la inequidad social y ambiental en el contexto regional latinoamericano. En la segunda parte analizaremos la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de derechos sociales *lato sensu*. Conviene desde ya dejar asentado que cada vez que en este trabajo nos refiramos a los derechos sociales *lato sensu*, ello incluye los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Y, finalmente, en la tercera parte, examinaremos la relevancia de los estándares mínimos sociales interamericanos para los procesos de transformación constitucional.

I. LA INEQUIDAD SOCIAL Y AMBIENTAL EN EL CONTEXTO REGIONAL Y NACIONAL

América Latina es uno de los continentes más desiguales del mundo. De hecho, de acuerdo con Alicia Bárcena y Winnie Byanyima, "aunque la desigualdad del ingreso se ha reducido durante los últimos años, América Latina sigue siendo la región más desigual del mundo. En 2014, el 10% más rico de la población de América Latina había amasado el 71% de la riqueza de la región. Según los cálculos de OXFAM, si esta tendencia continuara, dentro de solo seis años el 1% más rico de la región tendría más riqueza que el 99% restante" [2]. Esto se ha visto incrementado por la pandemia. En este sentido, según el *Panorama Social de América Latina 2020*, "la pandemia irrumpe en un escenario económico, social y político complejo: bajo crecimiento,

2 Alicia Bárcena y Winnie Byanyima. "América Latina y el Caribe es la región más desigual del mundo: ¿cómo solucionarlo?", 25 de enero de 2016, disponible en [https://www.cepal.org/es/articulos/2016-america-latina-caribe-es-la-region-mas-desigual-mundo-como-solucionarlo].

aumento de la pobreza y crecientes tensiones sociales. Además, pone al desnudo las desigualdades estructurales que caracterizan las sociedades latinoamericanas y los altos niveles de informalidad y desprotección social, así como la injusta división sexual del trabajo y organización social del cuidado, que atenta contra el pleno ejercicio de los derechos y la autonomía de las mujeres"[3]. La desigualdad es un estado de cosas políticas y sociales que ataca el corazón de la convivencia pacífica de una sociedad y, sin duda, frustra el logro de la felicidad. En este sentido, la CEPAL ha señalado que, "por lo mismo, es clave transitar de una cultura del privilegio a una cultura de la igualdad, pues la igualdad de derechos difunde en el tejido social un mayor sentido de pertenencia y compromiso con grandes desafíos hacia el futuro"[4].

Al mismo tiempo, América Latina es un continente con grandes riquezas y recursos naturales que representan relevantes fuentes de ingresos para los Estados. Esta es la condición de la gran mayoría de los Estados de América Latina. Dependen, para incrementar los ingresos nacionales y el crecimiento económico, de la explotación de sus recursos naturales. Para ello, por lo usual, abren sus fronteras y otorgan facilidades para atraer la inversión extranjera. Por eso, muchas de las explotaciones de sus recursos minerales, marinos y forestales son realizados por empresas multinacionales.

De forma paralela, las situaciones de concentración de la riqueza se están acentuando en la región. Chile no escapa a esta tendencia. OXFAM ha informado que "la región ha visto surgir en promedio un nuevo milmillonario cada dos semanas desde marzo mientras que millones de personas siguen luchando contra la enfermedad, dificultades económicas extremas y por poner comida en la mesa durante los confinamientos, con los hospitales al borde del colapso" [5]. Al mismo

3 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Panorama social de América Latina 2021*, Santiago, Naciones Unidas, 2022, disponible en [https://www.cepal.org/es/publicaciones/47718-panorama-social-america-latina-2021], p. 37.

4 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *La ineficiencia de la desigualdad*, Santiago, Naciones Unidas, 2018, disponible en [https://www.cepal.org/es/publicaciones/43442-la-ineficiencia-la-desigualdad].

5 "Aumentan los milmillonarios de América Latina a medida que la región más desigual del mundo se hunde bajo el impacto del coronavirus", *OXFAM*, 27 de julio de 2020, disponible en [https://www.oxfam.org/es/notas-prensa/aumentan-los-mil-millonarios-de-america-latina-medida-que-la-region-mas-desigual]..

tiempo, el director interino de OXFAM ha señalado que "mientras la gente muere y se enfrenta a la indigencia, la enfermedad y el hambre, es vergonzoso que un puñado de personas extremadamente ricas puedan estar amasando todavía más poder y riqueza. Si los gobiernos no toman medidas para cambiar nuestros sistemas económicos, están echando gasolina al fuego del descontento contra las injusticias sociales que ahora están arrasando el mundo"[6].

En este contexto, en las últimas décadas se han producido grandes movimientos sociales en la región, en especial en Chile. Estos movimientos han dejado sentir un malestar social derivado de años de exclusión y marginación sistemática, que ha afectado particularmente a los grupos más vulnerables, tales como las personas en situación de pobreza, los grupos LGBTIQ+ y los pueblos indígenas.

Esta permanente exclusión y marginación en el goce efectivo de los derechos sociales y ambientales se deriva, principalmente, de la permanente exclusión y marginación de estos grupos de los procesos de toma de decisiones de los asuntos públicos. Esta exclusión es la causa generadora directa de la tremenda desigualdad que afecta a la región y, por cierto, a la sociedad chilena.

El malestar que expresan las masivas movilizaciones y protestas sociales desarrolladas en Chile en 2007, 2011, 2012 y 2018, culminando con el masivo movimiento que refleja el denominado "Estallido social" del 18 de octubre de 2019, atenta en contra de la estabilidad del Estado y es una manifestación de un quiebre en el Estado de derecho y el goce efectivo de los derechos sociales.

Este malestar debería ser canalizado a través de un proceso de transformación social. De acuerdo con la CEPAL, frente a esta desigualdad creciente "la solidaridad de los sujetos y de la sociedad -en particular hacia los excluidos- debe plasmarse en umbrales mínimos que garanticen al conjunto de la sociedad el acceso a ciertos bienes sociales"[7].

De este modo, el proceso de construcción constitucional que va a desarrollar la Convención Constitucional constituye el momento adecuado para fijar nuevos valores y principios rectores que establezcan el marco dentro del cual se conducirán las relaciones interpersonal e intergrupales, en condiciones de igualdad y dignidad, con la inclusión

6 Ídem.

7 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Pactos para la igualdad. Hacia un futuro sostenible*, Santiago, Naciones Unidas, 2014, disponible en [https://repositorio.cepal.org/handle/11362/36692], p. 313.

y el respeto de todos los integrantes de la sociedad, en especial de los grupos tradicional e históricamente marginados y despreciados, que merecen especial atención del Estado.

El actual proceso de construcción constitucional debería tener como fin primordial instaurar una cultura social y política de la igualdad. Según la CEPAL:

> La cultura de la igualdad es alentada cuando el bienestar de la sociedad se aborda de manera conjunta, con provisión de servicios y bienes públicos que todos usan y consumen. Cuando el Estado consigue proveer buenos servicios con alcance universal en materia de salud, educación, transporte, seguridad, servicios básicos y medio ambiente, ello redunda en una mayor predisposición a compromisos recíprocos. Este es uno de los logros más valiosos de los estados de bienestar avanzados. En contraste, el atrincheramiento en el consumo privado de algunos en el sector privado alimenta la cultura del privilegio. Cuando los grupos más privilegiados se encapsulan en un consumo distintivo, de alto costo monetario y que cierra filas en el mundo privado, la igualdad "relacional" es gravemente afectada, por cuanto se restringen las relaciones transversales entre grupos y se consolidan brechas de bienestar que, a su vez, refuerzan la cultura del privilegio[8].

De este modo, este proceso representa una oportunidad idónea de transformación constitucional conducente a recomponer el tejido social del país y alcanzar la tan ansiada cohesión social. A través de esta transformación constitucional se podrán sentar las bases de principios y condiciones justas, equitativas e igualitarias de convivencia al interior de la sociedad, donde todos, sin discriminación, tengan acceso a estándares mínimos de protección social. La jurisprudencia proveniente del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emerge como una herramienta útil para fundamentar cuáles son estos estándares mínimos de protección social.

8 Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *La ineficiencia de la desigualdad*, cit., p. 34.

En Chile, este proceso transformador intenta vehicularse a través del cambio constitucional, lo que implicaría fijar nuevas condiciones de interrelación y de convivencia comunitaria. Para avanzar en estos procesos de cambio, la CEPAL[9] sugiere una serie de principios que pueden orientar el proceso hacia un "pacto social para la igualdad", entre ellos, la cohesión social y la sostenibilidad ambiental. De este modo, a través de esta transformación constitucional se podrían fijar condiciones equitativas de convivencia nacional entre todos los individuos, comunidades y pueblos.

Quizás este contexto el que no permite afinar el análisis cuando espectadores externos intentan realizar un análisis acerca de la situación constitucional y de derechos humanos en nuestra región y en nuestros Estados latinoamericanos. En efecto, si esta perspectiva, necesariamente histórica y social, pero también vivencial, no se tiene en cuenta en el análisis es como si algo se perdió en el camino. Justamente, es esta idea de conocer la realidad y las experiencias cotidianas de los individuos, comunidades y pueblos en América Latina la que a veces se encuentra ausente en las críticas a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dicho de otro modo, conocer la realidad y las vivencias diarias de inequidad social y ambiental que deben experimentar los seres humanos en América Latina, permitiría comprender mucho mejor las tendencias y la evolución de la jurisprudencia interamericana con respecto a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

II. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS SOCIALES DE LA CORTE IDH

La Corte IDH ha experimentado notablemente una evolución en su tratamiento pretoriano de los derechos sociales *lato sensu*.

Esta evolución se corresponde con la propia historia de las realidades nacionales en la región. En un comienzo, en el período postdictaduras, los Estados debían atender a las necesidades urgentes derivadas de la consecuencia de las dictaduras latinoamericanas. Después, los Estados tuvieron que ocuparse de las violaciones clásicas a los dere-

9 Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Pactos para la igualdad. Hacia un futuro sostenible*, cit.

chos humanos, aquellas que atentan en contra del establecimiento de un Estado liberal, es decir cuestiones de libertad de expresión, libertad de prensa, derechos políticos, etc. Luego, la realidad estatal exigió hacer frente a los problemas estructurales a los que se ven enfrentados, casi como un patrón común, los países de la región, *i.e.* discriminación por razones de género, discriminación racial, discriminación por la orientación sexual, entre otros[10].

Al final, en la última década del siglo XXI los Estados latinoamericanos han comenzado a ocuparse, además, de una de las principales características comunes y compartidas que son las inequidades sociales y ambientales, que son reflejo de la tremenda desigualdad imperante en nuestras sociedades. La desigualdad es el resultado, pero también tiene su origen en componentes clásicos que se encuentran a la base misma del nacimiento de los Estados latinoamericanos y que han subsistido –porque la estructura organizacional misma del Estado lo ha permitido– hasta nuestros días. En efecto, el clasismo, el racismo, el nepotismo, el caciquismo, la corrupción y el aprovechamiento indebido, son componentes que han identificado a las sociedades latinoamericanas a lo largo de toda su historia. En definitiva, gobernantes que buscan alcanzar el poder para obtener un beneficio propio y proteger sus propios intereses, justamente lo contrario de aquello que Aristóteles nos enseñó, ya hace tiempo, como símbolo de un buen gobierno[11].

Estas razones de preocupación estatal se tradujeron en el tipo y materia de los casos que se fueron planteando, por los Estados que fueron reconociendo su jurisdicción, ante la Corte IDH. Por cierto, estas divisiones no son tajantes, sino que se entremezclan en la cronología de la Corte.

Así, en una primera etapa de la Corte IDH se abordaron principalmente los casos derivados de las violaciones graves de los derechos humanos cometidos durante las dictaduras que afectaron a los Estados de la región durante los años 1970 y 1980. Estos casos, por lo general, se referían a actos de tortura, desaparición forzada de personas, obstáculos a la tutela judicial efectiva respecto de crímenes contra la humanidad.

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, disponible en [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf].

11 Oscar Godoy Arcaya. "Antología de *La Política* de Aristóteles", *Estudios Públicos*, n.° 50, 1993, disponible en [https://www.estudiospublicos.cl/index.php/cep/article/view/1333/2248], pp. 27 y 28.

En una segunda etapa, la Corte abordó casos de violaciones a derechos civiles y políticos, tales como la libertad de expresión y la libertad de asociación y, en forma creciente, casos que afectaban a grupos vulnerables.

En un tercer momento, la Corte examina algunos casos donde se plantean cuestiones relacionadas con derechos sociales *lato sensu*, pero los resuelve proporcionando una protección indirecta mediante los derechos civiles y políticos. En estos casos, también se encuentran situaciones en las que se intenta esgrimir la aplicabilidad del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -CADH-, pero la Corte no acepta su aplicabilidad.

En los años recientes, la Corte, realizando un punto de inflexión en su jurisprudencia, ha adoptado la decisión de hacer justiciable todo el dispositivo protector de los derechos sociales lato sensu derivado del artículo 26 de la CADH. Hemos sostenido que este desarrollo se corresponde con la propia evolución histórica de las realidades nacionales de los países de la región ya que en el siglo XXI, los Estados ya han enfrentado las consecuencias civiles y penales derivadas de las dictadoras, y ahora es posible ocuparse de las otras violaciones a los derechos, todas aquellas que representan los problemas actuales de los Estados latinoamericanos, esto es, aquellas que se refieren a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Esta es la nueva generación de casos que está llegando a la Corte IDH y continuará llegando sin ninguna duda en el futuro próximo.

En esta parte, queremos presentar los casos donde la Corte IDH ha comenzado a pronunciarse sobre derechos sociales y también, los casos de nueva generación en contra del Estado chileno, pendientes ante la Corte IDH.

A. La justiciabilidad de los derechos sociales lato sensu

En esta parte intentaremos agrupar en forma temática los casos en los que la Corte IDH ha reconocido la justiciabilidad de los derechos sociales *lato sensu*, esto es, por derechos examinados. Para comenzar, cabe señalar que el reconocimiento de la justiciabilidad del artículo 26 de la CADH, que recoge la referencia a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, se realiza del siguiente modo:

Esta Corte ha reiterado la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.

Tal como fue señalado en el caso Acevedo Buendía y otros *vs*. Perú, este Tribunal tiene el derecho a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción. En este mismo sentido, el Tribunal ha señalado anteriormente que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones. Así mismo, resulta pertinente notar que si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado "Derechos Económicos, Sociales y Culturales", se ubica también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado "Deberes de los Estados y Derechos Protegidos" y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado "Enumeración de Deberes"), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado "Derechos Civiles y Políticos").

Finalmente, cabe señalar que la Corte ha establecido previamente su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la Convención Americana, como parte integrante de los derechos enumerados en la misma, respecto de los cuales el artículo 1.1 confiere obligaciones generales de respeto y garantía a los Estados. Así mismo, la Corte ha dispuesto importantes desarrollos jurisprudenciales en la materia, a la luz de diversos artículos convencionales. En atención a estos precedentes, con esta Sentencia se desarrolla y concreta una condena específica por la violación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos

> Humanos, dispuesto en el Capítulo III, titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales de este tratado[12].

En cuanto al análisis temático, la Corte IDH escogió el derecho al trabajo y sus diversos componentes como el primer caso en el que decidió pretorianamente declarar la justiciabilidad plena y directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. En efecto, en el caso Lagos del Campo *vs*. Perú, de 2017, la Corte reconoce la justiciabilidad del derecho a la estabilidad en el empleo que es un componente de ese gran derecho que es el derecho al trabajo (pars. 141, 142, 154).

Luego, en el caso de los Trabajadores Cesados de Petroperú *vs*. Perú de 2017[13], los jueces interamericanos reconocen la justiciabilidad del derecho al trabajo, al igual que ocurre con el caso Miguel Sosa *vs*. Venezuela de 2018[14], donde también se reconoce la justiciabilidad del derecho al trabajo.

Además, la Corte IDH reconoce la justiciabilidad del derecho al trabajo en el caso Nina *vs*. Perú de 2020[15]. En el caso Spoltore *vs*. Argentina de 2020[16], también reconoce un elemento relevante del derecho al trabajo y lo conecta con el derecho a la salud como derecho humano, esto es, el derecho a gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador.

Un segundo grupo de derechos corresponde al derecho a la salud y sus diversos contenidos y elementos componentes. La Corte IDH reconoció el derecho a la salud en el caso Cuscul Pivaral *vs*. Guatemala

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Lagos del Campo vs. Perú, sentencia de 31 de agosto de 2017, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf], pars. 141, 142 y 152.

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú, sentencia de 23 de noviembre de 2017, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_344_esp.pdf].

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela, sentencia de 8 de febrero de 2018, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_348_esp.pdf].

15 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Nina vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2020, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_419_esp.pdf].

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Spoltore vs. Argentina, sentencia de 9 de junio de 2020, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_404_esp.pdf].

de 2018[17]. También reconoció este derecho en el caso Hernández *vs.* Argentina de 2019[18]. Pero sin duda, un caso muy relevante acerca de este derecho lo constituye el caso Poblete Vilches *vs.* Chile de 2018[19]. Este es un caso rico en contenidos y derechos ya que los jueces interamericanos abordan el derecho a la salud y al consentimiento previo, libre e informado en materia de salud en relación con los derechos de las personas mayores. Estos derechos formarán parte relevante de la discusión en el contexto de la nueva constitución para Chile.

Un tercer grupo de derechos cuya justiciabilidad ha sido reconocida por la Corte IDH corresponde a la seguridad social. Así ha ocurrido en el caso Muelle Flores *vs.* Perú de 2019[20]. De igual manera, ha ocurrido en el caso de la Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) *vs.* Perú de 2019[21].

Un último grupo de derechos, cuya justiciabilidad ha sido reconocida por la Corte IDH corresponde a derechos absolutamente contemporáneos y de la mayor relevancia con los grandes desafíos del siglo XXI. Se trata del derecho a disfrutar de un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible, del derecho al agua y el saneamiento, del derecho a la alimentación adecuada, y del derecho a participar en la vida cultural, entre otros. Estos derechos expresan bienes públicos cuya protección y garantía urge asegurar por el Estado. Representan desafíos que reúnen, al menos, dos características bien definidas. Por un lado, se trata de desafíos de carácter global, planetario. Y, por otro,

17 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, sentencia de 23 de agosto de 2018, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf].

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hernández vs. Argentina, sentencia de 22 de noviembre de 2019, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_395_esp.pdf].

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, sentencia de 8 marzo de 2018, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf].

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Muelle Flores vs. Perú, sentencia de 6 de marzo de 2019, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf].

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú, sentencia de 21 de noviembre de 2019, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_394_esp.pdf].

son desafíos respecto de los cuales el Estado, por sí solo, no puede aportar una solución definitiva, sino más bien, es necesario la cooperación y la solidaridad global. En efecto, en el caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) *vs*. Argentina de 2020[22], la Corte IDH reconoció de manera expresa la justiciabilidad de estos derechos en relación con el goce efectivo de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, particularmente, el derecho a sus tierras, territorios y recursos naturales que poseen o han ocupado tradicionalmente.

Estos casos vienen a complementar y completar la doctrina ambiental de la Corte IDH, En efecto, cabe recordar que en 2017, la Corte IDH emitió una Opinión Consultiva (23/17) sobre medio ambiente y derechos humanos. Esta Opinión Consultiva, una de las principales fuentes de inspiración de la sentencia en el caso Lhaka Honhat de 2020, señaló, entre sus contenidos principales, los siguientes:

> Esta Corte considera importante resaltar que el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. En este sentido, la Corte advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales.

22 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, sentencia de 6 de febrero de 2020, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf].

> De esta manera, el derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo es distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, tales como el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal[23].

Todos estos casos son de suma importancia para el actual proceso de construcción constitucional chileno ya que servirán, sin duda, para alimentar los debates y discusiones y fundamentar las disposiciones sobre valores, principios y derechos humanos, que contendrá la nueva constitución.

B. Nueva generación de casos contra Chile

En la última década, las reivindicaciones sociales presentes en todas las sociedades latinoamericanas han repercutido también en la labor de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, una vez afrontada, aunque no agotada la realidad de las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario ocurridas durante la época de las dictaduras en América Latina, las sociedades han comenzado a orientarse hacia un segundo nivel de injusticias, en este caso, las injusticias sociales, económicas culturales y ambientales.

En efecto, el grado de injusticia social presente en las sociedades latinoamericanas, reflejado en el tremendo nivel de desigualdad e inequidad existente al interior de las mismas, y causa relevante, aunque quizás no exclusiva, de la situación de alta inestabilidad social y política en la región, se ha trasladado y se ha visto reflejado en el tipo y naturaleza de los casos que están siendo planteados ante la Corte IDH.

Esta es la situación, por ejemplo, de Chile. Y esta tendencia, en nuestra visión, irá incrementándose en el futuro próximo. Haciendo un paralelo con el sistema europeo de protección de los derechos humanos, cabe hacer presente que la tendencia es bastante similar en el sentido de hacer frente a casos que son el resultado de las necesidades más imperiosas de la sociedad actual. Lo anterior ha quedado demostrado con la presentación de demandas ante la Corte Europea

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf].

de Derechos Humanos vinculadas con las emisiones de gases de efecto invernadero, las obligaciones de los Estados y el cambio climático. Así, el director del Programa de Derecho Internacional y Política de Amnistía Internacioal, Ashfaq Khalfan, ha indicado que la "crisis climática no respeta las fronteras y nuestras leyes y políticas deben reflejar esta realidad. Para garantizar la justicia para las personas más afectadas por las olas de calor, la sequía y los incendios forestales, hay que exigir a los Estados que aborden el cambio climático y su impacto tanto dentro como fuera de su territorio"[24].

En el caso de Chile, esta tendencia es bastante elocuente. Revisemos algunos casos contenciosos en trámite ante la Corte IDH en el caso de Chile. En primer lugar, el caso Vera Rojas *vs*. Chile[25], cuyos hechos fundantes dicen relación con la validación por parte del Estado de la decisión de la aseguradora de salud Isapre Más Vida, de finalizar unilateral y arbitrariamente el régimen de "hospitalización domiciliaria" que la niña Martina Vera, diagnosticada con el síndrome de Leigh, requería de modo esencial para su supervivencia. En este caso, entre los derechos que se reclaman vulnerados, se arguye que el Estado es responsable por la violación de los derechos a la salud, seguridad social, vida, integridad, garantías y protección judiciales y la protección especial de la niñez. Es decir, se trata de un caso de nueva generación relativa al derecho a la salud y la seguridad social.

En segundo lugar, el caso Pavez Pavez *vs*. Chile[26], cuyos hechos basales se vinculan con la inhabilitación, con base en la orientación sexual, de la señora Sandra Cecilia Pavez Pavez para el ejercicio de la docencia de la asignatura de religión en una institución de educación pública, cargo que desempeñaba desde hacía más de 22 años. Los derechos que se indican como vulnerados, entre otros, corresponden

24 "Europa: 'La justicia climática no debe detenerse en las fronteras', dicen organizaciones de derechos humanos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en demanda histórica", *Amnistía Internacional*, 6 de mayo de 2021, disponible en [https://www.amnesty.org/es/latest/news/2021/05/europe-climate-justice-must-not-stop-at-borders-human-rights-organizations-tell-echr-in-landmark-case/].

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vera Rojas vs. Chile, sentencia de 1.° de octubre de 2021, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_439_esp.pdf].

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pavez Pavez vs. Chile, sentencia de 4 de febrero de 2022, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_449_esp.pdf].

a la prohibición de la discriminación, pero en el ámbito del derecho a la educación. De manera que este caso de nueva generación vincula libertad religiosa, prohibición de la discriminación por la orientación sexual con ejercicio del derecho a la educación.

En tercer lugar, el caso de los Profesores de Chañaral y otras Municipalidades *vs*. Chile[27], cuyos fundamentos de hecho se resumen en la vulneración del derecho a la protección judicial por falta de cumplimiento de 13 sentencias judiciales, en firme, dictadas a favor de 848 profesores y profesoras. Se aduce que dichas sentencias establecieron montos que las municipalidades correspondientes debían pagar a los profesores y profesoras por asignaciones de previsión social. Este caso se relaciona con la denominada "deuda histórica" del Estado con los profesores por el proceso de municipalización que experimentó la educación pública durante la época de la dictadura[28]. Entre los derechos que se alegan como vulnerados se encuentran el derecho a protección judicial, específicamente en lo relativo a la ejecución de decisiones judiciales en firme y a la garantía del plazo razonable. Este caso mezcla situaciones derivadas de la época de la dictadura pero que repercuten en el goce efectivo del derecho a la seguridad social ya que lo que se exige es el pago de asignaciones de previsión social[29].

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Profesores de Chañaral y otras Municipalidades vs. Chile, sentencia de 10 de noviembre de 2021, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_443_esp.pdf].

28 "La deuda se originó en 1981 por el incumplimiento de la Ley N.º 3.551 que dispuso un reajuste del sueldo base al sector público, establecimiento un artículo una asignación especial no imponible para el personal docente dependiente del Ministerio de Educación. En consecuencia, en 1981 la mayoría de los profesores no alcanzaron a recibir el 100% de la asignación, pues al ser traspasados al sector municipal, los nuevos empleadores desconocieron los derechos adquiridos por los profesores". Cfr. "Un triunfo para los profesores: María Elena se transforma en el primer municipio en pagar la deuda histórica", *El Mostrador*, 28 de enero de 2020, disponible en [https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2020/01/28/un-triunfo-para-los-profesores-maria-elena-se-transforma-en-el-primer-municipio-en-pagar-la-deuda-historica/].

29 Leslie Ayala. "Profesores v/s el Estado: Corte IDH entra a fase final de demanda por más de US$94 millones de deuda previsional histórica", *La Tercera*, 28 de mayo de 2021, disponible en [https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/profesores-vs-el-estado-cidh-entra-a-fase-final-de-demanda-por-mas-de-us72-millones-de-deuda-previsional-historica/KO5F4YGZFREQ3OFC43TSDFES4A/].

Por último, el caso Baraona Bray *vs*. Chile[30], cuyos fundamentos de hecho se relacionan con las violaciones de derechos humanos cometidas en el marco del proceso penal llevado contra el señor Carlos Baraona Bray, un abogado y defensor ambiental quien brindó una serie de entrevistas y efectuó declaraciones en las que sostenía que un senador de la república, había ejercido presiones e influido para que las autoridades llevaran a cabo la tala ilícita del alerce, una especie de árbol milenario conservado en Chile. El defensor ambiental fue condenado por delito de "injurias graves". Entre los derechos que se esgrimen como vulnerados en esta causa se encuentran el derecho a la protección judicial, y la estricta legalidad penal. En realidad, el aspecto de nueva generación de estas causas reside en que, en el fondo, lo que aquí se discute y está en juego es el ámbito más amplio de la protección del derecho a disfrutar de un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible, toda vez que el afectado era un defensor ambiental. A este propósito, cabe hacer presente que el denominado Acuerdo de Escazú, Costa Rica, de 2018, incorpora normas explícitas en materia ambiental, destinadas a la protección de los defensores ambientales. El Estado de Chile, a pesar de haber liderado la negociación de este Acuerdo, aún no ha ni firmado ni ratificado el mismo. Sobre esta materia, el tratado mencionado señala lo siguiente.

> Artículo 9.°
>
> Defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales
>
> 1. Cada Parte garantizará un entorno seguro y propicio en el que las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad.
>
> 2. Cada Parte tomará las medidas adecuadas y efectivas para reconocer, proteger y promover todos los derechos de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales, incluidos su derecho a la vida, integridad personal, libertad de opinión y expresión, derecho de reunión y aso-

30 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baraona Bray vs. Chile, sentencia de 27 de mayo de 2022, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/baraona_bray_27_05_22.pdf].

> ciación pacíficas y derecho a circular libremente, así como su capacidad para ejercer los derechos de acceso, teniendo en cuenta las obligaciones internacionales de dicha Parte en el ámbito de los derechos humanos, sus principios constitucionales y los elementos básicos de su sistema jurídico.
>
> 3. Cada Parte tomará medidas apropiadas, efectivas y oportunas para prevenir, investigar y sancionar ataques, amenazas o intimidaciones que los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales puedan sufrir en el ejercicio de los derechos contemplados en el presente Acuerdo.

Todos estos casos contenciosos contra Chile que se encuentran en trámite ante la Corte IDH dan cuenta de estos casos de nueva generación en los que las actuales preocupaciones y demandas sociales vigentes en la sociedad chilena se ven, en cierta medida, reflejadas en el tipo de reivindicaciones que aparecen presentes en estos casos.

En definitiva, estos casos son el reflejo de viejas realidades chilenas que han terminado por ponerse sobre la mesa de la discusión nacional. Estos casos son tan solo un botón de muestra de exigencias por una igualdad material y justicia social y ambiental, que estuvieron siempre presentes, pero soterradamente, y que ahora en el siglo XXI, han emergido y pasado a ocupar el primer lugar de los intereses del pueblo y de las demandas de la comunidad. Estas demandas se traducen en exigir el aseguramiento y la garantía de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Al mismo tiempo, estas exigencias trasuntan el deseo de la comunidad en apuntalar la cohesión social. Mientras mayor es el grado de goce y satisfacción de estos derechos, mayor será el nivel de cohesión social, la cual aparece como garantía de estabilidad democrática y, al mismo tiempo, de prosperidad de la comunidad. En este sentido, desde nuestra óptica, estas exigencias expresan el reclamo popular por la transformación constitucional y el tránsito hacia un Estado social, constitucional, democrático y ecológico de los derechos, que establezca derechos reales y concretos no ilusorios o teóricos.

III. LOS ESTÁNDARES MÍNIMOS SOCIALES Y AMBIENTALES

De acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo -OIT- la protección social es "la entrega de beneficios a familias e individuos a través de acuerdos públicos o colectivos para proteger contra estándares de vida bajos o decrecientes"[31]. Esta protección social tiene como objetivo primordial garantizar a los individuos un estándar de vida mínimo asegurado ante la aparición o surgimiento de necesidades y riesgos básicos.

Nosotros seguimos la perspectiva de una protección social transformadora que "extiende la protección social a áreas tales como equidad, empoderamiento y derechos económicos, sociales y culturales, en lugar de reducir su ámbito de acción a transferencias focalizadas de consumo e ingreso"[32].

Los estándares mínimos sociales y ambientales provenientes del sistema interamericano contribuyen a consolidar un Estado de derecho material, incluso contribuyen a un proceso de transformación social. Se trata de un Estado de derecho no tan solo centrado en la anciana legalidad formal, sino en el goce pleno y efectivo de los derechos humanos y de los valores que le sirven de sustrato.

En este sentido, en nuestra visión, los derechos humanos son centrales para un sistema constitucional y ocupan un lugar de primacía en el orden jurídico interno. Esta es la norma fundamental de cualquier ordenamiento jurídico. Esta posición ha sido recordada y reiterada en múltiples ocasiones por la Corte Suprema de Chile, cuando ha señalado que los derechos fundamentales son "valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos"[33].

31 S. Ilo y Emmerich Berghofer. "Kinetics of lysine and other amino acids loss during extrusion cooking of maize grits", *Journal of Food Science*, vol. 68, n.° 2, p. 501.

32 Stephen Devereux y Rachel Sabates-Wheeler. *Transformative social protection. IDS Working Paper 232*, Brighton, Institute of Development Studies, 2004, disponible en [https://www.ids.ac.uk/download.php?file=files/dmfile/Wp232.pdf].

33 Corte Suprema de Chile. Rol N.° 559-2004, Caso Molco, 13 de diciembre de 2006.

Incluso, el Tribunal Constitucional chileno[34] ha concordado con este principio. En efecto, los jueces constitucionales han afirmado que el ordenamiento constitucional descansa sobre valores y principios básicos, entre otro, "que los derechos fundamentales de la persona humana son anteriores y superiores al Estado y a la Constitución, razón por la cual ésta no los crea, sino que los "reconoce y asegura" (Consid. 19).

Un ejemplo notable del potencial que tiene la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de estándares mínimos sociales y ambientales se puede observar en un reciente caso ante la Corte Suprema de Chile relacionado con el derecho humano al acceso al agua potable. Una parte relevante de la sentencia que merece ser destacada es la siguiente:

> Que el Estado de Chile, al ratificar diversos Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos y otros instrumentos propios del Derecho Internacional, ha adquirido voluntariamente una serie de obligaciones que resultan vinculantes, por expresa disposición del artículo 5.°, inciso 2.°, de la Constitución Política de la República, en relación con sus artículos 1.° y 4.°, todos los cuales se insertan en el Capítulo I del Texto Político, intitulado "De las Bases de la Institucionalidad".
>
> Así, el artículo 4.° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza el derecho a la vida, desarrollando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el concepto de "vida digna", que incluye el derecho de acceso al agua. En la misma dirección, la Convención establece el derecho a la integridad personal en su artículo 5.° num. 1: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral".

En este orden de consideraciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) *vs*. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, por sentencia de 6 de febrero de 2020 señaló que:

34 Tribunal Constitucional de Chile. Rol N.° 46-87, 21 de diciembre de 1987.

> Párrafo 222. El derecho al agua se encuentra protegido por el artículo 26 de la Convención Americana. Ello se desprende de las normas de la Carta de la OEA, en tanto las mismas permiten derivar derechos de los que, a su vez, se desprende el derecho al agua. Párrafo 227. El Comité DESC ha señalado que "el derecho al agua entraña tanto libertades como derechos". Las primeras implican poder "mantener el acceso a un suministro de agua" y "no ser objeto de injerencias", entre las que puede encontrarse la "contaminación de los recursos hídricos". Los derechos, por su parte, se vinculan a "un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho". Destacó también que "[e]l agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico", y que "los siguientes factores se aplican en cualquier circunstancia: a) La disponibilidad. El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos [...] b) La calidad. El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre [...] Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables [...] c) La accesibilidad. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte[35].

Este caso es sumamente relevante para Chile. En primer lugar, los jueces reconocen la existencia en nuestro ordenamiento jurídico del derecho humano al agua potable, teniendo en cuenta que la Constitución vigente no lo reconoce. En segundo lugar, la Corte se apoya en instrumentos internacionales para efectuar este reconocimiento. En tercer lugar, este reconocimiento se produce una vez que la jurisprudencia interamericana ha admitido, a su vez, la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, entre ellos, el derecho humano al agua. En su sentencia, la Corte Suprema se refiere expresamente a las normas convencionales relativas a este derecho y, además, a las enseñanzas de la Corte IDH, lo que significa que la Corte

35 Corte Suprema de Chile. Rol N.° 5.413-2021, Pueblito Las Varas, 16 de abril de 2021.

Suprema realiza en términos efectivos un control de convencionalidad, tal como ha sido planteado por los jueces interamericanos en el caso Almonacid Arellano y otros de 2006. Esta reflexión, se ve potenciada, si se toma en cuenta que la Corte Suprema ya ha utilizado, en casos anteriores, las enseñanzas de la Corte IDH, y por lo tanto, ha realizado un control de convencionalidad.

Esto es tanto más importante si se toma en cuenta el impacto de este control de convencionalidad. Vale la pena recordar que los jueces interamericanos han reiterado que "todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional"[36].

En realidad, el resultado de efectuar un control de convencionalidad por parte de la Corte Suprema es, al menos en lo declarativo, reconocer que los habitantes del sector a que se refiere el caso en Nogales, tienen el derecho a acceder al agua potable. En el fondo, mediante el ejercicio del control de convencionalidad, realizado por la Corte Suprema, se ha transformado la situación social de la población en Nogales, mejorándola. Y esta mejoría en la calidad de vida y las condiciones de vida de esas personas se ha producido mediante una transformación constitucional generada por la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos a la luz de la interpretación realizada por el órgano autorizado para ello.

Por último, pero no menos importante, cabe tener presente que en el contexto de la nueva Constitución será difícil soslayar este derecho, gracias a las sentencias de la Corte Suprema[37]. Así mismo, tomando en consideración la misma dinámica interactiva que demuestra el diálogo multinivel entre jueces al que se refiere el caso Nogales, también adquiere relevancia la jurisprudencia interamericana. En efecto, en el contexto de la nueva Constitución será difícil soslayar los derechos sociales *lato sensu* y no darles una protección robusta, gracias a la jurisprudencia reciente de la Corte IDH a propósito de la justiciabilidad de los DESCA: en dos sentidos, primero, la idea misma de que son

36 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, sentencia de 8 de septiembre de 2005, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf].

37 Corte Suprema de Chile. Rol N.° 5.413-2021 de 2021, cit.

justiciables; y segundo, en cuanto a los contenidos mismos de estos derechos, servirán para llenar de contenido los derechos de la nueva Constitución chilena, en cuanto a estándares mínimos de derechos humanos que construyen un *Ius Constitutionale Commune*, el cual sirve para, en forma dinámica, culminar procesos de transformación social y al mismo tiempo, impulsar unos nuevos. Funciona como si fuera una bobina que se rebobina de forma continua, mejorando su desempeño y eficiencia.

CONCLUSIONES

La doctrina ha desarrollado la noción de un *ius constitutionale commune*. En términos muy generales, se trataría de un derecho común fundado en estándares mínimos compartidos basados en los derechos humanos. Esta doctrina nace y se desarrolla en esencia en el contexto latinoamericano y teniendo especialmente en cuenta la realidad sociopolítica de la región.

Los derechos humanos son centrales para un sistema constitucional. En este sentido, en el contexto de la nueva Constitución para Chile será difícil soslayar los avances y las enseñanzas provenientes del sistema interamericano de derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Esto se ve potenciado en Chile, a la luz de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema, por ejemplo, en la esfera del derecho humano de acceso al agua potable.

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos permite y favorece el diálogo entre jueces. Nuestra visión es que este diálogo debiera generarse a través de la correcta implementación del control de convencionalidad, tal como surge del caso del derecho al agua potable.

La jurisprudencia interamericana sobre derecho al medio ambiente sano es relevante para los procesos de transformación constitucional, tales como el chileno, porque aborda uno de los tópicos más urgentes de ser tratados en la región[38]. Esta jurisprudencia incluye el reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano como un derecho autónomo; los derechos de acceso: acceso a la información

38 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17 de 2017, cit.

ambiental, la participación y la justicia ambientales; y el derecho a la protección de los defensores ambientales. Todo esto debiera tener un correlato como acervo interamericano, al menos, en el proceso de discusión respecto de los contenidos que debería incorporar la nueva Constitución chilena.

BIBLIOGRAFÍA

"Aumentan los milmillonarios de América Latina a medida que la región más desigual del mundo se hunde bajo el impacto del coronavirus", *Oxfam*, 27 de julio de 2020, disponible en [https://www.oxfam.org/es/notas-prensa/aumentan-los-mil-millonarios-de-america-latina-medida-que-la-region-mas-desigual].

Ayala, Leslie. "Profesores v/s el Estado: Corte IDH entra a fase final de demanda por más de US$94 millones de deuda previsional histórica", *La Tercera*, 28 de mayo de 2021, disponible en [https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/profesores-vs-el-estado-cidh-entra-a-fase-final-de-demanda-por-mas-de-us72-millones-de-deuda-previsional-historica/KO5F4YGZFREQ3OFC43TSDFES4A/].

Bárcena, Alicia y Winnie Byanyima. "América Latina y el Caribe es la región más desigual del mundo: ¿cómo solucionarlo?", 25 de enero de 2016, disponible en [https://www.cepal.org/es/articulos/2016-america-latina-caribe-es-la-region-mas-desigual-mundo-como-solucionarlo].

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, sentencia de 8 de septiembre de 2005, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf].

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf].

Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, disponible en [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf].

Caso Lagos del Campo vs. Perú, sentencia de 31 de agosto de 2017, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf].

Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú, sentencia de 23 de noviembre de 2017, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_344_esp.pdf].

Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela, sentencia de 8 de febrero de 2018, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_348_esp.pdf].

Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, sentencia de 8 marzo de 2018, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf].

Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, sentencia de 23 de agosto de 2018, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf].

Caso Muelle Flores vs. Perú, sentencia de 6 de marzo de 2019, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf].

Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú, sentencia de 21 de noviembre de 2019, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_394_esp.pdf].

Caso Hernández vs. Argentina, sentencia de 22 de noviembre de 2019, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_395_esp.pdf].

Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, sentencia de 6 de febrero de 2020, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf].

Caso Spoltore vs. Argentina, sentencia de 9 de junio de 2020, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_404_esp.pdf].

Caso Nina vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2020, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_419_esp.pdf].

Caso Vera Rojas vs. Chile, sentencia de 1.° de octubre de 2021, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_439_esp.pdf].

Caso Profesores de Chañaral y otras Municipalidades vs. Chile, sentencia de 10 de noviembre de 2021, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_443_esp.pdf].

Caso Pavez Pavez vs. Chile, sentencia de 4 de febrero de 2022, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_449_esp.pdf].

Caso Baraona Bray vs. Chile, sentencia de 27 de mayo de 2022, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/baraona_bray_27_05_22.pdf].

Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf].

Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Pactos para la igualdad. Hacia un futuro sostenible*, Santiago, Naciones Unidas, 2014, disponible en [https://repositorio.cepal.org/handle/11362/36692].

Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe*, Santiago, onu, 2018, disponible en [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf].

Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *La ineficiencia de la desigualdad*, Santiago, Naciones Unidas, 2018, disponible en [https://www.cepal.org/es/publicaciones/43442-la-ineficiencia-la-desigualdad].

Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Panorama social de América Latina 2021*, Santiago, Naciones Unidas, 2022, disponible en [https://www.cepal.org/es/publicaciones/47718-panorama-social-america-latina-2021].

Corte Suprema de Chile

Rol N.º 559-2004, Caso Molco, 13 de diciembre de 2006.

Rol N.° 72.198-2020, Gallardo con Anglo American Sur S.A., 18 de enero de 2021.

Rol N.° 5.413-2021, Pueblito Las Varas, 16 de abril de 2021.

Devereux, Stephen y Rachel Sabates-Wheeler. *Transformative social protection. ids Working Paper 232*, Brighton, Institute of Development Studies, 2004, disponible en [https://www.ids.ac.uk/download.php?file=files/dmfile/Wp232.pdf].

"Europa: 'La justicia climática no debe detenerse en las fronteras', dicen organizaciones de derechos humanos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en demanda histórica", *Amnistía Internacional*, 6 de mayo de 2021, disponible en [https://www.amnesty.org/es/latest/news/2021/05/europe-climate-justice-must-not-stop-at-borders-human-rights-organizations-tell-echr-in-landmark-case/].

Godoy Arcaya, Oscar. "Antología de *La Política* de Aristóteles", *Estudios Públicos*, n.° 50, 1993, disponible en [https://www.estudiospublicos.cl/index.php/cep/article/view/1333/2248].

Ilo, S. y Emmerich Berghofer. "Kinetics of lysine and other amino acids loss during extrusion cooking of maize grits", *Journal of Food Science*, vol. 68, n.° 2, pp. 496 a 502.

Tribunal Constitucional de Chile. Rol N.° 46-87, 21 de diciembre de 1987.

"Un triunfo para los profesores: María Elena se transforma en el primer municipio en pagar la deuda histórica", *El Mostrador*, 28 de enero de 2020, disponible en [https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2020/01/28/un-triunfo-para-los-profesores-maria-elena-se-transforma-en-el-primer-municipio-en-pagar-la-deuda-historica/].

Van Ginneken, Wouter. "Extending social security: policies for developing countries", *International Labour Review*, vol. 142, n.° 3, 2003, disponible en [https://library.fes.de/libalt/journals/swetsfulltext/19039883.pdf].

CAPÍTULO NOVENO

O Acordo de Escazú e a justiça ecológica na América Latina: desenvolvimento e retrocesso

Letícia Albuquerque[1]

INTRODUÇÃO

O Acordo de Escazú sobre acesso à informação, participação pública e acesso à justiça em assuntos ambientais na América Latina e o Caribe, adotado em 4 de março 2018, em Escazú, Costa Rica, representa um marco do multilateralismo no desenvolvimento sustentável do continente e está dentro do escopo da Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável da Organização das Nações Unidas -ONU-.

A Agenda 2030 estabeleceu 17 objetivos do desenvolvimento sustentável -ODS- para lidar com os desafios ambientais, climáticos e de desigualdades com intuito de proporcionar melhores condições de vida e prosperidade para todos os habitantes do planeta. Adotado pela Assembleia Geral em 25 de setembro de 2015, através da resolução A/RES/70/1[2], o documento destaca que:

1 Doutora em Direito e Relações Internacionais pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina -UFSC-, Brasil. Professora dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da UFSC. Coordenadora do Observatório de Justiça Ecológica, grupo de pesquisa cadastrado no CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Correo [leticia.albuquerque@ufsc.br].

2 NAÇÕES UNIDAS. A/RES/70/1 "Transforming our world: the 2030 Agenda

> Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas que anunciamos hoje demonstram a escala e a ambição desta nova Agenda universal. Eles procuram desenvolver os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio e completar o que não alcançaram. Eles buscam realizar os direitos humanos de todos e alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas. Eles são integrados e indivisíveis e equilibram as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental.
>
> Os ODS da Agenda 2030 são parte de um processo amplo construído ao longo do tempo, principalmente através das Conferências sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizadas a partir da década de 1970 sob os auspícios da ONU[3].

A primeira das grandes conferências sobre meio ambiente aconteceu em Estocolmo, na Suécia, em 1972: a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Humano. Considerada um marco da agenda ambiental internacional, a Conferência de Estocolmo resultou em relevantes iniciativas no âmbito do meio ambiente e desenvolvimento, como a adoção da Declaração de Estocolmo sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Humano, que reúne um conjunto de princípios que deveriam orientar as políticas dos Estados com relação ao meio ambiente, bem como o estabelecimento do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente –PNUMA–, que passou a funcionar na cidade de Nairóbi, no Quênia.

Outro marco importante na agenda internacional relativo ao tema de meio ambiente e desenvolvimento, é a publicação, em 1987, do Relatório Nosso Futuro Comum, mais conhecido como Relatório *Brun-*

for Sustainable Development", 21 de outubro de 2015, disponível em [https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/291/89/PDF/N1529189.pdf?OpenElement].

3 Para um panorama das principais conferências da ONU sobre meio ambiente ver: LETÍCIA ALBUQUERQUE. "Conflitos socioambientais na zona costeira catarinense: estudo de caso da Barra do Camacho/SC" (tese de doutorado), Florianópolis, Brasil, Universidade Federal de Santa Catarina, 2009, disponível em [https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/92868].

dtland[4], elaborado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas. O Relatório destaca o conceito de desenvolvimento sustentável ao afirmar que o desenvolvimento é um processo que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras em suprir as suas próprias necessidades.

Rist, no entanto, coloca que o Relatório *Brundtland*, apesar de introduzir algumas questões relevantes, nada mais fez do que reforçar uma "diplomacia de terminologia"[5], principalmente em razão da difusão do termo "desenvolvimento sustentável". A contradição, para o autor, não está apenas no jogo de palavras, mas nas atitudes. Rist sustenta que o "desenvolvimento sustentável" não passa de uma camuflagem que tenta creditar à necessidade de desenvolvimento um valor supremo já reconhecido ao meio ambiente[6].

Em 1992, é a vez do Brasil sediar a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, na cidade do Rio de Janeiro. A Rio 92 ou eco 92, como ficou conhecida, ampliou as discussões iniciadas em 1972 e alcançou uma ampla participação tanto dos Estados, através da presença de chefes de Estado e governo, bem como da sociedade civil.

A Conferência do Rio contribuiu para a consolidação da agenda ambiental internacional com a adoção de tratados internacionais tais como a Convenção Quadro de Mudanças Climáticas e a Convenção de Biodiversidade, bem como pela adoção da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e da Agenda 21. É através da ampliação dos debates na Conferência do Rio que o conceito de desenvolvimento sustentável entra definitivamente no cenário internacional. Cabe salientar que o contexto histórico do início da década 1990 favoreceu a ampliação das discussões sobre meio ambiente e direitos humanos em razão do fim da guerra fria com a dissolução da União Soviética, a queda do muro de Berlim, entre outros acontecimentos que colaboraram para que os temas de segurança internacional perdessem um pouco do protagonismo que possuíam até então.

4 A Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, era chefiada à época pela primeira-ministra da Noruega, *Gro Harlen Brundtland*, daí o relatório ter ficado conhecido como Relatório *Brundtland*.

5 A expressão "diplomacia de terminologia" é referida para indicar o uso constante de oximoros, sobretudo em documentos internacionais. Oximoro é uma figura de linguagem que harmoniza conceitos opostos ou palavras contraditórias, como no caso, desenvolvimento sustentável.

6 Gilbert Rist. *Le développement: histoire d'une croyance occidentale*, 2.ª éd., Paris, Press de Sciences Po, 2001.

Em 2002, a Conferência sobre Meio ambiente e Desenvolvimento, conhecida como Rio +10, acontece em Johanesburgo, na África do Sul. No entanto, o contexto internacional do início dos anos 2000 não foi tão favorável ao avanço da agenda ambiental e do desenvolvimento, uma vez que os principais atores do sistema internacional focaram suas prioridades no tema da segurança, em razão da agenda de combate ao terrorismo[7].

Em 2012, mais uma vez, o Brasil volta a sediar as discussões sobre meio ambiente e desenvolvimento, com a realização da Rio +20. A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, Rio +20, como ficou conhecida, colocou em evidência as preocupações da comunidade internacional, sobretudo com as mudanças climáticas e a proteção dos oceanos.

O Brasil, país sede da Conferência, foi alvo de diversas críticas, principalmente pelos movimentos sociais e defensores de direitos humanos em razão dos impactos de grandes empreendimentos implementados por projetos governamentais no âmbito do PAC (Plano de Aceleração do Crescimento), retrocessos da legislação que levaram a uma diminuição dos parâmetros de proteção ambiental, bem como pelo elevado número de mortes de defensores de direitos humanos, sobretudo aquelas resultados de conflitos socioambientais. É neste contexto que o Acordo de Escazú começou a ser formulado, uma vez que as discussões para construção do tratado tiveram início em 2012, sendo resultado de seis longos anos de negociações até sua adoção em 2018.

Esta breve contextualização das conferências da ONU sobre meio ambiente e desenvolvimento, buscou ilustrar o caminho para a adoção da A/RES/70/1 pela Assembleia Geral em 2015. A Resolução estabeleceu a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável, onde está inserido o Acordo de Escazú, considerando que este é um marco do multilateralismo ambiental no contexto da Agenda 2030.

7 No dia 11 de setembro de 2001, os EUA presenciaram o maior ataque terrorista da sua história quando duas aeronaves se chocaram contra as torres do World Trade Center, em Nova Iorque. Outras duas aeronaves caíram sem solo americano, uma atingiu o Pentágono, em Washington e outro uma área rural, na Pensilvânia. Os ataques foram atribuídos e reivindicados pelo grupo Al-Quaeda, liderado por OSAMA BIN LADEM e resultaram em uma ampla reação por parte do governo norte-americano, como a chamada "Guerra ao Terrorismo, que levou a invasão do Afeganistão (2001) e do Iraque (2003), países acusados de apoio ao terrorismo. A iniciativa norte-americana teve amplo apoio da comunidade internacional.

O Acordo de Escazú está baseado em quatro eixos principais: 1. Acesso à participação; 2. Informação; 3. Justiça em matéria ambiental; 4. Proteção aos defensores de Direitos Humanos.

Para os países e povos da América Latina e Caribe, palco de tantos conflitos e desigualdades socioambientais, o Acordo de Escazú representa um marco na consolidação da democracia e na luta pelos direitos humanos, uma vez que visa não apenas proteger os defensores de direitos humanos, mas reduzir os conflitos socioambientais, ao exigir tanto dos governos como das empresas que permitam o acesso à informação e à participação pública de projetos com impactos ambientais. Assim, o artigo tem como objetivo investigar se no contexto corporativo, em que os princípios de ESG *(Environmental, Social, Corporate Governance)* estão ganhando cada vez mais destaque, o Acordo de Escazú poderá ser um instrumento relevante na implementação de políticas socioambientais pelos Estados em consonância com boas práticas corporativas.

Com efeito os desafios de implementação do Acordo de Escazú são enormes, pois muitos dos Estados que participaram inicialmente da construção do Acordo, inclusive sendo signatários dele, acabaram por não dar continuidade ao processo de ratificação[8]. O Brasil é um destes países, já que assinou o Acordo em 2018, no governo do presidente Michel Temer[9], mas o atual governo do presidente Jair Bolsonaro[10] não deu continuidade ao processo de ratificação[11].

8 O Acordo de Escazú entrou em vigor internacional em 22 de janeiro de 2021, após alcançar o número de ratificações para tal. Conta com 24 assinaturas e 12 ratificações, até o momento. Países como o Brasil, Colômbia e Costa Rica, atores importantes na construção do Acordo, assinaram, mas não ratificaram. Para acessar a lista completa de Estados parte do Acordo de Escazú ver: Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe. *Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe*, Santiago, Nações Unidas, 2018, disponível em [https://repositorio.cepal.org/handle/11362/43611].

9 37.° Presidente da República Federativa do Brasil, 31 de agosto de 2016 a 1.º de janeiro de 2019.

10 38.° Presidente da República Federativa do Brasil, a partir de 1.º de janeiro de 2019.

11 O processo de internalização de tratados internacionais no Brasil necessita da participação do poder executivo e do poder legislativo, assim o presidente assina o tratado, mas deve depois enviá-lo para aprovação nas duas casas do Congresso Nacional: Câmara dos Deputados e Senado Federal.

Na primeira parte do artigo será apresentada uma contextualização dos princípios de ESG, para na segunda parte colocar a relação entre os princípios de ESG e o Acordo de Escazú no contexto da justiça ecológica, o que permite concluir que o Acordo de Escazú é um marco importante do continente Latino-Americano no sentido de garantir o valor da dimensão regional do multilateralismo para o desenvolvimento sustentável, especialmente, ao dedicar atenção as pessoas e grupos em situação de maior vulnerabilidade.

Por outro lado, a realidade dos países do continente, com elevado número de assassinatos de defensores ambientais, políticas de desenvolvimento predatórias e excludentes, altos índices de desigualdades sociais, demonstram que o caminho para o uma efetiva implementação do Acordo não será fácil. Conclui se que a menos que os Estados e as empresas adotem práticas concretas, de nada adianta o discurso entorno de princípios de ESG.

A metodologia adotada é a analítica indutiva, realizada a partir da consulta à bibliografia especializada de Direito Internacional e Ambiental, bem como a análise documental pertinente.

I. OS PRINCÍPIOS DE GOVERNANÇA AMBIENTAL, SOCIAL E CORPORATIVA

ESG, do inglês, *Environmental, Social, Corporate Governance,* são princípios que estão ganhando cada vez mais espaço no mundo corporativo e podem ser traduzidos como adoção de melhores práticas ambientais, sociais e de governança. Estas boas práticas podem ser traduzidas no ambiental (*Environmental*) em ter compromisso em impactar positivamente o meio ambiente; no social (*Social*), promover o engajamento social com políticas de diversidade no ambiente de trabalho e ações para diminuição da desigualdade. E por fim, a lisura nos processos corporativos (*Governance*) com práticas anticorrupção, discriminação e assédio, por exemplo.

A adoção de princípios de ESG na análise de empresas coloca em evidência a discussão de questões que além de serem fatores cruciais

Após o exame e aprovação pelo Congresso, o instrumento retorna ao Executivo para a efetiva ratificação com a promulgação de Decreto, conforme previsto no artigo 84, VIII e artigo 49, I da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

para o bem da sociedade e manutenção do planeta afetam diretamente os resultados das empresas. O interesse pelo tema aumentou não só pela pressão da sociedade, que cobra a conscientização dos empresários e executivos sobre melhores práticas ambientais, sociais e corporativas, mas sobretudo por interesse de investidores.

A iniciativa de discutir e trabalhar tais princípios surgiu a partir do secretário geral da ONU Kofi Annan[12], que solicitou as instituições financeiras que incorporassem princípios ambientais, sociais e de governança em suas análises de investimento, dando origem a uma séria de relatórios publicados pelo Banco Mundial, através do IFC (*International, Finance, Corporation*) intitulada *Who Cares Wins*, 2004-2008[13].

O relatório final, *Future Proof? Embedding Environmental, Social and Governace Issues in Investment Markets*[14], faz uma série de recomendações-chave para melhorar a integração ESG entre os diversos atores envolvidos.

Nessa perspectiva, lideranças corporativas construíram um movimento denominado Pacto Global com o objetivo de contribuir para o alcance dos 17 ODS da Agenda 2030 e assim integrar os princípios de ESG na gestão empresarial. Conforme salienta o Pacto Global Brasil[15] dados do relatório da PwC, apontam que até 2025, 57% dos ativos de fundos mútuos na Europa estarão em fundos que consideram os critérios ESG, bem como 77% dos investidores institucionais pesquisados

12 Kumasi, Gana, 8 de abril de 1938 - Berna, Suíça, 18 de agosto de 2018; 7.° Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, 1.º de janeiro de 1997 a 31 de dezembro de 2006.

13 World Bank Group. *Who cares wins: connecting financial markets to a changing world*, Washington, D.C., The World Bank, 2004, disponível em [https://documents1.worldbank.org/curated/en/280911488968799581/pdf/113237-WP-WhoCaresWins-2004.pdf].

14 Ivo Knoepfel y Gordon Hagart. *Future proof?: embedding environmental, social, and governance issues in investment markets - outcomes of the Who Cares Wins Initiative 2004-2008*, Washington, D. C., World Bank Group, 2009, disponível em [https://documents1.worldbank.org/curated/en/476811468158704493/pdf/476600WP0Futur10Box338858B01PUBLIC1.pdf].

15 A Rede Brasil do Pacto Global foi criada em 2003, e hoje é a terceira maior do mundo, com mais de 1,1 mil membros. Os mais de 40 projetos conduzidos no país abrangem, principalmente, os temas: água e saneamento, alimentos e agricultura, energia e clima, direitos humanos e trabalho, anticorrupção, engajamento e comunicação. Pacto Global. "Metas ESG", disponível em [https://www.pactoglobal.org.br/pg/esg].

pela PwC disseram que planejam parar de comprar produtos não ESG nos próximos anos.

Um dos instrumentos, lançados pelo Pacto Global, para auxiliar as empresas no estabelecimento de metas relacionadas aos ODS para integrar os princípios ESG é o Programa "Ambição pelos ODS" (*SDG Ambition*), lançado em janeiro de 2020, durante a realização do Fórum Econômico de Davos, na Suíça. As metas estabelecidas pelo Programa buscam traduzir os ODS para o mundo corporativo, como por exemplo, estabelecendo equidade de gênero em todos os níveis de gerência, incidência zero de suborno, entre outras[16].

O Acordo de Escazú reconhece em seu preâmbulo a importância da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável e o conjunto de ODS estabelecidos por ela, destacando o compromisso de alcançar o desenvolvimento sustentável nas suas três dimensões – econômica, social e ambiental– de forma integrada e equilibrada. Assim, as práticas corporativas de ESG devem incorporar os preceitos do Acordo.

Todavia, diante do número inexpressivo de assinaturas e consequentemente ratificações do Acordo de Escazú, a perspectiva de incorporação dos preceitos do Acordo nas práticas de ESG no continente Latino-Americano não parece promissora. ALICIA BÁRCENA, secretária-executiva da Comissão Econômica para América Latina e o Caribe -CEPAL-, reconhece que há um certo temor entre empresas da região com relação ao Acordo, mas para ela, este temor é injustificado, uma vez que uma melhor economia deveria ser construída com informação e transparência[17]. Observe que países como Chile ou Brasil não aderiram ao Acordo de Escazú, assim como a Colômbia e a Costa Rica. As mudanças de governos dos países durante o processo de negociação e adoção do Acordo explicam, em parte, o fato de alguns passarem de impulsionadores a detratores do tratado, como foi o caso do Brasil, evidenciando que a lógica dominante continua sendo a de exploração dos recursos naturais, sem considerar parâmetros de pro-

16 PACTO GLOBAL. "Metas ESG", disponível em [https://www.pactoglobal.org.br/pg/esg].

17 TERESA DE MIGUEL. "Acordo de Escazú entra em vigor para frear mortes de ambientalistas na América Latina sem a participação do Brasil", *El País*, 23 de abril de 2021, disponível em [https://brasil.elpais.com/internacional/2021-04-23/acordo-de-escazu-entra-em-vigor-para-frear-assassinatos-de-ambientalistas-na-america-latina-sem-a-participacao-do-brasil.html].

teção ambiental e de respeito aos Direitos Humanos, conforme destaca Albuquerque e Corso[18].

O discurso do desenvolvimento direcionado aos países periféricos foi amplamente aceito e incentivado pelos internacionalistas, sobretudo no pós-Segunda Guerra Mundial a partir das diretrizes e programas da Organização das Nações Unidas e outras organizações internacionais. Tal discurso assumiu diferentes formas ao longo das décadas de existência da onu, principalmente ao somar ao tema do desenvolvimento às questões do meio ambiente. Contudo, mesmo considerando os limites ambientais do planeta, a lógica dominante do desenvolvimento continua ignorando as principais causas das desigualdades sociais e da exploração sem limites do meio ambiente. O cenário de injustiça ambiental é cada vez mais presente, tanto na esfera internacional como interna.

O número de conflitos socioambientais é cada vez maior nos países da América Latina e Caribe: disputas pela terra, causadas pela expansão da mineração e do setor agrícola, conflitos pelo uso e apropriação de recursos naturais, questões envolvendo demarcação de terras indígenas, são constantes, assim como a violência praticada contra defensores de direitos humanos e ambientais.

Dessa forma a justiça ecológica surge como uma maneira de aproximar a luta por direitos sociais à luta por melhores condições ambientais, ao denunciar que as populações vulneráveis e, portanto, mais carentes em termos de reconhecimento e acesso a direitos, são aquelas que mais sofrem em termos de exposição aos riscos ambientais, considerando que tais riscos não atingem apenas os seres humanos, mas também os animais e a natureza. Portanto, no próximo tópico será apresentada a relação entre os princípios de esg e o Acordo de Escazú no contexto da justiça ecológica.

18 Leticia Albuquerque e João Vitor Bueno Corso. "Os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos e o meio ambiente: o pioneirismo do Sistema Africano de Direitos Humanos", *Captura Críptica: Direito, Política, Atualidade*, vol. 8, n.° 1, 2019, disponível em [https://ojs.sites.ufsc.br/index.php/capturacriptica/article/view/4101], p. 77.

II. O ACORDO DE ESCAZÚ NO CONTEXTO DA JUSTIÇA ECOLÓGICA

A América Latina é uma das regiões do planeta com maior biodiversidade e marcada por inúmeros conflitos socioambientais. O Brasil, como salientam Medeiros e Albuquerque, além da megadiversidade em termos de fauna e flora, destaca-se também pela riqueza da sua sociobiodiversidade representada pelas populações tradicionais, como caiçaras, seringueiros, quilombolas e centenas de comunidades indígenas, que reúnem um conhecimento inestimável a respeito do uso e da conservação da biodiversidade. Contudo, o fato do Brasil ser um dos países com maior biodiversidade no planeta, faz com que esteja também no centro de conflitos e disputas em razão da exploração em escala comercial global da biodiversidade propulsora destes conflitos[19].

Joan Martinez Alier, em estudo elaborado pela rede ejolt, que busca mapear os conflitos socioambientais no mundo[20], destaca que a demanda por materiais e energia, principalmente da população de classe média e alta, tem levado, por um lado, a um aumento dos conflitos ambientais. Por outro lado, segundo o autor, quem sofre o maior impacto desses conflitos é a população pobre na sua maioria indígenas, que não tem poder político de acesso à justiça e aos sistemas de saúde. Na América Latina, o *Atlas da injustiça ambiental no mundo* elaborado pela ejolt, aponta os seguintes dados: o maior número de casos na Colômbia: 72 conflitos, seguida pelo Brasil: 58 casos, Equador: 48, Argentina: 32, Peru: 31 e Chile com 30 casos[21].

Este aumento do número de conflitos socioambientais é corroborado também pelas desigualdades sociais e concentração de riqueza, como afirma Acselrad *et al.*[22], a concentração dos benefícios do desenvolvimento nas mãos de poucos, bem como a destinação desproporcional dos riscos ambientais para os mais pobres e para os grupos

19 Fernanda Medeiros y Letícia Albuquerque. "A quem pertence a biodiversidade? Um olhar acerca do marco regulatório brasileiro", *Veredas do Direito*, vol. 12, n.º 23, 2015, pp. 195-216, disponível em [http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/533].

20 Environmental Justice Organizations, Liabilities and Trade. "Atlas da Injustiça Ambiental", disponível em [http://www.ejolt.org/maps/].

21 Ídem.

22 Henri Acselrad, Maria Geralda do Amaral Mello y Gustavo das Neves Bezerra. *O que é justiça ambiental?*, Rio de Janeiro, Garamond, 2009.

étnicos mais despossuídos, permanece ausente da pauta de discussão dos governos e das grandes corporações levando a uma situação de injustiça ambiental.

A justiça ambiental é um movimento que nasce ligado principalmente à luta pelos direitos civis e políticos nos EUA da década de 1980 e que frisa o caráter interdependente e globalizado das condicionantes estruturais da crise ambiental: poluição, explosão demográfica, perda de diversidade biológica, mudanças climáticas, entre tantos outros, são condicionantes que afetam o planeta, mas atingem de forma mais forte aos grupos vulneráveis tanto politicamente quanto economicamente. Ao traçar a gênese do movimento por justiça ambiental Acselrad, do Amaral Mello e das Neves Bezerra[23] salientam que o movimento buscou fundir direitos civis e políticos numa mesma agenda, superando 20 anos de dissociação e suspeita entre ambientalistas e movimento negro com a aprovação em 1991 dos "17 princípios da Justiça Ambiental", por ocasião da primeira Cúpula Nacional de Lideranças Ambientalistas dos Povos de Cor, realizada nos Estados Unidos. A partir de então, "o Movimento por Justiça Ambiental adotou estratégias de lutas históricas dos movimentos pelos direitos civis, tais como protestos, passeatas, petições, lobby, relatórios, apurações de fatos, audiências para instruir a comunidade e intensificar o debate público sobre a questão"[24].

No contexto da crise planetária e do advento do movimento ambientalista, principalmente a partir dos anos 1960, a justiça ambiental torna-se uma noção emergente que integra o processo histórico de construção subjetiva da cultura de direitos. Ao abordar o desenvolvimento da ecologia como uma ciência autônoma da biologia e os aspectos políticos ligados a essa questão, Pascal Acot, afirma que até o final dos anos 1960 a ecologia não é conhecida do grande público, isto acontece principalmente em razão do crescimento das economias no decurso dos anos 1960 e a reação por parte da sociedade perante o agravamento das condições ambientais em razão da poluição e degradações geradas por esse processo. Nas palavras do autor:

> Um dos pontos fulcrais desses movimentos da opinião pública conduz ao que se chama a "defesa do meio ambiente",

23 Ibíd., p. 23.
24 Ídem.

> expressão bastante vaga que abrange não somente as lutas contra a industrialização dita "selvagem" e a especulação predial, contra a utilização descontrolada dos recursos naturais e contra as diversas poluições industriais, mas igualmente as ações que fixem como objetivo a proteção de espécies selvagens, o salvamento das que se encontram em vias de desaparecimento e a criação de parques nacionais e espaços verdes[25].

Para Acot, essa apropriação da ecologia pela opinião pública gerou, por conseguinte, à uma reação dos partidos políticos, que aprofundaram estas questões e começaram a organizar a criação de secretarias de Estado e ministérios, pois, segundo o autor: "é necessário aquietar a opinião pública preparando-a para as degradações do futuro"[26].

Neste contexto, de advento da ecologia perante a sociedade, é que será construído o cenário de crise ambiental planetária que leva a inserção do tema na agenda internacional através da série de conferências mundiais sobre meio ambiente lideradas pela Organização das Nações Unidas -onu-. A justiça ambiental é um movimento que tem a sua origem nos eua, mas é incorporado pelos movimentos sociais de diversos países, como o Brasil.

A porta de entrada da discussão sobre justiça ambiental no Brasil se dá através dos sindicatos da indústria química e mais tarde é incorporada pelo chamado ecologismo combativo como o movimento dos atingidos por barragens -mab-. Importante salientar a formação da Rede Brasileira de Justiça Ambiental que luta para evidenciar que o risco ambiental está relacionado à insegurança social, ou seja, é muito comum e ainda presente o discurso do desenvolvimento econômico e da necessidade de emprego: a promessa do emprego quaisquer que sejam os seus custos sociais e ambientais. O movimento de justiça ambiental não nega a economia dos recursos naturais, mas agrega a essa preocupação o questionamento quanto aos fins pelos quais os recursos naturais estão sendo usados: "são eles usados para produzir o quê, para quem e na satisfação de quais interesses? Para produzir tanques ou arados? Para servir à especulação fundiária ou para produzir alimentos? Para dar prioridade à geração de lucro as grandes corpo-

25 Pascal Acot. *Ecologia: para um novo equilíbrio*, A. Mendes (trad.), Lisboa, Ed. itau, s.f., p. 13.

26 Ibíd., p. 14.

rações ou para assegurar uma vida digna às maiorias?"[27]. Embora o foco inicial da justiça ambiental tenha sido a distribuição desigual dos riscos ambientais, o movimento não se resume a questão da equidade.

A questão de como as injustiças são construídas, ou seja, as razões para a manutenção das discriminações e desigualdades é algo muito presente no movimento, tanto do ponto de vista social quanto teórico. Demandas por participação e acesso à justiça estão presentes, pois as injustiças ambientais são percebidas como parte estrutural das nossas sociedades e, portanto, para mudar esse cenário de injustiça ambiental é preciso mais do que ações pontuais, é preciso dar voz (ou reconhecimento) às comunidades mais afetadas por essas injustiças.

Na tentativa de fazer uma releitura da justiça ambiental a partir de novos aspectos das teorias da justiça, alguns autores, como Schlosberg[28], propõem a visão da justiça ecológica. Para além de incorporar questões de reconhecimento, participação e grupos, a justiça ecológica inclui a natureza e os animais. Para o autor, podemos aplicar o mesmo conceito de justiça tanto para riscos ambientais para a população humana como para a relação entre a comunidade humana e a natureza não humana.

Schlosberg salienta que paralelamente as lutas sociais que encamparam a bandeira da justiça ambiental desenvolveu-se uma ampla literatura a respeito do tema. Nesse sentido, também a literatura sobre teorias da justiça cresceu, trazendo mudanças significativas sobre a ideia de uma justiça apenas distributiva e passou a incorporar outros conceitos como a necessidade de reconhecimento[29], por exemplo.

27 Acselrad, do Amaral Mello y das Neves Bezerra. *O que é justiça ambiental?*, cit.

28 David Schlosberg. *Defining environmental justice: theories, movements, and nature*, Oxford, Oxford Univervisty Press, 2007.

29 Conforme salienta Fraser os termos "redistribuição" e "reconhecimento" possuem uma referência tanto filosófica quanto política. Do ponto de vista filosófico referem-se a paradigmas normativos elaborados por teóricos políticos e filósofos morais, enquanto do ponto de vista político referem-se a reivindicações colocadas por atores políticos e movimentos sociais na esfera pública. A autora considera em seus trabalhos ambos os termos como referência política, ou seja, como constelações ideais e típicas das reivindicações que discutimos atualmente na esfera pública. São termos que se referem aos paradigmas populares da justiça que alimentam as lutas da sociedade civil. São conjuntos de concepções relacionados sobre as causas e as soluções de injustiça pressupostos de forma tácita pelos movimentos

Segundo o autor, tais mudanças não foram necessariamente incorporadas pelos movimentos de justiça ambiental. Em essência, muitas teorias contemporâneas de justiça referem um ponto de partida que é mais amplo do que apenas como coisas são distribuídas. Esse ponto de partida inclui novas instituições e teorias sobre reconhecimento, participação e como as pessoas funcionam relacionando isto a grupos e indivíduos[30].

Schlosberg afirma que a maior parte da discussão em justiça ambiental foca na má distribuição: comunidades pobres, indígenas, negros, por exemplo, tem menos benefícios ambientais, mais prejuízos ambientais e menos proteção ambiental.

É preciso considerar que muitos países e povos, principalmente do sul global, o que incluiu a América Latina, continuam vítimas da exploração extrativista dos países centrais, ou do norte global e são cenário constante da morte de defensores de direitos humanos, principalmente aqueles ligados aos conflitos socioambientais[31].

Nesta perspectiva, o Acordo de Escazú ganha um caráter inovador ao incluir no art. 9.°, disposição vinculante sobre os defensores dos direitos humanos:

> Art. 9.°: Defensores dos direitos humanos em questões ambientais 1. Cada Parte garantirá um ambiente seguro e propício no qual as pessoas, os grupos e as organizações

sociais e atores políticos. Axel Honneth y Nancy Fraser. *Redistribución o reconocimiento?*, Madrid, Morata, 2006, p.21.

30 Schlosberg. *Defining environmental justice: theories, movements, and nature*, cit.

31 Um relatório da organização Global Witness revelou que, entre 2002 e 2013, 448 ativistas foram assassinados no Brasil. Entre eles estão o ambientalista José Cláudio Ribeiro da Silva e sua esposa, Maria do Espírito Santo da Silva, executados em 2011 no Pará, e a morte da missionária Dorothy Stang, assassinada em 2005, também no Pará. Segundo a instituição, 68% dos assassinatos ocorridos no Brasil em 2012 foram causados por conflitos de terra, ligados ao desmatamento na região Amazônica. Apenas 10% dos casos chegam aos tribunais e apenas 1% resultou em condenação dos autores do crime. Os estados mais violentos nesse caso são Pará e Mato Grosso do Sul. Ver mais em: Saroja Coelho. "Violência contra ambientalistas no Brasil é chocante, diz relatório", *Deutsche Welle*, 17 de abril de 2014, disponível em [https://www.dw.com/pt-br/viol%C3%AAncia-contra-ambientalistas-no-brasil-%C3%A9-chocante-diz-relat%C3%B3rio/a-17575740].

> que promovem e defendem os direitos humanos em questões ambientais possam atuar sem ameaças, restrições e insegurança. 2. Cada Parte tomará as medidas adequadas e efetivas para reconhecer, proteger e promover todos os direitos dos defensores dos direitos humanos em questões ambientais, inclusive o direito à vida, integridade pessoal, liberdade de opinião e expressão, o direito de reunião e associação pacíficas e o direito a circular livremente, bem como sua capacidade de exercer os direitos de acesso, levando em conta as obrigações internacionais da Parte no âmbito dos direitos humanos, seus princípios constitucionais e os elementos básicos de seu sistema jurídico. 3. Cada Parte tomará medidas apropriadas, efetivas e oportunas para prevenir, investigar e punir ataques, ameaças ou intimidações que os defensores dos direitos humanos em questões ambientais possam sofrer no exercício dos direitos contemplados no presente Acordo.

É a primeira vez que um tratado traz disposição a respeito dos defensores dos direitos humanos em assuntos ambientais. Em uma região como a América Latina e o Caribe, em que os defensores enfrentam inúmeras agressões e violências, tal disposição representa um marco importante para a garantia de direitos e redução das desigualdades, uma vez que a violência constitui uma das dimensões das desigualdades.

A Agenda 2030, estabelece como ODS 16 promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis. Para alcançar tal objetivo, uma das metas estabelecidas é a redução de todas as formas de violência e as taxas de mortalidade relacionada em todos os lugares (Meta 16.1). A promoção da Agenda 2030, bem como do Acordo de Escazú e dos princípios de ESG, deve considerar o cenário das desigualdades dos diferentes países do continente Latino-Americano e do Caribe.

Em boletim informativo publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística -IBGE- sobre as desigualdades sociais no Brasil, resta evidente o aumento das desigualdades quando se considera fatores raciais, por exemplo. Este é um aspecto sensível tanto para implementação do Acordo de Escazú, quanto para a incorporação de princípios de ESG pelo setor corporativo. O estudo do IBGE aponta que

apesar das pessoas de cor, ou raça preta ou parda constituírem a maior parte da força de trabalho do país, estão em desvantagem no mercado de trabalho tanto no que diz respeito a maior empregabilidade, quanto ao acesso a postos de trabalho mais qualificados e, portanto, com melhor remuneração. Segundo o IBGE:

> A relativa desvantagem desse grupo populacional se mantém mesmo quando considerado o recorte por nível de instrução. A taxa composta de subutilização da força de trabalho, por exemplo, é maior entre as pessoas de cor ou raça preta ou parda, qualquer que seja o nível considerado, sendo essa diferença relativamente menor entre aquelas que possuem o ensino superior completo. Padrão semelhante é verificado no que concerne à taxa de desocupação[32].

Quando são examinados os dados incluindo um recorte em categorias de rendimento, conforme o tipo de ocupação, o estudo conclui que, tanto na ocupação formal, como na informal, as pessoas pretas ou pardas receberam menos do que as de cor ou raça branca. Das desigualdades considerando para além da questão racial, aspectos de sexo, as vantagens dos homens brancos sobre os demais grupos populacionais ficam ainda mais evidentes[33], e ao considerar as razões de rendimentos por cor ou raça e sexo, os resultados comparativos apontam uma maior vantagem dos homens brancos sobre os demais grupos populacionais.

Destaca-se a vantagem dos homens brancos sobre os demais grupos populacionais, sendo que a maior distância de rendimentos ocorre quando comparados às mulheres pretas ou pardas, que recebem menos da metade do que os homens brancos auferem (44,4%). O segundo grupo de maior vantagem é o da mulher branca, que possui rendimentos superiores não só aos das mulheres pretas ou pardas, como também aos dos homens dessa cor ou raça (razões de 58,6% e 74,1%, respectivamente). Os homens pretos ou pardos, por sua vez, possuem rendimentos superiores somente aos das mulheres dessa mesma cor ou raça (razão de 79,1%, a maior entre as combinações).

32 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatistica. "Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil", *Informação Demográfica e Socioeconômica*, n.º 41, 2019, disponível em [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf], p. 2.

33 Ibíd., p. 3.

A desvantagem da população de raça preta ou parda não se restringe ao mercado de trabalho, acontece também em outros indicadores, como nas condições de vida. No que tange ao acesso à moradia, o estudo do IBGE aponta piores condições na distribuição espacial dos domicílios, acesso a serviços e características individuais dos domicílios. No saneamento básico, por exemplo, o estudo destaca que:

> Indicadores relacionados à cobertura de serviços de saneamento básico também apontam uma significativa desigualdade, segundo a cor ou raça. Em 2018, verificou-se maior proporção da população preta ou parda residindo em domicílios sem coleta de lixo (12,5%, contra 6,0% da população branca), sem abastecimento de água por rede geral (17,9%, contra 11,5% da população branca), e sem esgotamento sanitário por rede coletora ou pluvial (42,8%, contra 26,5% da população branca), implicando condição de vulnerabilidade e maior exposição a vetores de doenças[34].

Condições inadequadas de saneamento básico agravam não só o quadro de saúde das pessoas que vivem sujeitas a estas condições, mas também contribuem para a piora dos fatores ambientais em decorrência da consequente contaminação do solo e das águas.

No que tange aos índices de violência, a taxa de homicídios, é o indicador usado para medir a incidência de violência, na sua forma mais extrema nos países e grupos populacionais. A taxa de homicídios é usada também como indicador para monitorar a Meta 16.1 do ODS 16, mencionados anteriormente. Conforme o estudo do IBGE:

> Embora, na Agenda 2030, as desagregações sugeridas para o indicador em todos os países sejam por sexo e idade, com relação ao Brasil, a desagregação por cor ou raça também é fundamental para a compreensão do fenômeno da violência, tendo em vista as profundas discrepâncias historica-

34 Maria Carolina Poholink Cabral Poholink Bassi, José Carlos Alves Silva e Thais Sabrine Almeida Lustosa. "Pandemia antidemocrática: a Covid-19 sob a ótica da necropolítica à brasileira", *Revista de Direito da FAE*, vol. 3, n.º 1, 2021, pp. 10 a 32, disponível em [https://revistadedireito.fae.edu/direito/article/view/75].

> mente observadas entre a taxa de homicídio da população branca e a da população preta ou parda[35].

Além da população preta ou parda estar sujeita a maiores índices de homicídios, no caso do Brasil, o estudo identifica ainda uma maior letalidade com relação aos jovens negros e pardos (15 a 29 anos), nesse grupo, o IBGE aponta que: "a taxa chegou a 98,5 em 2017, contra 34,0 entre os jovens brancos. Considerando os jovens pretos ou pardos do sexo masculino, a taxa, inclusive, chegou a atingir 185,0"[36]. O estudo destaca que a violência causa impacto no cotidiano escolar, pois muitas crianças e jovens deixam de frequentar as escolas por falta de segurança e pelos estabelecimentos estarem situados em zonas de risco. É possível concluir que este impacto nas condições de educação irá afetar também o mundo do trabalho, reforçando o quadro de desigualdades sociais.

Depreende-se do estudo referido que a desocupação, subutilização da força de trabalho e a proporção de trabalhadores sem vínculos formais atingem mais a população preta ou parda, e particularmente, as mulheres. Ainda, os indicadores de rendimento apontam que a desigualdades continuam, independentemente do nível de instrução das pessoas ocupadas. Estes resultados, conforme o IBGE, são influenciados pela forma como as pessoas pretas ou pardas estão inseridas no mercado de trabalho: ocupam postos de menor remuneração e são menos representadas nos cargos gerenciais, sobretudo os de mais altos níveis[37].

O cenário das desigualdades descrito reforça o quadro de injustiça ecológica, não apenas no Brasil, mas nos demais países do continente, uma vez que mesmo considerando as particularidades dos diferentes países, os fatores que acentuam as desigualdades são bastante semelhantes. Fatores raciais e sexuais, impactam sobremaneira o mundo do trabalho, assim como as condições de vida, a violência, a educação e a representação política. Tais aspectos estão presentes nos movimentos de justiça ambiental e mais recentemente na concepção de justiça ecológica, defendida por SCHLOSBERG.

35 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATISTICA. "Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil", cit., p. 9.

36 Ídem.

37 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATISTICA. "Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil", cit.

Nesse sentido, o Acordo de Escazú engloba os preceitos da justiça ecológica ao reconhecer em seu texto princípios democráticos fundamentais para o combate as desigualdades do continente. Através da transparência e participação assume o compromisso de inclusão e proteção dos mais vulneráveis, em consonância com a Agenda 2030 da ONU.

CONCLUSÕES

O Acordo de Escazú sobre acesso à informação, participação pública e acesso à justiça em assuntos ambientais na América Latina e o Caribe, adotado em 4 de março 2018, em Escazú, Costa Rica, representa um marco do multilateralismo no desenvolvimento sustentável do continente e está dentro do escopo da Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável da Organização das Nações Unidas -ONU-.

Para os povos e países da região, por um lado, a adoção do Acordo representa um avanço na consolidação de princípios democráticos e proteção dos direitos humanos. De outro, ressalta o enorme retrocesso de direitos em razão do atual cenário político de alguns países, que apesar de terem participado do processo de negociação, e até mesmo assinatura do tratado, deixaram de ratificá-lo, como é o caso do Brasil.

Inserido no contexto da Agenda 2030, o Acordo, pode ser visto como um instrumento para redução das desigualdades sociais do continente. Assim, os princípios de ESG, que buscam levar o desenvolvimento sustentável ao mundo corporativo, reforçando a necessidade de empresas incorporarem boas práticas ambientais, sociais e de governança, devem ser utilizados também como meios para a redução das desigualdades.

Em relatório publicado em outubro de 2020, pelo Banco Mundial, intitulado "Pobreza e Prosperidade compartilhada"[38], é feito o alerta para o aumento da extrema pobreza global. Segundo o relatório, pela primeira vez considerando as duas últimas décadas, ¼ da população mundial pode cair na extrema pobreza nos próximos anos. A pandemia, causada pelo novo coronavírus contribui para tais resultados, mas não é a única responsável: os conflitos mundiais e as mudanças

38 World Bank Group. *Poverty and shared prosperity 2020: reversals of fortune*, Washington, D.C., The World Bank, 2020, disponível em [https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/34496/9781464816024.pdf].

climáticas, aparecem como fatores que também contribuem para o aumento da pobreza no mundo, sendo que 82% dos "novos pobres" vivem em países de renda média como o Brasil.

Por consequência, não basta o setor corporativo adotar um discurso baseado em princípios de ESG ou os Estados propagandearem a Agenda 2030. A superação das desigualdades sociais, permanece um desafio. As práticas reais das empresas demonstram pouco comprometimento com esta Agenda. As desigualdades étnico-raciais, como apontado nos dados sobre o Brasil, são persistentes. O estudo do IBGE sobre as desigualdades sociais, mencionado, aponta que a população de cor ou raça preta possui graves desvantagens em relação à população branca, no que diz respeito às dimensões abordadas pelos indicadores analisados no estudo: mercado de trabalho, distribuição de rendimento, condições de moradia, educação, violência e representação política. E, quando, junta-se a estes indicadores a questão sexual, a desvantagem das mulheres é gritante.

O Ministério Público do Trabalho -MPT- em parceria com a Organização Internacional do Trabalho -OIT- mantém o Observatório da Diversidade e da Desigualdade de Oportunidades no Trabalho[39], com intuito de mapear dados de municípios brasileiros no que diz respeito, entre outros, a questões de gênero e interseccionalidade; raça e interseccionalidade; LBGBTQ+; pessoas com deficiência, acessibilidade; grupos populacionais tradicionais e específicos; refugiados etc. Estes dados apresentados pela plataforma representam diversos aspectos da rede de proteção social importante para a defesa de direitos. No entanto, diante das disparidades entre as diferentes regiões do Brasil é possível concluir que os desafios são muitos e que ainda há um longo caminho para que de fato a adoção de princípios de ESG passe do discurso para resultados efetivos. Por ora, esta breve amostra das desigualdades sociais no Brasil, pinçadas do relatório do IBGE, em que fica evidente as vantagens dos homens brancos sobre os demais grupos populacionais, por exemplo, permitem afirmar que não há diversidade no mundo corporativo.

Como salientado no texto, o cenário das desigualdades reforça o quadro de injustiça ecológica, não apenas no Brasil, mas nos demais países do continente, uma vez que mesmo considerando as particu-

39 Ministério Público do Trabalho. "Observatório da Diversidade e da Desigualdade de Oportunidades no Trabalho", disponível em [https://smartlabbr.org/diversidade/].

laridades dos diferentes países, os fatores que acentuam as desigualdades são bastante semelhantes. Fatores raciais e sexuais, impactam sobremaneira o mundo do trabalho, assim como as condições de vida, a violência, a educação e a representação política. Tais aspectos estão presentes nos movimentos de justiça ambiental e mais recentemente na concepção de justiça ecológica, que ao incorporar os aportes das teorias da justiça a justiça ambiental, dá um novo fôlego na luta por direitos e redução das desigualdades.

Ao entrar em vigor internacional, em 22 de janeiro de 2021, o Acordo de Escazú representa o compromisso dos países da região em avançar na agenda ambiental e na proteção dos direitos humanos na América Latina e no Caribe. Resta saber se os resultados esperados serão alcançados: o futuro dirá.

BIBLIOGRAFIA

Acot, Pascal. *Ecologia: para um novo equilíbrio*, A. Mendes (trad.), Lisboa, Ed. itau, s.f.

Acselrad, Henri; Maria Geralda do Amaral Mello e Gustavo das Neves Bezerra. *O que é justiça ambiental?*, Rio de Janeiro, Garamond, 2009.

Albuquerque, Leticia. "Conflitos socioambientais na zona costeira catarinense: estudo de caso da Barra do Camacho/sc" (tese de doutorado), Florianópolis, Brasil, Universidade Federal de Santa Catarina, 2009, disponível em [https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/92868].

Albuquerque, Leticia e João Vitor Bueno Corso. "Os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos e o meio ambiente: o pioneirismo do Sistema Africano de Direitos Humanos", *Captura Críptica: Direito, Política, Atualidade*, vol. 8, n.º 1, 2019, pp. 77 a 97, disponível em [https://ojs.sites.ufsc.br/index.php/capturacriptica/article/view/4101].

Bassi, Maria Carolina Poholink Cabral Poholink; José Carlos Alves Silva e Thais Sabrine Almeida Lustosa. "Pandemia antidemocrática: a Covid-19 sob a ótica da necropolítica à brasileira", *Revista de Direito da FAE*, vol. 3, n.° 1, 2021, pp. 10 a 32, disponível em [https://revistadedireito.fae.edu/direito/article/view/75].

Coelho, Saroja. "Violência contra ambientalistas no Brasil é chocante, diz relatório", *Deutsche Welle*, 17 de abril de 2014, disponível em [https://www.dw.com/pt-br/viol%C3%AAncia-contra-ambientalistas-no-brasil-%C3%A9-chocante-diz-relat%C3%B3rio/a-17575740].

Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe. *Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe*, Santiago, Nações Unidas, 2018, disponível em [https://repositorio.cepal.org/handle/11362/43611].

Comissao Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Nosso Futuro Comum*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1988.

De Miguel, Teresa. "Acordo de Escazú entra em vigor para frear mortes de ambientalistas na América Latina sem a participação do Brasil", *El País*, 23 de abril de 2021, disponível em [https://brasil.elpais.com/internacional/2021-04-23/acordo-de-escazu-entra-em-vigor-para-frear-assassinatos-de-ambientalistas-na-america-latina-sem-a-participacao-do-brasil.html].

Ebel, Ivana. "Um terço de terras de exploração em países emergentes afeta áreas indígenas", *Deutsche Welle*, 19 de setembro de 2013, disponível em [https://www.dw.com/pt-br/um-ter%C3%A7o-de-terras-de-explora%C3%A7%C3%A3o-em-pa%C3%ADses-emergentes-afeta-%C3%A1reas-ind%C3%ADgenas/a-17101406].

Environmental Justice Organizations, Liabilities and Trade. "Atlas da Injustiça Ambiental", disponível em [http://www.ejolt.org/maps/].

Honneth, Axel y Nancy Fraser. *Redistribución o reconocimiento?*, Madrid, Morata, 2006.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatistica. "Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil", *Informação Demográfica e Socioeconômica*, n.° 41, 2019, disponível em [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf].

Knoepfel, Ivo y Gordon Hagart. *Future proof?: embedding environmental, social, and governance issues in investment markets - outcomes of the Who Cares Wins Initiative 2004-2008*, Washington, D.C., World Bank Group, 2009, disponível em [https://documents1.worldbank.org/curated/en/476811468158704493/pdf/476600WP0Futur10Box338858B01PUBLIC1.pdf].

Medeiros, Fernanda y Letícia Albuquerque. "A quem pertence a biodiversidade? Um olhar acerca do marco regulatório brasileiro", *Veredas do Direito*, vol. 12, n.° 23, 2015, pp. 195-216, disponível em [http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/533].

Ministério Público do Trabalho. "Observatório da Diversidade e da Desigualdade de Oportunidades no Trabalho", disponível em [https://smartlabbr.org/diversidade/].

Nações Unidas. A/res/70/1 "Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development", 21 de outubro de 2015, disponível em [https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/291/89/PDF/N1529189.pdf?OpenElement].

Pacto Global. "Metas esg", disponível em [https://www.pactoglobal.org.br/pg/esg].

Rist, Gilbert. *Le développement: histoire d'une croyance occidentale*, 2.ª éd., Paris, Press de Sciences Po, 2001.

Schlosberg, David. *Defining environmental justice: theories, movements, and nature*, Oxford, Oxford Univeristy Press, 2007.

World Bank Group. *Who cares wins: connecting financial markets to a changing world*, Washington, D. C., The World Bank, 2004, disponível em [https://documents1.worldbank.org/curated/en/280911488968799581/pdf/113237-WP-WhoCaresWins-2004.pdf].

World Bank Group. *Poverty and shared prosperity 2020: reversals of fortune*, Washington, D. C., The World Bank, 2020, disponível em [https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/34496/9781464816024.pdf].

CAPÍTULO DÉCIMO

El impacto de la plurinacionalidad en los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. Una propuesta para el proceso constituyente chileno

Hugo Tórtora Aravena[1]

INTRODUCCIÓN

Desde 1980, Chile se encuentra regido por la Constitución Política de la República, nacida en plena dictadura cívico-militar (1973-1980) y con el poder constituyente auto atribuido a la junta de gobierno de la época. Aun cuando desde muy temprano se criticó la falta de legitimidad del texto constitucional, las actuaciones concretas dirigidas a su reemplazo han sido más recientes.

Un hito muy recordado en tal sentido fue el movimiento "Marca tu Voto" en 2013, que convocaba a que los electores pudiesen incluir en la papeleta del sufragio presidencial, las siglas AC, llamando a una asamblea constituyente. Ese mismo año, se publicó en la prensa nacional una carta suscrita por 112 profesores y profesoras de derecho de distintas universidades del país con un fin similar: "Una asamblea

1 Doctor en Derecho, Universidad de Valparaíso. Magíster en Derecho Constitucional, Universidad de Talca. Profesor de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Playa Ancha. Correos [hugo.tortora@upla.cl] [hugotortora@gmail.com].

constituyente no tiene porqué significar caos, desorden, violencia o disrupción del orden social; por el contrario, restituirá o fortalecerá el sentido de pertenencia, al hacernos parte a todos de la construcción de nuestro proyecto colectivo" aclaraba la misiva[2].

Una serie de movilizaciones se convocaron tanto en Santiago como en regiones, convocadas para demandar transformaciones en materia de educación, salud, pensiones justas, cuidado del medio ambiente, entre otros. Aun cuando no siempre se decía explícitamente, una lectura panorámica de dichas manifestaciones dejaba ver el llamado al "cambio de modelo", al paso de un Estado subsidiario a otro más solidario y por cierto, a una nueva Constitución.

Años más tarde tendría lugar el estallido social del 18 de octubre de 2019, el cual, si bien fue causado, de forma directa, por el alza del valor del pasaje del Metro de Santiago, no fue otra cosa, sino que el resultado inevitable de un largo tiempo de demandas insatisfechas. Así, esta verdadera "olla a presión" terminó por hacer crisis de modo violento en la capital.

Una semana más tarde de aquel acontecimiento, tuvo lugar un episodio que puede considerarse "el momento constitucional" en términos de Ackerman[3], cuando el día 25 del mismo mes, se desarrolla la llamada "Marcha más grande de la historia", que reúne a más de 1.200.000 personas en las calles de Santiago, y un número similar en el resto del país[4].

A partir de ese instante, el clamor por una nueva Constitución se hizo insostenible y tuvo que ser recogido por la clase política chilena, a través del "Acuerdo por la paz y la nueva Constitución" suscrito por casi la totalidad de los partidos políticos con representación parlamentaria el 15 de noviembre de 2019, el cual se formalizó jurídicamente a través de una reforma a la Constitución vigente, plasmada en la Ley N.° 21.200 de 24 de diciembre del mismo año.

2 "Profesores de derecho llaman a marcar el voto por una asamblea constituyente", *El Mostrador*, 9 de junio de 2013, disponible en [https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2013/06/09/profesores-de-derecho-llaman-a-marcar-el-voto-por-una-asamblea-constituyente/].

3 Bruce Ackerman. *La política del diálogo liberal*, Gabriela L. Alonso (trad.), Barcelona, Gedisa, 1999, p. 150.

4 Migrar Photo. "La marcha de los descontentos que desbordó Santiago", *ciper*, 26 de octubre de 2019, disponible en [https://www.ciperchile.cl/2019/10/26/foto-reportaje-la-marcha-de-los-descontentos-que-desbordo-santiago/].

En ella se fijó un itinerario constituyente que contempló un plebiscito de entrada para decidir si se aprobaba o rechazaba la redacción de una nueva Constitución y el mecanismo para redactarla, el cual tuvo lugar el 25 de octubre de 2020. Luego, al vencer la opción "Apruebo", se eligieron los miembros de la Convención Constitucional –nombre dado en Chile a la Asamblea Constituyente– los días 15 y 16 de mayo de 2021. Dicha Convención, a la fecha de cierre de este trabajo, se encuentra sesionando en miras de elaborar un proyecto de nueva Constitución, el cual deberá ser plebiscitado de modo de obtener el pronunciamiento final de quien es, en definitiva, el verdadero titular del poder constituyente en todo sistema democrático, como es el pueblo.

Además de reparar los vicios de origen de los que padece la "Constitución de Pinochet", las motivaciones por una nueva Constitución han sido variadas. Algunas de las ideas más reiteradas son: la necesidad de avanzar hacia un Estado social de derecho, la construcción de una democracia más participativa, la incorporación de la paridad y del enfoque de género como principio rector en la organización del Estado, y la protección del medio ambiente.

Pero también, tanto simbólica como materialmente, aunque quizás no con el mismo protagonismo, otro de los temas centrales del movimiento social tuvo que ver con el trato que Chile les ha dado a los pueblos originarios que habitan este territorio. Por lo mismo, no era de extrañar que las banderas chilenas que flameaban en las calles durante el ciclo de protestas de octubre de 2019, fueran acompañadas también por banderas mapuche, y que muchos de los candidatos a constituyentes realizaran propuestas sobre un "nuevo trato" con las primeras naciones.

En este mismo contexto, los pueblos originarios exigían una representación proporcional en la Convención Constitucional, lo cual fue fuertemente resistido por los grupos políticos más conservadores del país. Estos últimos argumentaban que el establecimiento de cuotas o escaños reservados era un atentado a la democracia, puesto que se daría un estatus especial a las etnias, ignorando los siglos de exclusión que ellas han sufrido, con una clara violación a los derechos humanos, tanto individuales como colectivos. Finalmente, en marzo de 2020 se aprueba a través de la Reforma Constitucional N.° 21.216 la incorporación de 17 escaños reservados para pueblos originarios, lo cual se ajusta a la proporción de personas que se reconocen parte de dichas etnias.

En este contexto, algunos constituyentes, tanto indígenas como no indígenas, han propuesto el reconocimiento constitucional de los

pueblos originarios, como uno de los cambios importantes que podría tener la nueva Constitución. Pero otros han ido más allá, planteando derechamente la idea de un Estado plurinacional. La diferencia sustancial entre ambas propuestas radica en que, mientras en el *reconocimiento* sigue existiendo un Estado hegemónico que permite el ejercicio de ciertos derechos, en la *plurinacionalidad* los distintos pueblos pasan a formar parte de la estructura misma del Estado, ya no como espectadores ni como beneficiarios, sino como actores políticos directos en la toma de decisiones políticas.

Más allá de la carga emotiva de la fórmula en cuestión, y teniendo en cuenta que ella puede ser políticamente muy seductora entre la ciudadanía, pareciera que no hay mucha claridad acerca del significado de la plurinacionalidad y mucho menos de sus consecuencias. Por lo mismo, es necesario aportar algunos elementos de análisis, en particular respecto de los efectos que esta alternativa podría generar tanto para la organización del Estado, como para la vigencia de los derechos fundamentales.

Con este objeto, en las próximas páginas se ofrecerán algunos conceptos que permitan comprender de mejor manera qué significa un Estado plurinacional, para luego adentrarnos en los efectos que este debería tener respecto, particularmente, de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales -DESCA-.

I. DELIMITANDO LA IDEA DE PLURINACIONALIDAD

La noción de plurinacionalidad plantea un desafío político y social mucho más profundo que el de resolver la forma como el Estado se propone gestionar la diversidad cultural existente en el territorio. A diferencia de lo que puede suceder con los modelos multiculturales o pluriculturales –o incluso con los Estados federales– el paradigma plurinacional no se limita tan solo a "reconocer las diferencias", ni a administrarlas desde un núcleo de poder central. Más bien busca repensar la forma como hemos entendido la titularidad y el ejercicio del poder, pasando a una comprensión pluralista del mismo, que incorpore a los diversos pueblos en la organización política y, al mismo tiempo, que respete su autonomía y libre determinación.

La plurinacionalidad entiende que, existiendo diversas naciones que componen el Estado, casi siempre anteriores a él, todas ellas tienen el mismo derecho y la posibilidad de formar parte de la estructura es-

tatal central, no solo incidiendo en la toma de decisiones, sino siendo parte de ellas de manera necesaria y exigible. Todo ello se explica a partir del principio de igualdad entre todas las culturas, el cual es incompatible con diseños que supongan una relación jerárquica entre ellas.

Esto, desde una perspectiva institucional exige la incorporación de los diversos pueblos en los diferentes espacios de decisión política, como el Congreso o Parlamento, la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, a través de cuotas o escaños reservados de representación indígena. También hace necesario el reconocimiento de autonomías territoriales, como consecuencia del derecho a la autodeterminación, reconocido en el Pacto Internacional de Derechos y Políticos, en la Declaración de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas de 2007 y en la Declaración Americana de Pueblos Indígenas de 2016[5].

Este es un reto que representa evidentemente un cambio de gran cuantía para Chile, en consideración a que, en toda nuestra historia, los pueblos originarios jamás han sido recogidos por las constituciones. Muy por el contrario, se adoptó primero, una política de persecución manifestada, por ejemplo, en el virtual exterminio del pueblo selk´nam o en la mal llamada "Pacificación de la Araucanía", episodios

5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966: "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural" (art. 1.1).
Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007: "Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas" (art. 4.°).
Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016: "Derecho a la autonomía o al autogobierno 1. Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus propias instituciones indígenas de decisión. También tienen el derecho de participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos. Pueden hacerlo directamente o a través de sus representantes, de acuerdo a sus propias normas, procedimientos y tradiciones. Asimismo, tienen el derecho a la igualdad de oportunidades para acceder y participar plena y efectivamente como pueblos en todas las instituciones y foros nacionales, incluyendo los cuerpos deliberantes" (art. XXI).

de gran violencia estatal en contra de la comunidad indígena. Ya en los siglos XX y XXI ha primado una mirada asimiliacionista, pero que de igual forma, ha continuado la política de despojo y desconocimiento de los derechos colectivos de estos pueblos.

Por lo mismo, la propuesta de un Estado plurinacional involucra un proyecto *refundacional*, expresión esta última que puede generar resistencia de parte de los sectores más tradicionales del país, pero que debe ser entendida -a juicio nuestro- como un acto de justicia histórica y una exigencia que se enmarca en criterios de derechos humanos.

Como lo indica Boaventura de Sousa Santos, la refundación del Estado en Latinoamérica se sustenta en la idea de un constitucionalismo transformador, que se construye "desde abajo" vale decir por los postergados y excluidos y no por las elites. Los requerimientos de estos grupos permitirán establecer: 1) Una institucionalidad nueva: la plurinacionalidad; 2) Una territorialidad nueva: las autonomías asimétricas; 3) Una legalidad nueva: el pluralismo jurídico; 4) Un régimen político nuevo: la democracia intercultural; y 5) Nuevas subjetividades individuales y colectivas: individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades[6].

Pero como hemos señalado antes, una concepción plurinacional del Estado no debe tomarse con liviandad. Como lo propone el profesor ecuatoriano Melo Cevallos la plurinacionalidad, más allá de ser una proclama enunciativa, debe convertirse "en el reconocimiento efectivo de la unidad en la diversidad", vale decir, asumir la unidad del Estado, "respetando la diversidad de los pueblos y las culturas"[7].

Por lo mismo, además de las transformaciones estructurales, en aquello que Roberto Gargarella ha llamado "la sala de máquinas"[8], el modelo plurinacional también genera impactos relevantes en materia de derechos, más específicamente en el ámbito de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales -DESCA-. En las próximas páginas se desarrollarán algunos de estos efectos.

6 Boaventura de Sousa Santos. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010, pp. 71 y 72.

7 Mario Melo Cevallos. "Los derechos indígenas en la nueva constitución", en Luis Ángel Saavedra (ed.). *Nuevas instituciones del derecho constitucional ecuatoriano*, Quito, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, 2009, p. 101.

8 Roberto Gargarella. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz, 2015.

II. LA PLURINACIONALIDAD EXIGE UNA COMPRENSIÓN PLURALISTA DE LOS DESCA

Probablemente, el cambio más importante tiene que ver con una comprensión plural de los derechos fundamentales, incluidos los DESCA. Esto, por cuanto la plurinacionalidad, al incorporar a los pueblos originarios como nuevos actores al escenario político, hace lo mismo con sus culturas y cosmovisiones, las cuales también ingresan a los espacios donde se toman las decisiones relevantes para el país, incluidos los asuntos relativos a derechos.

Con ello, se produce un quiebre radical con aquellas comprensiones monoculturales y unidireccionales de los derechos fundamentales. A cambio de ellas, y en el marco de un plan emancipador, se intenta subvertir el modelo hegemónico colonialista, el cual –junto con el carácter neoliberal y patriarcal– ha caracterizado el sistema constitucional chileno.

Así las cosas, el establecimiento de un Estado plurinacional supone una redefinición de los derechos fundamentales. Como nuevamente lo señala DE SOUSA SANTOS, los derechos deben dejar de entenderse solo a partir de la lógica universalista propia de un localismo globalizado, que impone una concepción hegemónica de los mismos a todo el planeta. Más bien, debe avanzarse hacia una concepción contrahegemónica de naturaleza multicultural, hacia lo que denomina un proyecto "cosmopolita insurgente". Esta concepción, más que adscribirse a una idea única y común de derechos humanos, aparece como "una constelación de significados locales y mutuamente inteligibles"[9].

En definitiva, la concepción novedosa de los derechos fundamentales ha de ser contrahegemónica y descolonizante respecto del constitucionalismo liberal, y radical respecto del constitucionalismo social, proporcionando opciones conceptuales que amplían los márgenes de lo que se había entendido por derechos fundamentales.

La originalidad de la propuesta plurinacional tiene que ver, precisamente, con entender que los derechos, lejos de obedecer a una concepción única y universal, pueden ser entendidos como entidades a las cuales se les puede atribuir una diversidad conceptual interna, tan amplia como lo es la sociedad misma donde rigen.

9 BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Santiago, Ediciones Trilce, 2010, pp. 69 a 81.

De esta manera, la plurinacionalidad se yergue como una alternativa necesaria de los modelos hegemónicos descritos, y al mismo tiempo y de modo coherente, se abre a reconocer la riqueza cultural y jurídica interna de cada sociedad. Así, los derechos fundamentales, en este sentido más que reconocer un único concepto, o una única orientación, quedan representados por un crisol de concepciones diferentes que se vertebran de modo tal de construir un ordenamiento constitucional común.

III. LOS DESCA ASUMEN UN ROL DESCOLONIZADOR EN EL MARCO DEL MODELO PLURINACIONAL

En esa misma línea, los DESCA deben entenderse en clave descolonizadora. En efecto, la plurinacionalidad en materia de derechos no finaliza con la constitucionalización de un determinado catálogo, sino que, adicionalmente, se realiza un constante llamado a que ellos sean agentes de transformación social, incorporando una conciencia pluralista al orden jurídico-político, de manera de consolidar una suerte de alianza multicultural.

Así, los derechos sociales en un modelo plurinacional están muy lejos de estar configurados de modo neutro, sino que vienen "cargados" con una filosofía multicultural, holística y respetuosa de la diversidad cultural. En definitiva, con la plurinacionalidad se da un doble proceso de transformación: primero, incide en la forma como se conciben los DESCA, y luego, estos mismos derechos operan como catalizadores de un cambio profundo a las bases mismas del Estado.

De esta forma, a manera de ejemplo, y teniendo a la vista los ordenamientos constitucionales ecuatoriano y boliviano, la plurinacionalidad gira "alrededor de la transformación, refundación y descolonización del sistema" y "procuran la concepción y práctica de los principios de interculturalidad y plurinacionalidad en el sistema educativo nacional"[10].

A manera de ejemplo, el derecho a la educación no incluye solo el derecho a la formación, sino que se exige, además, que incorpore la plurali-

10 CATHERINE WALSH. "Interculturalidad crítica y educación intercultural", en JORGE VIAÑA, LUIS TAPIA y CATHERINE WALSH. *Construyendo interculturalidad crítica*, La Paz, Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, 2010.

dad cultural. Es el caso de la Constitución ecuatoriana, donde se establece el derecho a aprender "en su propia lengua y ámbito cultural" (art. 29).

Por su parte, la Constitución boliviana que dispone que toda persona a recibir una educación "integral e intercultural" en todos sus niveles (art. 17). Se establece, además, que la educación es "intracultural, intercultural, plurilingüe en todo el sistema educativo", además de "unitaria, pública, universal, democrática, participativa, comunitaria, descolonizadora y de calidad" (arts. 30 y 78). No deja de llamar la atención que, entre otros rasgos, la educación en Bolivia deba ser "liberadora y revolucionaria" (art. 78), lo que es coherente con la inspiración emancipadora que se delinea ya desde el preámbulo y que se incorpora también en la educación.

De esta forma, esta categoría de derechos colabora con la aspiración emancipadora, al forzar políticas que impulsen el pluralismo, visibilizando la diversidad, y dotando de protagonismo las manifestaciones culturales de los diferentes pueblos.

IV. LA PLURINACIONALIDAD INCIDE EN EL MODELO ECONÓMICO Y LA SATISFACCIÓN DE LOS DESCA

Un tercer impacto de la plurinacionalidad en materia de DESCA tiene que ver con las materias económicas, ya que se abre a la posibilidad de nuevas formas de producción.

Chile se ha caracterizado por generar un modelo de desarrollo basado en el mercado, por lo general poco regulado, de naturaleza neoliberal, impuesto no solo por el texto constitucional sino también por una sobre interpretación de sus normas[11].

En un Estado plurinacional, en cambio, debieran reconocerse también formas económicas alternativas, como por ejemplo la "economía comunitaria", que es el "medio típico y habitual de producción económica de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos"[12].

11 CHRISTIAN VIERA ÁLVAREZ. Libre iniciativa económica y Estado social, Santiago, Thomson Reuters, 2013.

12 J. ALBERTO DEL REAL ALCALÁ. "Neoconstitucionalismo con descentralización como mecanismo de generalización de los derechos. El caso Bolivia", en CLAUDIA STORINI y JOSÉ FRANCISCO ALENZA GARCÍA (dirs.). *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Pamplona, Edit. Aranzadi, 2012, pp. 361 a 379.

La plurinacionalidad, por lo tanto, se propone tensionar el "régimen de desarrollo" encaminándose a formas de sustento que puedan ser más amigables no solo con la naturaleza sino también con formas de vivir y de convivir que respeten la diversidad cultural.

Si revisamos el constitucionalismo latinoamericano reciente, se puede ver cómo en Ecuador se reconoce una compleja y abundante variedad de formas de organización económica, como son la pública, privada, mixta, popular y solidaria, "y las demás que la Constitución determine" (art. 283). Además, se indica que las formas solidaria y comunitaria de producción tienen prioridad en las compras públicas, y en las políticas estatales tanto comerciales como financieras.

El respeto por la diversidad cultural existente en el territorio ecuatoriano pasa también por proteger y promover los "espacios de reproducción e intercambio" (art. 276, num. 7), lo que conlleva a que los diferentes modelos económicos sean reconocidos y validados por el Estado.

Por su parte, la Constitución boliviana define al modelo económico como "plural y orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todos los bolivianos" (art. 306.I). A su vez, a la hora de fijar el contenido de tal modelo plural, el art. 306.II señala que "[l]a economía plural está constituida por las formas de organización económica comunitaria, estatal, privada y social cooperativa".

Al observar ambas constituciones, se puede advertir que si bien la economía plural no elimina el mercado, las diferentes formas de organización económica gozan de igualdad jurídica ante la Constitución y la ley. Pero esta igualdad no es neutra ni inocente, como parece. El fundamento es que al situar a las formas económicas alternativas al mismo nivel que las tradicionales inspiradas en el modelo de mercado, lo que se pretende es dar tanta relevancia a las economías solidarias y comunitarias, que pueden llegar a competir con dicho modelo de mercado, el cual ha operado hasta hoy de modo hegemónico[13].

13 Gonzalo Maestro Buelga. "El nuevo constitucionalismo económico latinoamericano", en Claudia Storini y José Francisco Alenza García (dirs.). *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Pamplona, Edit. Aranzadi, 2012, pp. 85 a 107.

V. LA PLURINACIONALIDAD SUPONE EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS CULTURALES DE NATURALEZA COLECTIVA

Por cierto, la plurinacionalidad impacta a los derechos culturales, particularmente aquellos de naturaleza colectiva. Esto, por cuanto la propuesta de un Estado plurinacional supone la celebración de un nuevo pacto, un nuevo acuerdo, ya no solo entre ciudadanos, al modo del contractualismo clásico, sino también entre pueblos o culturas, como entidades colectivas dotadas de derechos, hasta ahora ignorados durante dos siglos del modelo colonial hegemónico.

En este sentido, y en el contexto de un pacto intercultural, primero en la historia de Chile, es que nace el reconocimiento de derechos culturales de naturaleza colectiva. La importancia de esto es, como dice Laura Román, que la garantía de estos derechos "empodera a comunidades y pueblos indígenas tradicionalmente marginados"[14].

Dentro de estos derechos culturales, una experiencia plurinacional debe ser capaz de reconocer al menos tres derechos culturales de naturaleza colectiva.

En primer lugar, se debe mencionar el reconocimiento de los símbolos culturales de los pueblos indígenas. Para esto se debe tener presente que lo simbólico se emplea para indicar todos los mecanismos de intermediación entre sujeto y realidad[15]. Por lo mismo, es importante consignar en el preámbulo o en la parte general del texto constitucional, un reconocimiento por los errores y crímenes cometidos por el Estado en contra de los pueblos indígenas. También, habría que revisar la noción de símbolos o emblemas nacionales, de modo de incorporar algunos elementos que identifiquen la diversidad cultural del país (tal como Bolivia, por ejemplo, reconoce la wiphala, la flor del patujú y la flor de la kantuta). Y por supuesto, establecer el deber del Estado y de la comunidad de respetar los símbolos de los pueblos originarios.

14 Laura Mata Román. "Análisis de una intervención basada en consultas compartidas de la especialidad de gastroenterología y hepatología en atención primaria" (tesis de doctorado), Valladolid, Universidad de Valladolid, 2012, disponible en [https://uvadoc.uva.es/handle/10324/1756?locale-attribute=de], p. 342.

15 Marcelo Neves. *La constitucionalización simbólica*, Lima, Palestra Editores, 2017.

En segundo término, también será necesario reconocer el pluralismo lingüístico. No se debe perder de vista que el fenómeno de exclusión de los pueblos indígenas bajo la colonización buscó anular la memoria indígena, y sus formas de expresión, entre ellas, las lenguas[16]. Si se tiene en cuenta que cada discurso se construye a partir de lenguas que lo expresan, entonces la existencia de una lengua dominante provoca que los discursos asociados a ella se transformen en discurso público u oficial. El fenómeno colonial ha utilizado el ocultamiento de las lenguas alternativas para esconder discursos también alternativos. Por lo tanto, la única posibilidad de acceder a derechos o a información relevante es a través de la lengua hegemónica, lo cual termina, bajo la consigna de la utilidad o la necesidad de abandonar todas aquellas lenguas diferentes a la oficial, esto es, a la hegemónica[17].

De allí que el proceso descolonizador, en el ámbito cultural, vaya dirigido también hacia el reconocimiento, transmisión e incluso la oficialización de las lenguas indígenas. Por lo tanto, se hace necesario ampliar las lenguas oficiales, al menos para el uso intercultural, a las lenguas de las primeras naciones, y disponer constitucionalmente su enseñanza en los establecimientos educacionales, de modo de propender a su conservación en el tiempo.

Por último, bajo el supuesto que el derecho es también un fenómeno cultural, deberá ser necesario garantizar el pluralismo jurídico. Esto es aceptar la convivencia de una diversidad de ordenamientos jurídicos, donde la legislación nacional o estatal comparta espacios de vigencia y eficacia con los ordenamientos de los propios pueblos originarios. Esto exige, además, dos condiciones adicionales. En primer lugar, este reconocimiento debe ser establecido en plano de igualdad y de no jerarquía entre los diversos ordenamientos, los cuales solo quedarán sometidos a la Constitución, la cual al ya tener un origen y contenido plurinacional debiera dar suficientes garantías de pluralismo, sin vocación hegemónica. Y, en segundo término, el pluralismo jurídico también exige reconocer la justicia indígena como forma legítima de solución de conflictos, nuevamente en condiciones de igualdad y no de sujeción jerárquica a la justicia estatal.

16 Asier Martínez de Bringas. "Los pueblos indígenas ante la construcción de los procesos multiculturales: inserciones en los bosques de la biodiversidad", en Mikel Berraondo *López* (coord.). *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, pp. 85 a 108.

17 Katerin I. Brieger Valencia. "La toma de la conciencia lingüística", *Pluralismos*, vol. 11, 2013, pp. 92 a 114.

VI. LA PLURINACIONALIDAD Y LOS DERECHOS AMBIENTALES

Como se ha venido diciendo, el modelo plurinacional representa una experiencia transformadora, que lucha por subvertir la tradición constitucional colonial y antropocéntrica.

En efecto, a partir de la plurinacionalidad, y con el reconocimiento de los derechos culturales antes mencionados, la naturaleza debe ser entendida no solo como una fuente de recursos naturales que pueda ser explotada de modo ilimitado. También debe incorporarse para su debida comprensión, su significancia cultural, religiosa y mística que representa el entorno natural para los pueblos indígenas. Como consecuencia de este reconocimiento constitucional, dicho entendimiento debe operar como límite para los poderes constituidos, tanto en un sentido negativo para impedir decisiones políticas y proyectos de inversión que puedan afectar la naturaleza, como en un sentido positivo que permita diseñar políticas públicas y modelos de desarrollo sustentables.

Por último, en esta misma línea, el modelo plurinacional exige también plantearse seriamente la consideración de la naturaleza como titular de derechos, para lo cual es evidente que el modelo constitucional ecuatoriano puede ser un referente. Sobre el particular, debe tenerse presente que el artículo 10.° de la Constitución Política de dicho país dispone que: "Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución".

Incluir la diversidad cultural en la construcción del nuevo Estado ha de aceptar que sobre la naturaleza coexisten diversas concepciones, una de las cuales es aquella proveniente de los pueblos originarios que la reconocen como un sistema de vida que no es diferente al ser humano, sino que hay una igualdad ética entre todos sus componentes. Esta mirada ha demostrado ser mucho más respetuosa y sustentable que el aquella proveniente de una economía globalizante inspirada en una lógica extractivista y depredadora.

Por lo mismo, si bien no es una consecuencia necesaria, la plurinacionalidad plantea, al menos, la necesidad de discutir la posibilidad de reconocer derechos a la naturaleza, al menos, el derecho a su respeto, su conservación de sus ciclos vitales y su restauración en caso de verse afectada. Todo esto, por cierto, sin perjuicio de dejar de contemplar

derechos de los seres humanos a vivir en un medio ambiente sano, a participar en las políticas ambientales, y a ser resarcidos también en casos de daños medioambientales.

CONCLUSIONES

En definitiva, la inclusión de la plurinacionalidad en la nueva Constitución chilena no se trata solo de la incorporación de un concepto axiológico u organizacional. Mucho más que eso, la plurinacionalidad implica una transformación profunda al modelo de Estado y una intervención trascendental en el sistema de derechos fundamentales, incluidos también los DESCA.

La plurinacionalidad altera la comprensión de estos derechos, y genera efectos en materias económicas, culturales y jurídicas de primer orden.

Esto ha de tenerse muy en consideración durante el debate constituyente, no con el afán de desincentivar la discusión, sino por el contrario, para tomar a la plurinacionalidad en serio, y poder incorporarla en un nuevo pacto que no solo sea político, sino también social y cultural, de modo completo y coherente.

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, BRUCE. *La política del diálogo liberal*, GABRIELA L. ALONSO (trad.), Barcelona, Gedisa, 1999.

BRIEGER VALENCIA, KATERIN I. "La toma de la conciencia lingüística", *Pluralismos*, vol. 11, 2013, pp. 92 a 114.

DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Santiago, Ediciones Trilce, 2010.

DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*, Bogota, Siglo del Hombre Editores, 2010.

del Real Alcalá, J. Alberto. "Neoconstitucionalismo con descentralización como mecanismo de generalización de los derechos. El caso Bolivia", en Claudia Storini y José Francisco Alenza García (dirs.). *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Pamplona, Edit. Aranzadi, 2012, pp. 361 a 379.

Gargarella, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz, 2015.

Maestro Buelga, Gonzalo. "El nuevo constitucionalismo económico latinoamericano", en Claudia Storini y José Francisco Alenza García (dirs.). *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Pamplona, Edit. Aranzadi, 2012, pp. 85 a 107.

Martínez de Bringas, Asier. "Los pueblos indígenas ante la construcción de los procesos multiculturales: inserciones en los bosques de la biodiversidad", en Mikel Berraondo López (coord.). *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, pp. 85 a 108.

Mata Román, Laura. "Análisis de una intervención basada en consultas compartidas de la especialidad de gastroenterología y hepatología en atención primaria" (tesis de doctorado), Valladolid, Universidad de Valladolid, 2012, disponible en [https://uvadoc.uva.es/handle/10324/1756?locale-attribute=de].

Melo Cevallos, Mario. "Los derechos indígenas en la nueva constitución", en Luis Ángel Saavedra (ed.). *Nuevas instituciones del derecho constitucional ecuatoriano*, Quito, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, 2009, pp. 97 a 110.

Migrar Photo. "La marcha de los descontentos que desbordó Santiago", *ciper*, 26 de octubre de 2019, disponible en [https://www.ciperchile.cl/2019/10/26/foto-reportaje-la-marcha-de-los-descontentos-que-desbordo-santiago/].

Neves, Marcelo. *La constitucionalización simbólica*, Lima, Palestra Editores, 2017.

"Profesores de derecho llaman a marcar el voto por una asamblea constituyente", *El Mostrador*, 9 de junio de 2013, disponible en [https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2013/06/09/profesores-de-derecho-llaman-a-marcar-el-voto-por-una-asamblea-constituyente/].

Román Martín, Laura. "Los derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de Bolivia y Ecuador", en Antoni Pigrau i Solé (coord.). *Pueblos indígenas, diversidad cultural y justicia ambiental: un estudio de las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 333 a 370.

Viera Álvarez, Christian. Libre iniciativa económica y Estado social, Santiago, Thomson Reuters, 2013.

Walsh, Catherine. "Interculturalidad crítica y educación intercultural", en Jorge Viaña, Luis Tapia y Catherine Walsh. *Construyendo interculturalidad crítica*, La Paz, Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, 2010.

CAPÍTULO

DECIMOPRIMERO

Tempos de pandemia: a proteção dos direitos dos povos indígenas na Suprema Corte do Brasil

Estefânia Maria de Queiroz Barboza[1]

André Demetrio Alexandre[2]

INTRODUÇÃO

O tema dos direitos de grupos vulneráveis e minorias, particularmente chamados de povos indígenas e tradicionais, receberam especial atenção por parte de pesquisadores em consequência dos impactos devastadores ocasionados pela pandemia de COVID-19. Nela se manifestaram uma série de circunstâncias (sociais, econômicas, cosmológicas, religiosas e culturais) que afetaram o viver desses grupos. No caso desses povos, segundo dados da APIB - Panorama geral da COVI-

1 É mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná -PUCPR- com estágio doutoral (doutorado sanduíche) e bolsa CAPES na Osgoode Hall Law School. Atualmente é professora no Mestrado e Doutorado da Universidade Federal do Paraná -UFPR- e no Mestrado em Direito da UNINTER. Correo [estefbarboza@gmail.com].

2 Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília -UnB-. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná -PUCPR-. Correo [demetrio@outlook.com].

D-19[3], até o dia 21 de agosto de 2021, 1.183 indígenas foram mortos pela pandemia, afetando 163 etnias.

É nesse contexto de tempos pandêmicos que, primeiramente, abordaremos os direitos fundamentais e sociais dos povos indígenas estabelecidos na Constituição Federal -CF- do Brasil de 1988. A partir disso, evidenciaremos que, embora a história seja sempre individualizada e única[4], a pandemia de COVID-19 reintroduziu velhos dilemas à vida desses povos. Fica evidente que a epidemia trouxe além dos impactos citados, novas formas de resistências (inclusive judiciais) e de resiliências.

Em nosso texto adotamos um posicionamento largamente crítico quanto as ações e aos procedimentos de enfrentamento à pandemia adotados (ou não) pelo poder Executivo, particularmente em nome do presidente da República JAIR MESSIAS BOLSONARO. Inquestionavelmente, a atual crise sanitária avultou traços intensos de vulnerabilidade decorrentes dos inúmeros tipos de violência que esses povos enfrentam diariamente, como por exemplo, a invasão em seus territórios por grileiros, e a lentidão vacinal nas aldeias.

À guisa de uma estruturação e sistematização prévia, dividiremos este ensaio em três partes, na primeira etapa, apresentaremos o renascimento dos povos indígenas na Constituição Federal -CF- de 1988; para depois, examinarmos suas lutas por sobrevivência em épocas de emergência epidemiológica. Também mostraremos que por parte do atual governo federal, sempre houve relutância em promover políticas sociais e sanitárias para esses grupos vulneráveis. Na última etapa, analisaremos o principal caso judicial que evidencia as sistemáticas violações de direitos cometidos a esses povos no contexto pandêmico, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental -ADPF- n.° 709, tramitando no Supremo Tribunal Federal -STF-.

3 ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. "Panorama geral da COVID-19. Emergência Indígena", 2021, disponível em [https://emergenciaindigena.apiboficial.org/].

4 PAUL MARIE VEYNE. *Como se escreve a história*, Brasília, UnB, 2008.

I. O RENASCIMENTO DOS POVOS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL –CF– DE 1988

Refletir sobre violações de direitos cometidas contra povos indígenas no Brasil remete à necessidade de primeiramente, estudar os direitos fundamentais estabelecidos na Carta Fundamental do Brasil de 1988[5]. Para compreender essa questão, é preciso entender que, nos últimas cinquenta anos, a ditadura civil-militar brasileira (1964 - 1988) provocou uma sistemática violação de direitos a esses povos[6]. Por outro lado, com a abertura democrática em muitos países latino-americanos, como por exemplo no Brasil, possibilitou-se o renascimento a esses povos tradicionalmente excluídos[7].

Como resultado, novos direitos foram introduzidos para indígenas na Constituição Federal do Brasil de 1988, permitindo-se o reconhecimento de suas tradições culturais, religiosas, cosmológicas e a ocupação tradicional de suas terras[8]. Assim, nas palavras de Marés[9] esses povos "perderam a invisibilidade a que estavam submetidos há 500 anos e fizeram ressurgir" novos direitos sociais não inerentes somente a eles, mas também a quilombolas e a outras culturas tradicionais.

Veja-se que, com a Constituição Federal de 1988, o direito e a teoria constitucional brasileira passaram por uma reinterpretação e reestudo, rompendo com paradigmas anteriores[10]. Dessa maneira, todos os direitos relacionados a esses grupos se permeiam pelo multiculturalismo, pela plurietnicidade e pelo olhar humanista[11]. Esse reco-

5 Constituição Política da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm].

6 André Demetrio e Katya Kozicki. "A (in) justiça de transição para os povos indígenas no Brasil", *Revista Direito e Práxis*, vol. 10, n.°. 1, 2019, pp. 129-169, disponível em [https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/28186/21845].

7 Carlos Marés. "O direito impuro: achado na floresta, na terra e no mar", en José Geraldo de Sousa Junior (coord.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito como liberdade*, vol. 10, Brasília, Universidade de Brasília, 2021, pp. 477-486.

8 Carlos Frederico Marés de Souza Filho. *O renascer dos povos indígenas para o direito*, Curitiba, Juruá Editora, 2000.

9 Marés. "O direito impuro: achado na floresta, na terra e no mar", cit.

10 Ídem.

11 Juliana Santilli. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*, Sao Paulo, Editora Peiropolis, 2005.

nhecimento alude a um "novo comando para a política indigenista brasileira" (p. 507)[12]. Nota-se que, se antes os povos indígenas eram considerados incapazes na esfera civil, a Carta Fundamental de 1988 outorgou e consagrou estes como sujeitos de direito[13]. Portanto, acaba-se com a política de aculturação, que tinha por finalidade a integração e assimilação dos povos indígenas a cultura nacional. Observa-se que com a Constituição Federal, o direito à diferença é reconhecido e previsto em capítulo específico[14].

Desse modo, o texto constitucional brasileiro de 1988 estabelece inúmeras garantias a esses grupos, iniciando pelos direitos fundamentais no artigo 5.º, e depois, em um capítulo específico, no artigo 231, uma seção contendo dois dispositivos que tutelam vários direitos[15]. Nota-se que o artigo 231 reconhece a esses povos "sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam"[16].

Deveras importante foi o reconhecimento de que esses grupos possam ingressar judicialmente para defender seus direitos e interesses, inclusive com entendimento recente do Supremo Tribunal Federal -STF- no sentido de que é possível que organizações indígenas tenham legitimidade ativa processual sem intermédio do Ministério Público (Parquet). Sob tal ótica, Eloy Amado[17] afirma que "os povos indígenas têm a plena consciência de seus direitos", o que se torna perceptível quando se analisa Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental -ADPF- n.º 709, tramitando no Supremo Tribunal Federal -STF-.

Aliado a esse contexto, a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho -OIT- também é uma importante aliada na

12 Luiz Henrique Eloy Amado. "O direito que nasce da aldeia", em José Geraldo de Sousa Junior (coord.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito como liberdade*, vol. 10, Brasília, Universidade de Brasília, 2021, p. 507.

13 Ídem.

14 Marés de Souza Filho. *O renascer dos povos indígenas para o direito*, cit.

15 Adalberto Fernandes Sá Junior e Gislene Aparecida dos Santos. "Entre liberdade e cultura: como o Estado deve tratar os povos indígenas?", *Revista Direito e Práxis*, vol. 8, n.º 4, 2017, pp. 2.542-2.573, disponível em [https://www.scielo.br/j/rdp/a/3NZtML4SMsjMy8pbhv6Qq3q/?lang=pt&format=pdf].

16 Constituição Política da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988, cit.

17 Eloy Amado. "O direito que nasce da aldeia", cit., p. 508.

proteção dos direitos indígenas. A Convenção, de caráter vinculante, foi elaborada em 1989, mas só foi ratificada e incorporada no ordenamento jurídico brasileiro em 2005, através do Decreto 5.051, de 19 de abril[18]. Nessa perspectiva, a Convenção 169 elenca uma gama de direitos e de responsabilidades que cabe ao Estado brasileiro realizar, como por exemplo, "proteger os direitos desses povos e garantir o respeito pela sua integridade"[19]. Um outro aspecto a acentuar é a proteção à saúde, estabelecendo o artigo 25 que esse serviço fundamental deve ser organizado de modo comunitário, respeitando as "condições econômicas, geográficas, sociais e culturais" desses grupos[20].

Por outro lado, se os povos indígenas tiveram grandes conquistas na Carta Política de 1988, não se pode dizer o mesma em relação ao poder Executivo. Nas Eleições de 2018, o candidato Jair Messias Bolsonaro, representante das forças ultraconservadoras, ganhou as eleições e declarou-se abertamente contrário aos direitos de grupos vulneráveis[21]. Nesse sentido, segundo o Dossiê internacional de denúncias dos povos indígenas do Brasil 2021, é possível esquematizar do seguinte modo as principais violações de direitos dos povos indígenas por ação do atual governo federal: i) violações institucionais através de uma agenda do poder Executivo e do poder Legislativo; e ii) conflitos socioambientais relativos ao território.

Veja-se que, no âmbito de agenda institucional, uma das primeiras atitudes tomada pelo Presidente da República, no primeiro ano de governo (2019), foi de transferir a competência da demarcação de terras

18 Antonio Carlos Wolkmer e José Rubens Morato Leite. *Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*, Sao Paulo, Editora Saraiva, 2000.

19 Convenção n.° 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais, 2004, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm].

20 Ídem.

21 François Bertucci, Charlotte K. Y. Ng, Anne Patsouris, Nathalie Droin, Salvatore Piscuoglio, Nadine Carbuccia, Jean Charles Soria, Alicia Tran Dien, Yahia Adnani, Maud Kamal, Séverine Garnier, Guillaume Meurice, Marta Jimenez, Semih Dogan, Benjamin Verret, Max Chaffanet, Thomas Bachelot, Mario Campone, Claudia Lefeuvre, Herve Bonnefoi, Florence Dalenc, Alexandra Jacquet, Maria R. De Filippo, Naveen Babbar, Daniel Birnbaum, Thomas Filleron, Christophe Le Tourneau e Fabrice André. "Genomic characterization of metastatic breast cancers", *Nature*, n.° 569, 2019, pp. 560 a 564.

indígenas da Fundação Nacional do Índio -FUNAI- para o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (art. 21 da Medida Provisória 870/2019), isto é, deixou a responsabilidade de demarcar territórios indígenas para ruralistas, abertamente contrários aos direitos dos indígenas. Além disso, o governo federal enviou a Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 191 em 2020, com a finalidade de exploração de minério em territórios indígenas[22]. Nesse sentido, é perceptível o aumento de invasões e a prática de garimpos nesses territórios, em consonância com o apoio explícito do presidente da república[23].

Assim, ficam claras a negligência e a política de genocídio por parte do governo federal. É por isso, talvez, que seja comum observar que nas falas do presidente BOLSONARO há uma narrativa que carrega ódio, violência e o estímulo para matar esses grupos[24]. Nos exemplos citados, percebe-se uma agenda anti-indígena, com finalidade genocida e puramente econômica.

II. A LUTA PELA SOBREVIVÊNCIA: DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS E A PANDEMIA DE COVID-19

Com a emergência sanitária global da pandemia de Coronavírus em 2020, desenhou-se um cenário sem precedentes recentes que afetou não somente a esfera biológica, mas também os campos do direito à saúde e de políticas públicas de cuidado dos povos indígenas. Para além disso, também desafiou esses povos no sentido de mensurar o impacto e os desdobramentos da pandemia nas esferas sociais, culturais e económicas[25].

22 LUIZ HENRIQUE ELOY AMADO e ANA MARIA MOTTA RIBEIRO. "Panorama e desafios dos povos indígenas no contexto de pandemia do Covid-19 no Brasil", *Confluências Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, vol. 22, n.º 2, 2020, pp. 335-360, disponível em [https://periodicos.uff.br/confluencias/article/view/43050].

23 ERIKI ALEIXO, ARIENE DOS SANTOS LIMA e IVO CÍPIO AURELIANO. "Mortes, invasões e garimpo em terras indígenas no estado de Roraima: entre mobilizações étnicas e conflitos sociais", *Vukápanavo: Revista Terena*, n.º 3, 2020, pp. 13-36, disponível em [https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/revista_vukapanavo-_covid_19_e_povos_indigenas_.pdf].

24 ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. "Panorama geral da COVID-19. Emergência Indígena", cit.

25 BRAULINA BANIWA, FELIPE CRUZ TUXÁ y LUIZ ELOY TERENA.

Com efeito, segundo levantamento do Comitê Nacional pela Vida e Memória Indígena, vinculada a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil -APIB-, mais de 58.000 indígenas contraíram o vírus de COVID-19, resultando na morte de 1.183 pessoas, e afetando 163 etnias pelo país[26]. Dentro desse quadro, é possível alegar a responsabilidade do governo federal por não promover medidas eficazes no tratamento e na prevenção no espectro epidemiológico nas aldeias e em indígenas habitantes em ciudades[27].

Trata-se, portanto, de uma atuação muito objetiva do governo de JAIR BOLSONARO com finalidade genocida, isto é, de matar esses grupos étnicos e vulneráveis. É possível afirmar isso com base na inexistência de políticas que protejam esses povos, como por exemplo, na ausência de médicos nas aldeias, nas internações hospitalares em condições adversas e na subnotificação por parte do Estado brasileiro em relação ao real número de infectados e de óbitos[28].

Nessa atmosfera pandêmica e violenta, observa-se que mais de 41.000 indígenas foram contaminados, e mais de 1.000 vieram a morrer. No Brasil, o Estado de Amazonas figura com a maior incidência de falecimentos, seguido por Mato Grosso e Roraima, conforme o panorama geral da COVID-19, feito pela APIB:

"Apresentação", *Vukápanavo: Revista Terena*, n.° 3, 2020, pp. 7-11, disponível em [https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/revista_vukapanavo-_covid_19_e_povos_indigenas_.pdf].

26 ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. "Panorama geral da COVID-19. Emergência Indígena", cit.

27 ELOY AMADO e MOTTA RIBEIRO. "Panorama e desafios dos povos indígenas no contexto de pandemia do Covid-19 no Brasil", cit.

28 Ídem.

TABELA 1. Óbitos de indígenas por Unidades Federativas (UF) no Brasil

ESTADO DO BRASIL (UF)	ÓBITOS	ESTADO DO BRASIL (UF)	ÓBITOS
Amazonas	254	Pernambuco	22
Mato Grosso	160	Paraná	19
Roraima	126	Rio Grande do Sul	19
Mato Grosso do Sul	125	Tocantins	14
Pará	107	Minas Gerais	10
Maranhão	74	Bahia	10
Santa Catarina	37	Alagoas	10
Rondônia	36	Paraíba	10
Acre	31	São Paulo	9
Caerá	26	Rio Grande do Norte	5
Amapá	22	Espírito Santo	3
		Piaui	2

Fonte: Articulação dos Povos Indígenas do Brasil. "Panorama geral da COVID-19. Emergência Indígena", cit.

Trata-se, portanto, de números expressivos que demonstram que esses povos foram proporcionalmente as maiores vítimas da pandemia. Essa questão também é evidenciada quando comparamos o índice de letalidade entre grupos, sendo que para a população em geral, a taxa é de 5,6%, e quando defrontado com o indicador entre indígenas, o número sobe para 9,6%[29].

Nesse contexto, considerando a ocupação ilegal de garimpeiros e de outros criminosos em territórios indígenas, é possível falar em contaminação de não índios a esses grupos vulneráveis. Por conseguinte, segundos modelos epidemiológicos, "uma única pessoa infectada com o Sars-CoV-2 (causador da COVID-19) pode escalar um surto epidemiológico para até 30% da população indígena". Desta maneira, as invasões em seus territórios impactam de modo concomitante a vulnerabilidade desses povos, violando o direito à saúde, ao refúgio e ao abrigo durante tempos pandêmicos[30].

29 Articulação dos Povos Indígenas do Brasil. "Panorama geral da COVID-19. Emergência Indígena", cit.

30 Conectas Direitos Humanos e Instituto Socioambiental. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 709. Memoriais*, disponível em [https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2020/07/PEEA-FINAL-STF-31.07.pdf], p. 6.

Esse, então parece ser o bojo do problema: a atuação medíocre e genocida do governo federal. Nesse sentido, Mondardo[31], entende que este projeto "incentiva e favorece as medidas liberais em favor do agronegócio, das mineradoras, das propriedades rentistas, expropriando os povos e as comunidades tradicionais dos seus territórios ancestrais". Nessa direção, o antropólogo Viveiros de Castro[32] entende que o Estado brasileiro é um aliado da pandemia, e que o presidente da república tem agido (ou se omitido) propositalmente em sentido oposto aos direitos desses grupos.

Diante da pandemia, povos indígenas buscaram mecanismos que responsabilizem judicialmente o presidente da república. Nesse sentido, primeiramente, na esfera internacional, segundo o Dossiê internacional de denúncias dos povos indígenas do Brasil 2021, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil -apib- protocolou no dia 9 de agosto de 2021, um comunicado perante o Tribunal Penal Internacional -tpi-, denunciando as atrocidades e os crimes contra a humanidade perante os povos indígenas. Nota-se, que o comunicado é fundamentado no direito internacional, especificamente no Estatuto de Roma, com base no artigo 7.°, letras b, h e k, que trata dos crimes contra a humanidade; e pelo crime de genocídio, previsto no artigo 6.°, letra b, do referido estatuto. O documento contém denúncias de lideranças indígenas, pesquisas acadêmicas e notas técnicas, para comprovar a política anti-indígena e genocida prática pelo presidente da república Jair Messias Bolsonaro.

A partir desse contexto, talvez o fato mais marcante seja o seguinte: a atuação premeditada e violenta pelo governo federal para não se promover mecanismos de prevenção e de enfrentamento da pandemia de covid-19. Visto sob essa ótica, é possível falar em uma necropolítica com fins de genocídio e de etnocidio, Resta, então, a possibilidade de, assimiladas essas dimensões, analisar no próximo tópico, a principal ação judicial que trata sobre povos indígenas em circunstâncias pan-

31 Marcos Mondardo. "Povos indígenas e comunidades tradicionais em tempos de pandemia da Covid-19 no Brasil: estratégias de luta e r-existência", *Finisterra*, vol. 55, n.° 115, 2020, pp. 81-88, disponível em [https://revistas.rcaap.pt/finisterra/article/view/20364].

32 Eduardo Viveiros De Castro. "Ce qui se passe au Brésil relève d'un génocide", *Philosophie Magazine*, 19 de maio de 2020, disponível em [https://www.philomag.com/articles/eduardo-viveiros-de-castro-ce-qui-se-passe-au-bresil-releve-dun-genocide].

dêmicas: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental -ADPF- 709, em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal -STF-.

III. A PANDEMIA NO SUPREMO: POVOS INDÍGENAS E A COVID-19

Vivenciamos e estamos vivendo tempos de pandemia. Entretanto, como demonstrado anteriormente, é fato que em determinados grupos há uma maior magnitude de seus impactos. É o caso dos povos indígenas, em que uma parcela da população foi (e continua) a ser atingida duramente por esses efeitos. Fica evidente que, quando se trata dessa situação, no contexto de grupos vulneráveis, suas repercussões afetam questões sociais, culturais e econômicas, inclusive de violência simbólica, como por exemplo, a impossibilidade de se realizar rituais funerários a vítimas pandémicas[33].

Do ponto de vista jurídico, entendemos que a Suprema Corte brasileira deve desempenhar um papel contramajoritário, cabendo ao Tribunal a proteção dos direitos dos povos indígenas e de outros grupos vulneráveis. Sobre esse ponto, o desenho institucional brasileiro estabelece que cabe ao STF a "guarda da Constituição" (art. 102 da CF/88). Destarte, é evidente que lhe compete também o controle de constitucionalidade, considerando que esse instrumento "visa garantir a supremacia da constituição"[34].

É no bojo desse contexto, que pretendemos analisar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental[35]. Antes de entrar propriamente no conteúdo do caso judicial, é importante conjeturar resumidamente do que se trata esse tipo de instrumento constitucional. É fundamentada no artigo 102, parágrafo primeiro da Constituição Federal de 1988, e é uma "inovação no sistema de fiscalização da ativi-

33 Aleixo, dos Santos Lima e Cípio Aureliano. "Mortes, invasões e garimpo em terras indígenas no estado de Roraima: entre mobilizações étnicas e conflitos sociais", cit.

34 Vera Karam de Chueiri, Egon Bockmann Moreira, Heloisa Fernandes Câmara e Miguel Gualano de Godoy. *Fundamentos de direito constitucional: novos horizontes brasileiros*, Editora JusPodivm, 2021.

35 Supremo Tribunal Federal do Brasil. ADPF n.º 709, 5 de agosto de 2020, disponível em [https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962].

dade estatal"[36]. Os questionamentos incluídos nesse tipo de ação têm por finalidade realizar o controle de questões constitucionais "vinculadas à ameaça ou a violação de preceito constitucional"[37].

No caso em concreto, isto é, na ADPF 709, veja-se que o movimento social indígena Articulação dos Povos Indígenas do Brasil -APIB- atua com legitimidade ativa no processo judicial, caracterizando-se pelo ineditismo de que esses povos ingressem judicialmente sem intermédio da FUNAI (Fundação Nacional do Índio) ou do Ministério Público. Tal fato, demonstra que a situação é "ímpar, histórica e politicamente de grande significado"[38].

Inquestionavelmente, a crise oriunda da crise sanitária de COVID-19 denota uma "tragédia civilizacional" e a execução de um genocídio premeditado. Portanto, esses povos buscam e defendem "o mais básico dos seus direitos constitucionais: o direito de existir"[39]. Em um contexto de violência e de discriminação, os povos tradicionais têm números substancialmente maiores em relação a óbitos decorrentes do vírus, totalizando 1.183 e uma taxa de letalidade de 9,6%, conforme dados do Panorama geral da COVID-19, feito pela APIB.

A ação judicial busca que "sejam adotadas providências voltadas ao equacionamento de graves lesões a preceitos fundamentais da Constituição"[40], constatando-se que o governo federal tem se omitido e falhado na prevenção e no combate a pandemia de Coronavírus. Nesse sentido, caso não seja tomada nenhuma providência por parte do Estado brasileiro, muitas etnias indígenas serão extintas.

Um outro leque que mostra a vulnerabilidade desses povos é o entrelaçamento entre as facetas epidemiológicas e sociais, tornando esses povos mais suscetíveis a situações de risco. Ser indígena no Brasil

36 KARAM DE CHUEIRI, BOCKMANN MOREIRA, FERNANDES CÂMARA e GUALANO DE GODOY. *Fundamentos de direito constitucional: novos horizontes brasileiros*, cit.

37 Ídem.

38 RICARDO VENTURA SANTOS, ANA LÚCIA DE MOURA PONTES e CARLOS EVERALDO ALVARES COIMBRA JR. "Um 'fato social total': Covid-19 e povos indígenas no Brasil", *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 36, n.° 10, 2020, p. 1-5, disponível em [https://www.scielo.br/j/csp/a/qxqxzwVDGCwT8pTtvCRf5fx/?lang=pt].

39 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL. ADPF n.° 709, 5 de agosto de 2020, cit.

40 Ídem.

"implica viver sob precárias condições de saneamento e habitação"[41], a conviver e enfrentar a presença constante de garimpeiros e madeireiros em seus territórios; e se habituar com a lentidão e deficiência no atendimento primário à saúde indígena[42].

Esses exemplos citados apontam para a profunda desigualdade socioepidemeológica que esses povos vivem, e da necessidade real de uma ação por parte do governo federal. Nessa atmosfera genocida, a ação pede ao Supremo Tribunal Federal -STF-: i) Instalação de barreiras sanitárias nos mais de trinta territórios indígenas; ii) Retirada de invasores de terras indígenas das etnias Munduruku, Yanomami, Karipuna, Uru-Eu-Wau-Wau, Kayapó, Araribóia e Trincheira Bacajá; iii) Atendimento universal à saúde indígena, inclusive para residentes em cidades ou habitantes de terras não homologadas; e iv) Criação de um plano de enfrentamento pandêmico[43].

À guisa de uma sistematização do caso, é possível dizer que a Ação foi acolhida pela Corte em julho de 2020, sendo que, por maioria, referendou-se uma decisão monocrática cautelar do ministro Roberto Barroso. Sobre esse ponto, a Corte entendeu pela "imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda questão que envolva os direitos de povos indígenas"[44]. Do ponto de vista material, o tribunal decidiu que, quanto a povos indígenas em isolamento ou em recente contato deve-se realizar a: i) Criação de barreiras sanitárias que impeçam que invasores ingressem em seus territórios e a ii) Elaboração da "Sala de Situação", para gestão epidemiológica no tocante à prevenção e combate[45].

Outro ponto discutido e votado pelos ministros foi quanto aos povos indígenas em geral, tanto aqueles que habitam em terras não homologadas ou que vivem em cidades, decidindo pela: i) inclusão dessa população no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da covid-19 para os Povos Indígenas; ii) a imediata extensão da saúde indígena para indígenas habitantes em cidades e em terras não homolo-

41 Santos, de Moura Pontes e Alvares Coimbra Jr. "Um 'fato social total': Covid-19 e povos indígenas no Brasil", cit., p. 2.

42 Supremo Tribunal Federal do Brasil. adpf n.º 709, 5 de agosto de 2020, cit.

43 Ídem.

44 Supremo Tribunal Federal do Brasil. Liminar referendada da adpf n.º 709, 5 de agosto de 2020, p. 3.

45 Ídem.

gadas; iii) a criação e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 pela União[46].

Vejamos então agora que após essa decisão, o ministro ROBERTO BARROSO, em março de 2021, através de decisão monocrática: i) deferiu e homologou parcialmente o Plano Geral de Enfrentamento à COVID-19 para Povos Indígenas; ii) solicitou um novo Plano de Isolamento de Invasores; iii) a apresentação de Plano de Execução e Monitoramento do Plano Geral; iv) a suspensão da Resolução n.° 4/2020 da Fundação Nacional do Índio –FUNAI–; e a v) prioridade dos povos indígenas em terras não homologadas e em cidades para vacinação.

Perpassados todas essas decisões, foi notório em jornais brasileiros que no dia 26 de maio de 2021, garimpeiros incendiaram a aldeia indígena da etnia Mundukuru. Tal crime ocorreu como forma de "represália a uma megaoperação coordenada pela Polícia Federal contra a mineração ilegal", solicitado como visto anteriormente, por decisão do STF[47]. Diante da atmosfera escabrosa, o Tribunal decidiu em plenário em julho de 2021 pela "adoção imediata de todas as medidas necessárias à proteção da vida, da saúde e da segurança das populações indígenas que habitam as TIs Yanomami e Munduruku, diante da ameaça de ataques violentos e da presença de invasores"[48].

A decisão mais recente é de agosto de 2021, garantindo que povos indígenas tenham acesso à informação em processos judiciais sigilosos que versem sobre garimpeiros, sob a alegação de que esses esclarecimentos são necessários para proteção à vida e à integridade desses grupos. A medida cautelar reitera também a importância de se manter diálogo intercultural com base nos princípios da precaução e da prevenção quando tratar-se de direitos dos povos indígenas.

Após mais de um ano de pandemia, e no momento em que escrevemos este artigo, contamos com mais de 570.000 brasileiros mor-

46 Ídem.

47 FABIANO MAISONNAVE e JOÃO VALADARES. "Em reação a operação contra mineração ilegal, garimpeiros incendeiam aldeia no PA", *Folha de S.Paulo*, 26 de maio de 2021, disponível em [https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/05/em-reacao-a-operacao-contra-mineracao-ilegal-garimpeiros-incendeiam-aldeia-de-lider-indigena-no-pa.shtml].

48 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL. Liminar referendada da ADPF n.° 709, 16 de março de 2021, disponível em [https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986].

tos[49], dentre os quais, como destacado anteriormente, incluem-se uma cifra considerável de indígenas. Por fim, mas não menos importante, deixamos aqui nossa homenagem a todos os indígenas mortos por essa pandemia, citando o nome de algumas vítimas: Valdomiro Vergueiro, liderança Kaingang; Gerson Souza Melo, cacique dos Pataxó Hã-hã-hãe; Dona Domingas Damásio, anciã tupinambá; Aritana Yawalapiti; e tantos outros nos inúmeros Brasis existentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tem sido importante o papel e o espaço do Supremo Tribunal Federal -stf- no que diz respeito a proteção dos povos indígenas, especialmente após a assunção do governo pelo presidente Jair Bolsonaro, que se declara abertamente contrário a proteção constitucional dos direitos desses grupos vulneráveis e minoritários. A situação ainda se tornou mais grave na medida em que os incentivos à invasão em territórios indígenas se dão durante o contexto pandêmico, levando o Coronavírus para dentro das referidas aldeias sem qualquer plano de enfrentamento, e consequentemente, podendo provocar a dizimação de muitas etnias. Com efeito, segundos dados da apib - Panorama geral da covid-19, os povos indígenas foram proporcionalmente as maiores vítimas da atual crise sanitária, infectando mais de 58.000 índios, e resultando no falecimento de 1.183 pessoas.

Neste sentido, o stf busca uma solução dialogada com o Poder Executivo Federal (União Federal), a quem caberia apresentar o plano para desocupação dos invasores, em diálogo com o Conselho de Direitos Humanos e dos representantes dos povos indígenas. Entretanto, como observado neste trabalho, é perceptível a omissão do governo federal, o que obrigou a Suprema Corte brasileira conceder mais de uma cautelar exigindo a realização de medidas necessárias para contenção e prevenção da pandemia de covid-19 na esfera indígena.

Por fim, é importante ressaltar a necessidade de que a Suprema Corte brasileira exerça seu papel contra majoritário em casos que envolvam grupos vulneráveis, e mais especificamente, relativos a povos indígenas e tradicionais. Desse modo, em decidir a favor de medidas

49 Ministério da Saúde do Brasil. "Coronavírus Brasil", disponível em [https://covid.saude.gov.br/].

sanitárias de proteção para esses grupos, a Corte no fundo discutirá questões que remetem o direito de existir, de ser e de viver a esses povos, todos previstos e tutelados na Carta Constitucional de 1988.

BIBLIOGRAFIA

Aleixo, Eriki; Ariene dos Santos Lima e Ivo Cípio Aureliano. "Mortes, invasões e garimpo em terras indígenas no estado de Roraima: entre mobilizações étnicas e conflitos sociais", *Vukápanavo: Revista Terena*, n.º 3, 2020, pp. 13-36, disponível em [https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/revista_vukapanavo-_covid_19_e_povos_indigenas_.pdf].

Articulação dos Povos Indígenas do Brasil. "Panorama geral da COVID-19. Emergência Indígena", 2021, disponível em [https://emergenciaindigena.apiboficial.org/].

Articulação dos Povos Indígenas do Brasil. *Dossiê internacional de denúncias dos povos indígenas do Brasil 2021*, Brasília, APIB, 2021, disponível em [https://apiboficial.org/files/2021/08/DOSSIE_pt_v3web.pdf].

Baniwa, Braulina; Felipe Cruz Tuxá y Luiz Eloy Terena. "Apresentação", *Vukápanavo: Revista Terena*, n.º 3, 2020, pp. 7-11, disponível em [https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/revista_vukapanavo-_covid_19_e_povos_indigenas_.pdf].

Bertucci, François; Charlotte K. Y. Ng, Anne Patsouris, Nathalie Droin, Salvatore Piscuoglio, Nadine Carbuccia, Jean Charles Soria, Alicia Tran Dien, Yahia Adnani, Maud Kamal, Séverine Garnier, Guillaume Meurice, Marta Jimenez, Semih Dogan, Benjamin Verret, Max Chaffanet, Thomas Bachelot, Mario Campone, Claudia Lefeuvre, Herve Bonnefoi, Florence Dalenc, Alexandra Jacquet, Maria R. de Filippo, Naveen Babbar, Daniel Birnbaum, Thomas Filleron, Christophe Le Tourneau e Fabrice André. "Genomic characterization of metastatic breast cancers", *Nature*, n.º 569, 2019, pp. 560-564.

Conectas Direitos Humanos e Instituto Socioambiental. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 709. Memoriais*, disponível em [https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2020/07/peea-final-stf-31.07.pdf].

Constituição Política da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm].

Convenção n.º 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais, 2004, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm].

De Souza Filho, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*, Curitiba, Juruá Editora, 2000.

De Souza Filho, Carlos Frederico Marés. "Introdução ao direito socioambiental", em André Rodolfo Lima (org.). *O direito para o Brasil socioambiental*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

Demetrio, André e Katya Kozicki. "A (in) justiça de transição para os povos indígenas no Brasil", *Revista Direito e Práxis*, vol. 10, n.º. 1, 2019, pp. 129-169, disponível em [https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/28186/21845].

Eloy Amado, Luiz Henrique. "O direito que nasce da aldeia", em José Geraldo de Sousa Junior (coord.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito como liberdade*, vol. 10, Brasília, Universidade de Brasília, 2021, pp. 503-509.

Eloy Amado, Luiz Henrique e Ana Maria Motta Ribeiro. "Panorama e desafios dos povos indígenas no contexto de pandemia do Covid-19 no Brasil", *Confluências Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, vol. 22, n.º 2, 2020, pp. 335-360, disponível em [https://periodicos.uff.br/confluencias/article/view/43050].

Fernandes Sá Junior, Adalberto e Gislene Aparecida dos Santos. "Entre liberdade e cultura: como o Estado deve tratar os povos indígenas?", *Revista Direito e Práxis*, vol. 8, n.º 4, 2017, pp. 2.542-2.573, disponível em [https://www.scielo.br/j/rdp/a/3NZtML4SMsjMy8pbhv6Qq3q/?lang=pt&format=pdf].

Fernandes, Augusto. "Bolsonaro defende marco temporal para não dar Brasil aos índios", *Correio Braziliense*, 2 de setembro de 2021, disponível em [https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2021/09/4947399-bolsonaro-defende-marco-temporal-para-nao-entregar-o-brasil-aos-indios.html].

Instituto Brasileiro de Geografia e. Estatística. *Censo demográfico 2010: Características gerais dos indígenas*, Rio de Janeiro, ibge, 2012, disponível em [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/95/cd_2010_indigenas_universo.pdf].

Karam de Chueiri, Vera; Egon Bockmann Moreira, Heloisa Fernandes Câmara e Miguel Gualano de Godoy. *Fundamentos de direito constitucional: novos horizontes brasileiros*, Editora JusPodivm, 2021.

Le Tourneau, François-Michel. "Bolsonaro government against indigenous peoples: constitutional guarantees put to the test", *Confins. Revue franco-brésilienne de géographie*, n.º 501, 2019.

Lopes Sparemberger, Raquel Fabiana e Mauricio Martins Reis. "Identidade e alteridade do ser: os desafios da pluriversalidade a interculturalidade", *Conpedi Law Review*, vol. 2, n.º 3, 2016, pp. 154-174, disponível em [https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3629/pdf].

Maisonnave, Fabiano e João Valadares. "Em reação a operação contra mineração ilegal, garimpeiros incendeiam aldeia no pa", *Folha de S.Paulo*, 26 de maio de 2021, disponível em [https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/05/em-reacao-a-operacao-contra-mineracao-ilegal-garimpeiros-incendeiam-aldeia-de-lider-indigena-no-pa.shtml].

Marés, Carlos. "O direito impuro: achado na floresta, na terra e no mar", em José Geraldo de Sousa Junior (coord.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito como liberdade*, vol. 10, Brasília, Universidade de Brasília, 2021, pp. 477-486.

Medida provisória n.° 870, de 1.º de janeiro de 2019, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv870.htm].

Ministério da Saúde do Brasil. "Coronavírus Brasil", disponível em [https://covid.saude.gov.br/].

Mondardo, Marcos. "Povos indígenas e comunidades tradicionais em tempos de pandemia da Covid-19 no Brasil: estratégias de luta e r-existência", *Finisterra*, vol. 55, n.° 115, 2020, pp. 81-88, disponível em [https://revistas.rcaap.pt/finisterra/article/view/20364].

Osowski, Raquel. "O marco temporal para demarcação de terras indígenas, memória e esquecimento", *Mediações. Revista de Ciências Sociais*, vol. 22, n.° 2, 2017, pp. 320-346.

Santilli, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*, Sao Paulo, Editora Peiropolis, 2005.

Santos, Ricardo Ventura; Ana Lúcia de Moura Pontes e Carlos Everaldo Alvares Coimbra Jr. "Um 'fato social total': Covid-19 e povos indígenas no Brasil", *Cadernos de Saúde Pública*, vol. 36, n.° 10, 2020, p. 1-5, disponível em [https://www.scielo.br/j/csp/a/qxqxzwvDGCwT8pTtvCRf5fx/?lang=pt].

Supremo Tribunal Federal do Brasil. ADPF n.° 709, 5 de agosto de 2020, disponível em [https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962].

Supremo Tribunal Federal do Brasil. Liminar referendada 2 da ADPF n.° 709, 21 de julho de 2021.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. Liminar referendada 2 da ADPF n.° 709, 23 de agosto de 2021, disponível em [https://www.conjur.com.br/dl/adpf709.pdf].

Supremo Tribunal Federal do Brasil. Liminar referendada da ADPF n.° 709, 5 de agosto de 2020.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. Liminar referendada da ADPF n.° 709, 16 de março de 2021, disponível em [https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986].

Supremo Tribunal Federal do Brasil. Recurso Extraordinário 44.585-MT, 30 de agosto de 1961.

Supremo Tribunal Federal do Brasil. Recurso Extraordinário 1.017.365 Santa Catarina, 21 de fevereiro de 2019, disponível em [https://images.jota.info/wp-content/uploads/2021/09/re-1017365-i.pdf?x36613].

Veyne, Paul Marie. *Como se escreve a história*, Brasília, UnB, 2008.

Viveiros De Castro, Eduardo. "Ce qui se passe au Brésil relève d'un génocide", *Philosophie Magazine*, 19 de maio de 2020, disponível em [https://www.philomag.com/articles/eduardo-viveiros-de-castro-ce-qui-se-passe-au-bresil-releve-dun-genocide].

who Director-General's opening remarks at the media briefing on covid-19 - 11 march 2020, *World Health Organization*, 11 de março de 2020, disponível em [https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020].

Wolkmer, Antonio Carlos e Jose Rubens Morato Leite. *Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*, Sao Paulo, Editora Saraiva, 2000.

CAPÍTULO

DECIMOSEGUNDO

Não dar um passo para trás: o princípio da proibição de retrocesso no direito internacional do meio ambiente

Angela Jank Calixto[1]

No backtracking: the principle of non-regression in International Environmental Law

INTRODUÇÃO

Na Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20), uma ideia acadêmica para um novel conceito legal entrou no palco político, qual seja, a ideia da aplicabilidade do princípio da não regressão no âmbito do direito ambiental internacional.

Contudo, não obstante a referência às ideias por trás do princípio em uma série de declarações e convênios vinculantes do direito internacional, sua aplicabilidade na seara ambiental sempre foi permeada de discussões, sobretudo no que tange ao seu reconhecimento como princípio geral do direito ambiental, aos seus contornos e às

1 Doutora em Direito do Estado, Universidad De São Paulo -USP-. Mestre em Direitos Humanos, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul -UFMS-. Pós-graduada em Direito Público. Correio [angelajcalixto@gmail.com].

suas limitações, implicando a reticência de alguns Estados em apoiar tal reconhecimento. Diante disso (e outras questões) é que o recente Acordo de Escazú, que entrou em vigor em abril de 2021, é visto como mecanismo de proteção ambiental de imensa importância, por expressamente reconhecer a proibição de retrocesso como princípio base a reger atos e normas relativas ao meio ambiente.

A importância de tal reconhecimento relaciona-se eminentemente à própria importância da proteção ambiental na esfera internacional, ou seja, à necessidade de tomada de medidas concretas e contundentes para evitar a degradação ambiental, o aquecimento global, processos de desertificação, desastres ambientais irreversíveis, entre outros, como medida para a sobrevivência da humanidade e, segundo uma visão ecocêntrica, para a preservação e o respeito a todos os seres vivos do globo.

Nos últimos anos, percebe-se que não obstante a ocorrência de um número de desastres ambientais patentemente provocados pela ação humana, alguns Estados têm tomado medidas diametralmente opostas à progressiva proteção do meio ambiente. É o caso de algumas alterações no Código Florestal brasileiro, removendo obrigações de reflorestamento de áreas ilegalmente degradadas; o repelimento pelo governo australiano, em 2014, de sua política de precificação de carbono; a denúncia pelo Canadá do Protocolo de Kyoto, em 2011; a saída dos EUA do Acordo de Paris sobre mudanças climáticas; entre outras.

Tais medidas indicam um retrocesso em matéria ambiental, as quais podem gerar danos irreversíveis, fato que implica o reconhecimento da necessidade de uma contínua articulação da aplicabilidade do princípio em questão para conter contínuas degradações ambientais. Nessa medida, considerando a relevância do princípio para a preservação ambiental, sua recente e importantíssima inclusão no Acordo de Escazú e a percepção da contínua existência de incertezas no que tange a seus contornos e limites e da resistência de alguns Estados ao reconhecimento do não retrocesso como princípio geral do direito ambiental, procura-se discutir por meio deste artigo algumas questões e dúvidas que permeiam os debates relativos à proibição de retrocesso ambiental.

Não se visa analisar os motivos para um incremento das críticas ao direito internacional, ou avaliar os fatores empíricos que fizeram surgir tendências de retrocesso, ou tecer considerações acerca de como o direito internacional deve evoluir no futuro. O presente artigo é muito mais modesto e foca tão somente na avaliação das principais contro-

vérsias no que tange à aplicabilidade do princípio do não retrocesso em matéria ambiental, com o objetivo de contribuir minimamente para a compreensão do que significa a inclusão do princípio no Acordo de Escazú e para suscitar debates acerca de como o princípio deve ser interpretado, quais seus contornos e quais os limites às medidas de retrocesso e ao princípio.

Para tanto, efetua-se uma pesquisa teórica de cunho dedutivo, qualitativo, bibliográfico, documental, exploratória e descritiva, que é dividida em três partes. Na primeira, tecem-se considerações acerca da definição, do objetivo e do fundamento do princípio; na segunda, debate-se a possibilidade de reconhecimento do não retrocesso como princípio geral do direito ambiental e sua associação com direitos humanos; e, na terceira, delineiam-se os contornos e os limites à aplicabilidade do princípio no âmbito do direito internacional ambiental.

I. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL: FUNDAMENTO, OBJETIVO E DEFINIÇÃO

Também denominado de princípio *stand still*, efeito *cliquet* (trava), efeito *cliquet anti-retour* (trava anti-retorno), cláusula de *status quo, eternity clause, entrenched clause* e *proibición de no regresividad,* o princípio do não retrocesso desenvolveu-se na esfera internacional no âmbito da proteção de direitos sociais, estabelecendo a impossibilidade de edição de normas que previssem uma diminuição no grau de implementação e concretização de direitos já alcançados por normas anteriores, sem a aprovação de outras normas ou políticas públicas substitutivas ou compensatórias que continuassem a assegurar a proteção do núcleo essencial do direito fundamental envolvido.

A ideia por trás do princípio era de tornar referidos direitos, uma vez conquistados, simultaneamente uma garantia institucional e um direito subjetivo, de modo a fundamentar pretensões dos cidadãos contra medidas tomadas pelas entidades públicas que afetassem negativamente o grau de realização de seus direitos[2].

Ante a importância do instituto para a proteção de conquistas sociais, procurou-se estender a aplicabilidade o princípio a todos os

2 José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 1986.

direitos fundamentais. Na seara ambiental, em específico, a aplicabilidade do princípio foi e até hoje é objeto de amplos debates, sua defesa eminentemente encontrando-se associada às discussões existentes com relação às medidas que devem ser adotadas e os direitos que devem ser tutelados para a promoção do desenvolvimento sustentável. É diante dessa constatação que a defesa da aplicabilidade do princípio na esfera ambiental foi amplamente defendida no âmbito da Rio+20.

O conceito surge como um novo mecanismo jurídico para evitar a relativização da legislação ambiental diante de interesses econômicos de curto prazo[3] e, com isso, não permitir que a atividade econômica desencadeie um processo ainda maior de degradação ambiental[4]. Ainda, surge como aspecto relevante para a garantia dos direitos das gerações futuras[5], como medida para assegurar a equidade intergeracional e evitar que "sobre as gerações futuras recaia integralmente o ônus do descaso ecológico perpetrado pelas gerações presentes e passadas"[6].

Destaca-se que o princípio da proibição de retrocesso não emergiu como um conceito legal livre, apresentando-se em realidade como contraface do princípio da progressividade, derivando desse[7]. Como explicam Abramovich e Courtis[8], o sistema internacional, ao impor a progressiva proteção social pelos Estados, implicitamente também proibiu o retrocesso em relação aos direitos sociais já concretizados. Do

3 Ricardo Crespo Plaza. *Algunos casos de retroceso de la legislación ambiental del Ecuador*, Quito, Edit. Gland, 2015.

4 Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer. "Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental", em Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. *O princípio da proibição do retrocesso ambiental*, Brasília, Senado Federal, 2011, pp. 121-206, disponível em [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2&isAllowed=y].

5 Michel Prieur. "O princípio da proibição de retrocesso ambiental", em *O princípio da proibição do retrocesso ambiental*, Brasília, Senado Federal, 2011, pp. 11-54, disponível em [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2&isAllowed=y].

6 Sarlet e Fensterseifer. "Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental", cit.

7 Prieur. "O princípio da proibição de retrocesso ambiental", cit.

8 Víctor Abramovich e Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, (2.ª ed.), Madrid, Trotta, 2004.

mesmo modo é o esposado por Sarlet e Fensterseifer[9], que ensinam que a proibição de retrocesso, em realidade, contempla dois conteúdos normativos que se complementam, quais sejam, a imposição de uma obrigação de "não piorar" as condições normativas hoje existentes em determinado ordenamento jurídico, cumulada com a obrigação de "melhorar" tais condições normativas e fáticas, no sentido de assegurar um contexto cada vez mais favorável ao desfrute de uma vida digna e saudável pelo individuo e pela coletividade como um todo.

A progressividade consiste nessa obrigação positiva de fazer, no sentido de caminhar para frente e gerar progressivamente a ampliação da cobertura e proteção ambiental[10]. É ela necessária à concretização de direitos sociais, culturais, econômicos e ambientais, já que estes demandam a tomada de medidas positivas pelos Estados e, nessa medida, são limitados por questões financeiras e pela capacidade estatal, fatores que impedem a realização imediata dos direitos[11].

Nesse sentido ainda é o declarado pela Organização das Nações Unidas[12], que explica a relação entre os institutos, ensinando que "... o corolário do princípio da não regressão é o princípio da progressão. A não regressão visa garantir que a proteção ambiental não seja enfraquecida, enquanto a progressão visa a melhoria da legislação ambiental, inclusive aumentando o nível de proteção"[13]. Ambos os institutos,

9 Sarlet e Fensterseifer. "Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental", cit.

10 Mario Peña Chacón. "El derecho internacional ambiental como fundamento del principio de prohibición de retroceso", *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, n.° 8, 2013, pp. 1-28, disponível em [https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=53900a5d9a2f2833abb7eb0b35c70d53].

11 Markus Vordermayer-Riemer. *Non-regression in international environmental law: human rights doctrine and the promises of comparative international law*, Cambridge, Intersentia, 2020.

12 Organização das Nações Unidas. *A/73/419. Gaps in international environmental law and environment-related instruments: towards a global pact for the environment*, Assembleia Geral da onu, 30 de novembro de 2018, disponível em [https://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/27070].

13 No original: "... The corollary to the principle of non-regression is the principle of progression. Non-regression aims at ensuring that environmental protection is not weakened, while progression aims at the improvement of environmental legislation, including by increasing the level of protection, on the basis of the most recent scientific knowledge".

em conjunto, são tidos como essenciais para consagrar a proteção ambiental e evitar a contínua degradação.

Especificamente com relação ao princípio da proibição de retrocesso, este é entendido, no **âmbito** da proteção ambiental, como um princípio geral que torna inadmissíveis iniciativas legislativas destinadas a reduzir a tutela legal do meio ambiente[14], que obsta a adoção de práticas poluidoras hoje proibidas e que pressupõe que se busque sempre um nível mais rigoroso de proteção[15]. Diante do conceito, o direito ao ambiente apenas seria modificável *in mellius* e não *in pejus*, por ser expressão da sadia qualidade de vida e dignidade da pessoa humana[16].

O princípio decorre, assim, da preocupação de tornar cada vez mais efetivos os direitos protegidos, implicando a impossibilidade de recuo de um direito, seja substancial ou procedimental, para aquém de certo nível[17]. Funciona, dessa maneira, como uma garantia substantiva que protege os titulares de direitos de normas regressivas, vedando aos Estados darem um passo para trás na proteção[18].

O retrocesso, como pontua Benjamin[19], é a "degradação da lei levando à degradação ambiental". É por tal motivo que o princípio em questão, diante de tal assertiva e como forma de garantia da proteção contra a futura degradação, implica a inadmissibilidade de supressão normativa ou a redução de suas exigências por interesses inferiores ao interesse público ambiental[20].

No que tange às medidas entendidas como regressivas, essas se manifestam de diversas maneiras, podendo afetar direitos substantivos

14 Antonio Herman Benjamin. "Princípio da proibição de retrocesso ambiental", em Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. *O princípio da proibição do retrocesso ambiental*, Brasília, Senado Federal, 2011, pp. 55-73, disponível em [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2&isAllowed=y].

15 Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer. *Curso de direito ambiental*, (2.ª ed.), Rio de Janeiro, Editora Forense, 2021.

16 Orci Paulino Bretanha Teixeira. *O direito ao meio ambiente: ecologicamente equilibrado como direito fundamental*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

17 Prieur. "O princípio da proibição de retrocesso ambiental", cit.

18 Peña Chacón. "El derecho internacional ambiental como fundamento del principio de prohibición de retroceso", cit.

19 Benjamin. "Princípio da proibição de retrocesso ambiental", cit., p. 72.

20 Peña Chacón. "El derecho internacional ambiental como fundamento del principio de prohibición de retroceso", cit.

ou procedimentais, marcos legislativos em si mesmos ou políticas de implementação de direitos[21]. Ensina Peña Chacon[22], nesse tocante, que uma norma é regressiva quando seu grau de efetividade é menor quando em comparação com o já alcançado em matéria de proteção ambiental, já que reduz a extensão ou o sentido de um direito ou lhe impõe condições não existentes anteriormente. É regressiva, desta feita, na medida em que revoga, limita, restringe, reduz, relaxa ou flexibiliza o nível de proteção ambiental previamente adquirido, sempre e quando não tenha justificação ou suporte técnico-científico que permita determinar, com alguma segurança, que a medida não implicará algum dano ao bem jurídico objeto da proteção. Ainda, também são considerados retrocessos quaisquer omissões, por parte dos poderes estaduais, de exercer o seu poder regulador ou quando esse poder for exercido de forma parcial, incompleto ou errôneo, de forma a tornar a lei ineficaz[23].

Aragão[24] bem salienta que o retrocesso por vezes não é tão visível, ocorrendo comumente não por meio de uma supressão total de um domínio de proteção jurídica do ambiente, mas sim por pequenas involuções legislativas do direito ambiental, que levam a um retrocesso gradual. Tais involuções ocorrem, como citado pela acadêmica, ante a revogação de normas de classificação de zonas naturais ou espécies selvagens protegidas; a redução de perímetros de proteção em relação a instalações perigosas; a redução ou suspensão de sanções ou incentivos; a diminuição do número ou tipo de atividades proibidas ou condicionadas; a remoção ou simplificação de processos de controle; a abolição ou compressão das competências de entidades ou órgãos de fiscalização, autorização ou consulta; a restrição nas condições de acesso à informação ou de exercício do direito de participação; ou

21 Benjamin. "Princípio da proibição de retrocesso ambiental", cit.

22 Peña Chacón. "El derecho internacional ambiental como fundamento del principio de prohibición de retroceso", cit.

23 Mario Peña Chacón. "El test de regresividad ambiental", em Mario Peña Chacón (ed.). *El principio de no regresión ambiental en Iberoamérica*, Gland, Suiza, uicn, 2005, pp. 212-234, disponível em [https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/EPLP-084.pdf].

24 Alexandra Aragão. "A proibição do retrocesso como garantia da evolução sustentável do direito ambiental", em Mario Peña Chacón (ed.). *El principio de no regresión ambiental en Iberoamérica*, Gland, Suiza, uicn, 2005, pp. 17-36, disponível em [https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/EPLP-084.pdf].

ante alterações processuais (regras sobre o ónus da prova, limitações quanto aos meios de prova, redução ou alargamento de prazos, etc.).

Da mesma maneira, Real Ferrer[25] ensina que quaisquer ações que tendam a relaxar ou prejudicar o funcionamento e a eficácia dos instrumentos de proteção ambiental, como a redução orçamentária para o exercício da fiscalização, a redução de funcionários, de forma a reduzir a capacidade de inspeção, ou a flexibilização dos procedimentos de sanção, e não apenas modificações legislativas, são contrárias ao princípio da não regressão.

Dessa maneira, a proibição de retrocesso ecológico opera "como espécie de 'blindagem protetiva' em face da atuação dos poderes públicos em geral", obstando a adoção de qualquer medida que possa ser tomada pelos Estados no sentido de redução de estruturas organizacionais e procedimentais indispensáveis para a consecução do dever de proteção ambiental[26].

Denota-se que a questão da proibição, outrossim, guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica e com a própria promoção do Estado socioambiental de direito, por assegurar níveis normativos mínimos no que tange à proteção jurídica do ambiente[27]. Ainda, numa perspectiva mais ampla e diante dessa relação, o princípio coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, por viabilizar, por meio da garantia da estabilidade das relações e do ordenamento jurídico, a própria tutela da dignidade da pessoa humana e o direito a uma existência digna, sem deixar de lado a responsabilidade com as gerações humanas vindouras[28].

25 Gabriel Real Ferrer. "El principio de no regresión ambiental a la luz del paradigma de la sostenibilidad", em Mario Peña Chacón (ed.). *El principio de no regresión ambiental en Iberoamérica*, Gland, Suiza, uicn, 2005, pp. 3-14, disponível em [https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/EPLP-084.pdf].

26 Ingo Wolfgang Sarlet. "A proibição do retrocesso ecológico e as mudanças no Ministério do Meio Ambiente", *Consultor Jurídico*, 15 de fevereiro de 2019, disponível em [https://www.conjur.com.br/2019-fev-15/direitos-fundamentais-proibicao-retrocesso-ecologico-ministerio-meio-ambiente].

27 Sarlet e Fensterseifer. *Curso de direito ambiental*, cit.

28 Ingo Wolfgang Sarlet. *La eficacia de los derechos fundamentales: una teoría general desde la perspectiva constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2019.

II. DO DIREITO HUMANO AO MEIO AMBIENTE AO ACORDO DE ESCAZÚ: OS PASSOS PARA O RECONHECIMENTO DO NÃO RETROCESSO COMO PRINCÍPIO GERAL DO DIREITO AMBIENTAL

Em que pesem as considerações relativas à essencialidade da não regressão para evitar contínuas degradações, para intentar contornar o cenário de constante desconsideração de prerrogativas ambientais para a satisfação de interesses econômicos e políticos e para se avançar nas políticas de desenvolvimento sustentável, a aplicabilidade do princípio na seara ambiental ainda hoje é contestada, justamente em razão não haver, até recentemente, referência expressa ao não retrocesso como princípio geral do direito ambiental internacional.

Tal fato contribuiu para motivar a adoção de uma abordagem baseada em direitos humanos para disciplinar questões ambientais e, dessa maneira, articular a aplicabilidade de princípios consolidados no âmbito da proteção internacional de direitos humanos para a esfera do direito ambiental internacional. Diante disso, a defesa da existência de um princípio de não regressão na seara ambiental em geral se fundamenta na noção de não regressão utilizada no contexto da proteção internacional de direitos humanos, esta se referindo a uma importante estratégia política que tem sido progressivamente defendida como medida para tornar a proteção ambiental mais eficaz. Argumenta-se que com base no "veículo" do direito internacional dos direitos humanos, a não regressão poderia emergir como um princípio do direito internacional ambiental[29].

Nesse teor, destaca-se que são vários os textos internacionais de direitos humanos que destacam o caráter progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais, aos quais se procurou vincular o direito humano ao meio ambiente. Apesar de não haver referência expressa ao não retrocesso, mas tão somente à progressividade (ainda que muitas vezes sequer seja utilizado o vocábulo "progressividade"), dessa progressividade, como assinalado no item anterior, deduz-se uma obrigação de não regressão.

Há referências à progressividade, por exemplo, nos artigos 2.º (1) e 6.º a 15 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais –PIDESC–, os quais, ao tratarem da necessidade de constante

29 Ídem.

e gradual progresso, acabam por também proibir o retrocesso. Além disso, ainda no âmbito global, há menção à ideia por trás da progressividade nos artigos 4.º (1), 24 (4) e 28 (1) da Convenção sobre os Direitos das Crianças e no artigo 4.º (1) da Convenção sobre os Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, e há expressa referência às noções de progressividade e não retrocesso em pronunciamentos do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU –CDESC–, destacando-se nesse sentido o Comentário Geral n.º 3 de 1990, e o Comentário Geral n.º 13 de 1999.

No mais, no âmbito da proteção regional dos direitos humanos, também se vislumbram menções à progressividade nos artigos 3.º (4), 12 (3) e 31 (2), da Carta Social Europeia (ainda que essa menção seja implícita) e no Sistema Interamericano, no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos –CADH– e no artigo 1.º do Protocolo de San Salvador sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988 e, ainda, implicitamente nos artigos 13 (3), 17 e 19, em especial o artigo 19 (8), do mesmo Protocolo. Além disso, há pronunciamentos da Comissão Interamericana nesse sentido, destacando-se em especial o caso "Cinco aposentados contra o Perú" (decisão n.º 23/01, par. 86)[30].

Por outro lado, especificamente no tocante a normas de direito ambiental internacional, VORDERMAYER-RIEMER[31] frisa que o que se percebe dos tratados em que questão é que apesar da existencia de algumas disposições que tangenciam a ideia de implementação progressiva e de não regressão, tais conceitos não foram sistematicamente desenvolvimentos na maioria dos tratados multilaterais de direito ambiental, sendo até recentemente o Acordo de Paris o único que apresentou mais expressamente os conceitos.

Até mesmo no contexto da Rio+20, no qual a ideia de proibição de retrocesso ambiental foi trazida a debate, sendo enfaticamente defendida por acadêmicos renomados, como MICHEL PRIEUR, e apoiada por muitos Estados, o princípio não foi inserido na declaração resultante da conferência em questão, já que não endossado por todos os Estados presentes.

30 No caso, a CIDH declarou expressamente no parágrafo 86 da decisão que a progressividade implica o não retrocesso e que as regressões poderiam constituir uma violação do artigo 26 da CADH.

31 VORDERMAYER-RIEMER. *Non-regression in international environmental law*..., cit.

Ainda assim, Prieur[32] frisa ser possível identificar ideias relacionadas à não regressão e à progressividade em matéria ambiental em todas as declarações ou convenções internacionais ambientais, considerando que todas trazem a necessidade de melhoria do meio ambiente. Sem pretensões analisar todos os tratados de direitos ambiental existentes, frisa-se ser possível vislumbrar referências aos princípios em importantes instrumentos, como no artigos 3.° e 10.° (3) do *North American Agreement on Environmental Cooperation* –naaec–; no parágrafo 20 do documento final da Rio+20, no qual apesar de não haver referência ao princípio asseverou-se ser fundamental que não se retroceda no compromisso ambiental; no preâmbulo e artigos 3.°, 4.° (3 e 4), 9.° (3), 11 (4) do Acordo de Paris; no artigo 8.° (k) da Convenção sobre a Diversidade Biológica; no artigo 4.° (2) da Convenção de Ramsar, que trata da necessidade de compensação; nos artigos 65, 207 a 210, 222 e 234 Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar; no artigo 5.° da Convenção das Nações Unidas para o Combate à Desertificação; e nos artigos 5.°, 6.° (2) e 8.° (1) da Convenção de Estocolmo sobre Poluente Orgânicos Persistentes[33].

Contudo, os instrumentos ambientais, isoladamente considerados, não sedimentam a noção de proibição de retrocesso como princípio geral do direito ambiental, referindo-se a contextos bastante específicos. Assim, procurou-se identificar a existência de uma relação intrínseca entre meio ambiente e direitos humanos, de forma a permitir a utilização de conceitos, normas, pronunciamentos e entendimentos consolidados no que tange a normas de direitos humanos para uma proteção mais eficaz do meio ambiente.

No que tange a essa relação, há de se perceber que apesar de a tutela internacional de direitos humanos e do direito ambiental terem se desenvolvido separadamente, a interdependência entre elas tem se tornado cada vez mais evidente, sobretudo ante o reconhecimento

32 Prieur. "O princípio da proibição de retrocesso ambiental", cit.

33 Prieur ainda menciona outros acordos, citando o artigo 2.° e 14.1 do Protocolo de Cartagena de 2000; o artigo 11 da Convenção de Basileia sobre o controle dos movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos, de 1989; o artigo 12 da Convenção de Berna de 1979; e o artigo 2(8) da Convenção de Helsinki, de 1992. Nestes, entretanto, os princípios são meramente subentendidos, considerando que os dispositivos indicados apenas se referem à possibilidade de os Estados pactuantes estabelecerem, por outros acordos ou no âmbito doméstico, medidas mais rigorosas que aquelas indicadas nos convênios em questão.

de que a sobrevivência da humanidade depende da devida proteção ambiental[34]. Ora, degradação ambiental interfere na concretização de uma ampla gama de direitos humanos, incluindo o direito à moradia, à água, ao saneamento, à alimentação, à saúde, ao desenvolvimento, entre outros. Nesse tocante, entende-se que a obrigação que os Estados possuem de prevenir a ocorrência de danos a direitos humanos inclui a obrigação de prevenir a ocorrência de danos causados por degradação ambiental, justamente em razão de os danos causados pelo segundo implicarem danos à humanidade.

Salienta-se que há uma diversidade de pronunciamentos da ONU e de acordos de direitos humanos firmados na esfera internacional, pelos quais os Estados expressamente assumem o compromisso com a tutela ambiental, reconhecendo a importância da proteção ambiental para a devida tutela de direitos humanos.

Destaca-se o Princípio 1 da Declaração da Conferência de Stockholm de 1972, pelo qual se pontuou a existência de uma ligação entre dignidade da pessoa humana e proteção do meio ambiente e a necessidade de proteção do segundo para preservar o direito de futuras gerações[35]. Além disso, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 37), a Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos (art. 24), o Protocolo de San Salvador (art. 11), bem como as Cartas asiática e árabe de Direitos Humanos, além de tratados ambientais multilaterais, como a Convenção de Aarhus e o recente Acordo de Escazú, ressaltam essa ligação.

Ainda, em diversas oportunidades o Conselho de Direitos Humanos da ONU se pronunciou nesse sentido, na tentativa de traçar a proteção ambiental como um pré-requisito fundamental para a garantia de direitos humanos[36]. Em especial, destaca-se que no Relatório A/HRC/37/59 pontua-se a aplicabilidade de normas de direitos humanos no contexto ambiental, fato que inclui a aplicabilidade do princípio

34 Elisabeth Lambert. "The environment and human rights", introductory report to the high-level conference *Environmental Protection and Human Rights*, Strasbourg, 27 february 2020, disponível em [https://rm.coe.int/report-e-lambert-en/16809c827f].

35 No mesmo sentido, é o que restou estabelecido no julgamento Gabcíkovo-Nagymaris, julgado em 1997 pela Corte Internacional de Justiça (parágrafo 53).

36 Vide resoluções A/HRC/RES/38/4, A/HRC/RES/37/8, A/HRC/RES/27/23, entre outras, todos do Conselho de Direitos Humanos da ONU.

do não retrocesso, desenvolvido no âmbito da proteção de direitos sociais, econômicos e culturais, para a tutela ambiental. Isso porque a ausência de tutela de direitos ambientais afeta direitos sociais, que também sofrem impactos no caso de retrocesso ambiental[37].

Knox[38] frisa que essa relação se desenvolveu rapidamente, sendo produto em especial da ampla adoção de direitos ambientais em tratados internacionais e constituições nacionais[39]; do *greening* de direitos humanos, como o direito à vida e à saúde, por meio de sua aplicação a questões ambientais; e da inclusão em tratados multilaterais de alguns direitos humanos, como o acesso à informação e à justiça, de modo a não ser mais possível se falar em direito ambiental sem essa conotação humana. O autor pontua como resultado dos esforços internacionais, a consagração e evolução de um corpo extensivo de jurisprudência relativa ao direito humano ao meio ambiente, mesmo na ausência do reconhecimento formal.

Nessa medida, segundo essa visão, qual seja, da existência de um direito humano ao meio ambiente e da aplicabilidade de normas e princípios consolidados no âmbito da proteção internacional de direitos humanos para a seara ambiental, a cláusula de progressividade do art. 2.º, §1.º, o PIDESC estenderia sua aplicação ao âmbito do direito humano a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Do mesmo modo, especificamente na América Latina, em razão de haver previsão expressa à necessidade de proteção do meio ambiente no artigo 11 do Protocolo de São Salvador e o mesmo também prever uma cláusula de progressividade em seu artigo 1.º, a cláusula, precipuamente consolidada para a proteção de direitos sociais também

37 Sarlet e Fensterseifer. "Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental", cit.

38 John H. Knox. "Constructing the human right to a healthy environment", *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 16, 2020, pp. 79-95.

39 Há um considerável número de Estados que adotaram uma ampla gama de direitos ambientais em sede constitucional ou legal, as cortes superiores dos países em questão em certo nível reconhecendo o não retrocesso como princípio ou obrigação do direito ambiental doméstico. É o caso de países como a Bélgica, Equador, França (na Carta Francesa de Direito Ambiental), Alemanha e Brasil, entre outros, nos quais direitos ambientais são constitucionalmente ou legalmente reconhecidos como de suma importância e há um reconhecimento crescente, em sede doutrinária ou jurisprudencial, da ideia básica subjacente à noção de não regressão e de realização progressiva no campo do direito ambiental interno.

abarcaria questões ambientais, instituindo a necessidade de uma progressiva melhora na qualidade ambiental e da qualidade de vida em geral e de não retrocesso ambiental[40]. No mesmo sentido é o entendimento de Vordemayer-Riemer[41], que assevera que quando lido em conjunto com o artigo 1.º do Protocolo de San Salvador, "o direito ambiental do artigo 11 está indiscutivelmente sujeito a toda a gama de obrigações específicas de direitos ESC incluindo o conceito de realização progressiva, a obrigação de não regressão correspondente e a limitação aos 'recursos disponíveis'"[42].

A análise sugere basicamente que para além de um incremental reconhecimento do direito ao meio ambiente como direito humano, reconhece-se cada vez mais a aplicabilidade do princípio do não retrocesso na esfera ambiental.

Contudo, em que pese breves referências às ideias por trás do princípio do não retrocesso em normas internacionais de direito ambiental (como visto acima), de se intentar associar a aplicabilidade do princípio a direitos humanos para normas ambientais e de se verificar recentemente um amplo apoio de atores privados para o reconhecimento do não retrocesso como princípio geral do direito ambiental[43], Vordermayer-Riemer[44] bem pondera que, ao mesmo no entendi-

40 Nesse sentido é o controverso pronunciamento da Corte IDH, no âmbito da recente Opinião consultiva n. 23/2017; Sarlet e Fensterseifer. *Curso de direito ambiental*, cit.

41 Vordermayer-Riemer. *Non-regression in international environmental law*..., cit.

42 No original: "... the environmental right of Article 11 is arguably subject to the full range of specific ESC rights obligations, including the concept of progressive realisation, the corresponding non-regression obligation, and the 'available resources' limitation".

43 Nesse sentido, destaca-se a atuação da como a International Union for the Conservation of Nature -IUCN-, que têm mais recentemente buscado consagrar o reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso no âmbito do direito ambiental. O princípio foi inserido, mediante a atuação de tal grupo, no artigo 15 do Anteprojeto do Pacto Internacional sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (*Draft International Covenant on Environment and Development*), elaborado pela IUCN, em 2015; e no artigo 17 do Pacto Global pelo Meio Ambiente (*Global Pact for the Environment*), o qual, entretanto, ainda não se encontra em vigor, por não contar ainda com amplo apoio estatal.

44 Vordermayer-Riemer. *Non-regression in international environmental law*..., cit.

mento tradicional do direito internacional, ante a ausência de reconhecimento expresso pelos Estados, em um documento vinculante ou resolução da ONU, as referências ao princípio não servem para fundamentar a ideia da não regressão como uma norma ou princípio geral do direito internacional ambiental. Segundo o acadêmico, a ausência de claras e expressas indicações acerca do apoio estatal ao reconhecimento do princípio do não retrocesso como princípio geral do direito internacional ambiental coloca em dúvida o real valor e aplicabilidade de tal princípio no que tange à proteção ambiental.

Eis a importância do Acordo de Escazú no que tange à presente temática. Isso porque pela primeira vez o não retrocesso foi expressamente identificado em um documento internacional vinculante como princípio do direito ambiental internacional. No Princípio 3 do acordo em questão, consagrou-se expressamente a progressividade e a impossibilidade de retrocesso em matéria ambiental, vedando aos Estados-partes do acordo recuos legislativos e administrativos em matéria ambiental e estabelecendo o dever estatal de gradualmente fortalecer e melhorar o regime estatal de proteção da natureza.

Ante a referência expressa ao princípio, salienta VORDERMAYER-RIEMER[45] que os Estados signatários do Acordo de Escazú (que entrou em vigor em abril de 2021) podem ser considerados como apoiantes do reconhecimento de um princípio de não retrocesso ambiental, o que constitui uma forte indicação de um crescente reconhecimento internacional do não retrocesso como um princípio substantivo do direito ambiental internacional.

Valendo-se das premissas lançadas por DE ARAÚJO AYALA [46], entende-se que o acordo, junto às obrigações previstas no texto do artigo 2.° (1) do PIDESC; no artigo 26, da CADH; nos artigos 1.°, 12, e 12 (1) do Protocolo de San Salvador, cria condições para a consolidação de um rigidíssimo bloco de convencionalidade ambiental na América Latina, o qual não permite a desconstituição dos níveis de proteção que já foram atingidos. O acordo em questão pode servir de inspira-

45 Ídem.

46 PATRICK DE ARAÚJO AYALA. "Os desafios para um constitucionalismo da vida decente em uma cultura jurídica de retrocesso socioambiental: contribuições da jurisprudência e da teoria constitucional brasileira", em MARIO PEÑA CHACÓN (ed.). *El principio de no regresión ambiental en Iberoamérica*, Gland, Suiza, UICN, 2005, pp. 55-100, disponível em [https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/EPLP-084.pdf].

ção para futuros acordos firmados na esfera internacional, podendo ser utilizado ainda como fundamento para a afirmação irrestrita da impossibilidade de retrocesso ambiental.

III. LIMITES À PROIBIÇÃO: O MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO E A RELATIVIDADE DO PRINCÍPIO

Para além do reconhecimento do não retrocesso como princípio geral do direito internacional, questão patentemente reforçada pelo Acordo de Escazú, é importante destacar que seu escopo de aplicação, os contornos acerca do que efetivamente pode ser considerado um retrocesso e os delineamentos acerca da limitação absoluta ou relativa do não retrocesso ainda hoje são incertos, até mesmo considerando a própria indefinição acerca da aplicabilidade do princípio na seara do direito ambiental internacional. Até mesmo o Acordo de Escazú não traz qualquer contribuição nova com relação a tais questões, limitando-se a afirmar que tal princípio deve ser observado.

Diante disso, com o fim de possivelmente contribuir para o delineamento dos contornos, do escopo de aplicação e dos limites ao princípio, como forma de identificar mais precisamente o que significa o princípio do não retrocesso consagrado no acordo regional, passa-se a trazer as principais discussões e construções com relação à temática.

Nesse tocante, apesar de ser um princípio louvável, de importância significativa e urgente, destaca-se que quando se debatem as hipóteses em que o retrocesso não é permitido há teóricos, entre os quais se inclui Gomes Canotilho[47], que se apresentam reticentes quanto à aplicação irrestrita do princípio. As preocupações tangenciam a questão da acentuada limitação à liberdade conformativa, à mutabilidade do direito, à soberania do Estado na condução de suas políticas domésticas e, no âmbito interno, à autonomia do legislador.

Destaca-se nessa direção o posicionamento de Saes *et al.*[48], os quais ponderam que há de se ter presente que a aplicação irrestrita do

47 José Joaquim Gomes Canotilho. *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2004.

48 Marcos André Bruxel Saes, Gleyse Gulin e Nelson Tonon Neto. "O princípio da proibição do retrocesso e o licenciamento ambiental", em Adriana Coli e Pedro Dias (coords.). *O setor elétrico e o meio ambiente*, Rio de Janeiro Synergia, 2017.

princípio pode gerar situações dramáticas, considerando que a proibição de ajustes poderia engessar a política ambiental, inviabilizar a economia e ocasionar crises impossíveis de serem enfrentadas. Segundo eles, a aplicação do princípio de forma irrestrita implicaria uma óbvia subjetividade na análise das hipóteses de retrocesso, a qual teria a prerrogativa de, sob a pretensão de justificar a salvaguarda do direito fundamental ao meio ambiente, na realidade inviabilizar a evolução democrática das normas que regulam a vida em sociedade.

Em perspectiva semelhante, Mitchell e Munro[49] salientam que o princípio em questão mascara profundas complexidades em mensurar níveis de proteção ambiental e em identificar a redução dos níveis de proteção, até mesmo ante a vagueza da linguagem usada, fato que dificulta sua aplicabilidade na prática. Diante de tais considerações e da reticência em se reconhecer a aplicabilidade irrestrita do princípio, seja no tocante a direitos econômicos, sociais e culturais, seja no que se refere à proteção ambiental, grande parte dos acadêmicos defendem que o que se deve observar no tocante à aplicação do princípio é a impossibilidade de retrocesso tão somente no que tange a um *núcleo essencial* mínimo.

Na seara ambiental, a reflexão acerca da necessidade de se impor limites ao avanço da degradação ambiental e de se proteger um patamar mínimo de qualidade e segurança ambiental ensejou por parte da doutrina a defesa da existência e necessidade de proteção de um *mínimo existencial ecológico*, constituído por padrões de proteção ambiental mínimos para se garantir uma vida humana digna e saudável. Essa ideia fundamenta-se, em geral, no princípio da dignidade da pessoa humana, sustentando a existência de um núcleo irredutível de direitos que contém necessariamente o mínimo de qualidade e equilíbrio do meio ambiente, aspecto essencial para uma vida saudável.

Nesse teor defende Molinaro[50], o qual assevera que o princípio da proibição de retrocesso está sempre acompanhado do sub-princípio de garantia do mínimo existencial ecológico. Para o teórico, a vedação da retrogradação, como ele prefere denominar, não é absoluta, dirigindo-

49 Andrew D. Mitchell e James Munro. "No retreat: an emerging principle of non-regression from environmental protections in international investment law", *Georgetown Journal of International Law*, vol. 50, 2018, pp. 625-708.

50 Carlos Alberto Molinaro. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*, Porto Alegre, Livr. do Advogado, 2007.

-se apenas à porção que se considera como núcleo duro do direito fundamental ao ambiente e à vida, ou melhor, à "fronteira que o legislador não pode ultrapassar, delimitando o espaço que não pode ser invadida por uma lei, sob o risco de ser declarada inconstitucional"[51].

No mesmo sentido assevera Morato Leite[52] que a aplicação do princípio do não retrocesso e da progressividade exige que não se atinja tal mínimo, o qual não pode ser desconstituído por decisões públicas ou privadas.

No que tange à fundamentação de um mínimo ecológico de existência, sublinha-se o assinalado por Martin Luther King[53], o qual argumenta que tal fundamentação far-se-ia em analogia ao reconhecimento de um mínimo *social* de existência. Por meio dessa construção dogmática, o doutor King observa que seria possível propor uma leitura ecológica baseada em um conceito de dignidade humana e a partir dos direitos fundamentais à vida, ao livre desenvolvimento da personalidade e do princípio do Estado social. É também o exposto por Sarlet e Fensterseifer[54], os quais, em referência à limitação imposta pelo princípio sobre a atuação estatal, salientam que o princípio exige do Estado, por força de seu dever de proteção dos direitos fundamentais, "a garantia do *mínimo existencial socioambiental*, que, nesse contexto, atua como uma espécie de garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais -desca-".

Desta feita, do mesmo modo que na seara dos direitos sociais, econômicos e culturais, impor-se-ia na seara ambiental uma garantia do núcleo essencial do direito ambiental -que já tenha sido efetivado e realizado pelo legislador e cujo conteúdo está materialmente associado à dignidade humana-, de modo a não se permitir sua remoção (por iniciativas de anulação, revogação ou pura aniquilação), sem medidas de compensação.

Diante de tais considerações seria a própria dignidade da pessoa humana que atuaria como diretriz jurídico-material para a definição

51 Ídem.

52 José Rubens Morato Leite (coord.). *Manual de direito ambiental*, São Paulo, Saraiva, 2015.

53 Martin Luther King. "I Have A Dream Speech", agosto 28 de 1963, *YouTube*, disponível em [https://www.youtube.com/watch?v=smEqnnklfYs].

54 Sarlet e Fensterseifer. "Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental", cit., p. 137.

de tal núcleo e para definir o que constitui a garantia mínima de uma vida saudável[55]. Ora, a proteção da vida e da dignidade humana contra todas as suas ameaças existenciais inclui a proteção contra a degradação ambiental, de modo a se impor o resguardo a um padrão mínimo ambiental necessário à concretização de tal dignidade. Nessa visão, elucida Ayala[56] que seria possível argumentar que a elaboração de um direito fundamental ao meio ambiente propõe, essencialmente, obter como efeito da norma a preservação, proteção e garantia da obtenção dos resultados dignidade de vida e qualidade de vida.

Em que pese o valor das análises acima, destaca-se que a elaboração ou a determinação de uma referência semântica para a noção de mínimo existencial, sobretudo sob a perspectiva ecológica, nunca chegou a obter um consenso sobre o seu sentido positivo[57]. Consoante frisa Vordermayer-Riemer[58], a determinação dos níveis essenciais mínimos é uma avaliação bastante subjetiva e ainda hoje bastante debatida, sendo tais níveis muitas vezes arbitrariamente escolhidos. Acrescenta, ainda, que a implementação e supervisão dessas obrigações mínimas é difícil, a não ser que sejam suficientemente quantificadas ou especificadas, bem como que não resta claro se tais obrigações referem-se a padrões universais ou se devem ser vistam como obrigações contextualmente sensíveis.

Diante das dificuldades que tangenciam a análise e a delimitação do mínimo existencial ecológico, outras construções pró-ambiente foram formuladas com o fim de delimitar, sem necessidade de recorrer a tal mínimo, quais as medidas a serem consideradas como limite à proibição de retrocesso.

Nessa perspectiva, destacam-se as análises construídas por Prieur[59], o qual, além de perceber as dificuldades na delimitação de tal mínimo ecológico, ainda elucida que se deve ter cuidado na aplicação de tal sub-princípio à proteção ambiental. O teórico entende que o conceito é perigoso porquanto não existiria um mínimo essen-

55 Sarlet e Fensterseifer. "Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental", cit.

56 de Araújo Ayala. "Os desafios para um constitucionalismo da vida decente em uma cultura jurídica de retrocesso socioambiental..., cit.

57 Ídem.

58 Vordermayer-Riemer. *Non-regression in international environmental law*..., cit.

59 Prieur. "O princípio da proibição de retrocesso ambiental", cit.

cial em matéria ambiental, existindo tão somente um nível adequado de proteção, consideradas as tecnologias disponíveis. Para o autor, a aplicação do conceito poderia servir de pretexto para que se reduza abusivamente os limites da proteção ambiental, quando na realidade a proibição de retrocesso e a progressividade impõem a imprescindibilidade de uma proteção máxima, consideradas as necessidades locais.

Concorda-se com a posição pelo teórico assumida. Em matéria ambiental, deve-se ter muito cuidado ao se defender posições que possam de certa maneira ser utilizadas para o fim de justificar a não tomada de medidas para atuar de forma constantemente progressiva. Ora, numa perspectiva bastante realista, a questão ambiental é sempre confrontada por interesses econômicos, por mais que se defenda na esfera internacional a sustentabilidade e se perceba o quanto a proteção ambiental é necessária para a própria sobrevivência da humanidade, como direito humano de mais alto valor. Exemplo de tal constatação é vislumbrado nas próprias políticas ambientais relativas a mudanças climáticas, em que se percebe que com maior preponderância nas hipóteses em que há interesses econômicos em jogo, em que se permite por exemplo a venda de créditos de carbono e a realização de pagamentos por serviços ambientais[60], é que as políticas ambientais avançam.

Assim, a defesa de um mínimo essencial que não permite retrocesso é importante. Contudo, não se pode ignorar a necessidade de se maximizar a proteção, na medida do possível e de acordo com os recursos disponíveis, de forma a evitar, com isso, que nos casos e que há atendimento ao mínimo, seja dada preferência a outras áreas, economicamente mais viáveis que a proteção ambiental. Como defende Prieur[61], o que há de se fazer é não tolerar regressões senão na medida em que elas não contrariem a busca de um nível mais elevado de proteção ambiental e, ao mesmo tempo, preservem o essencial do

60 Frisa-se que não se está criticando as políticas em questão. Inclusive, considera-se a possibilidade de venda de créditos de carbono e de pagamento por serviços ambientais, além de outros incentivos econômicos, como medidas da mais suma importância para a constante proteção ambiental. Apenas se intenta demonstrar que jogos de interesse regem, querendo ou não, políticas ambientais, de forma que se deve ter cuidado na defesa da necessidade de os Estados tão somente observarem um mínimo essencial de proteção.

61 Prieur. "O princípio da proibição de retrocesso ambiental", cit.

que já foi adquirido em matéria ambiental. É esse o entendimento que se considera que deve ser seguido na interpretação do princípio em questão, sob pena de não se cumprir com o objetivo primordial do princípio, qual seja, garantir a efetiva proteção ambiental.

Para além das discussões acerca do mínimo ecológico sobre o qual nenhum retrocesso é permitido, destaca-se que a doutrina e jurisprudência também discutem a questão da aplicabilidade do princípio ou dos limites a sua aplicabilidade nos casos e que o que se denota é a ocorrência de um retrocesso, o qual não atinge, contudo, tal núcleo essencial.

Ora, em que pesem as divergências quanto ao significado de mínimo existencial, resta unânime na doutrina que há fronteiras que o legislador não pode ultrapassar no que tange à proteção ambiental. Há assim um nível de obrigações fundamentais de proteção (o qual não existe *a priori*, dependendo de cada país e do setor ambiental considerado), abaixo do qual toda medida nova deve ser vista como violação ao direito ao ambiente[62]. Nesses casos, em que por exemplo a medida gerará a perda total do ambiente, a destruição total de uma floresta, ou a extinção de uma espécie em ameaça, o princípio do não retrocesso deve ser aplicado em todo e qualquer caso.

Contudo, e nas hipóteses em que a medida legislativa ou administrativa gerará uma perda parcial? Em que não se toca no núcleo essencial (dignidade) protegido? Em que o direito a um meio ambiente equilibrado é confrontado por interesses sociais de relevância patente? Quais os limites para o princípio do não retrocesso então? Nesse teor, a doutrina e a jurisprudência intentaram delinear uma série de requisitos para avaliar a possibilidade ou não de retrocesso, questão essa objeto de amplos debates.

Sarlet e Fensterseifer[63] explicam que além de ser necessário o respeito ao mínimo ecológico, deve-se observar as exigências internas do princípio da proporcionalidade, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, bem como a razoabilidade, que são reconhecidos pelos teóricos, junto à segurança jurídica (em especial a proteção da confiança e dos direitos adquiridos), como indispensáveis também ao controle de medidas restritivas em matéria de direitos ecológicos.

62 Ídem.

63 Sarlet e Fensterseifer. *Curso de direito ambiental*, cit.

Sob outra perspectiva, Patrick de Araújo Ayala[64] sustenta que a proibição ao retrocesso não é ilimitada, sendo ela permitida nos casos em que efeitos compensatórios sejam propostos e que a iniciativa de desconstituição de níveis de organização ou de realização de direitos fundamentais seja suficientemente justificada.

Outra importante construção é a formulada por Peña Chacón[65], o qual entende que a não regressão é relativa, sendo justificada a partir do preenchimento de três requisitos cumulativos: que ocorra tão somente em situações excepcionais justificadas pelo estado de emergência, de urgência ou de necessidade; que as medidas sejam apenas transitórias, tenham como propósito o bem comum e sejam justas razoáveis e proporcionais; e que a administração procure mitigar e eventualmente compensar qualquer impacto ambiental.

Ainda, destacam-se os ensinamentos de Aragão[66], a qual elucida que apesar do princípio da proibição do retrocesso parecer apontar para um relativo imobilismo, a proteção legal do ambiente não deixa, mesmo assim, de ser dinâmica na medida em que haja razões relevantes que justifiquem alterações legislativas. Para a pesquisadora, se no caso de vigência das normas progressistas de proteção ambiental os pressupostos subjacentes a tal progresso se alterarem profundamente, ou seja, se ocorrerem alterações supervenientes, profundas ou imprevisíveis na conjuntura econômica, social, cultural, institucional ou até mesmo ambiental em que foi aprovada a lei promotora do progresso, justifica-se a alteração proporcional das medidas anteriormente adotadas.

Contudo, ainda assim, e em consonância com Peña Chacón, devem ser preenchidos cumulativamente alguns requisitos para o retrocesso, quais sejam: que o retrocesso seja tão somente temporário e por tempo determinado e fixo (jamais podendo ser condicional); que as consequências ambientais da medida sejam reversíveis (de modo a se admitir o retrocesso, nos casos de aniquilação total do bem, apenas em casos extremos de estado de necessidade) e, ainda assim, se for devidamente justificada a medida; e que o retrocesso seja apenas realizado para a salvaguarda de valores jurídicos concretos de grande

64 Patrick de Araújo Ayala. Direito fundamental ao meio ambiente e a proibição de regresso nos níveis de proteção ambiental na Constituição brasileira, *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*, 2012.

65 Peña Chacón. "El test de regresividad ambiental", cit.

66 Aragão. "A proibição do retrocesso como garantia da evolução sustentável do direito ambiental", cit.

relevância e não sob fundamentos vagos, ou seja, para o atendimento de valores de importância igual ou superior ao ambiente e quando necessárias, adequadas e proporcionais.

Nessa visão, ocorrendo de forma superveniente à medida protetiva uma elevação imprevista dos custos sociais, que tornam a medida excessivamente onerosa com relação a outros valores relevantes, comportando riscos graves e intoleráveis para valores relevantes como a vida humana, a segurança alimentar, o saneamento básico, a proteção civil ou a saúde pública, o retrocesso não apenas é permitido e justificado, como até mesmo necessário.

A consideração da admissibilidade de retrocesso em alguns casos específicos também é admitida pelo Comitê da ONU de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual também destacou a relatividade do princípio e procurou delimitar as hipóteses em que permitido. De grande importância é o pontuado no Comentário Geral n.º 3 do CDESC, de 1990, no qual se assinalou, em seu parágrafo 9.º, a necessidade de justificação de eventuais medidas regressivas com base na totalidade dos direitos tutelados pelo PDESC e no contexto do uso total do máximo de recursos disponíveis.

Posteriormente a Comissão redefiniu sua abordagem, para incluir critérios mais específicos. A Comissão estabeleceu em 2007, no parágrafo 10.º do relatório E/C.12/2007/1, que no caso de os Estados procurarem a tomada de medidas de retrocesso baseando-se em constrições de recursos, seriam avaliados: o nível de desenvolvimento do país; a severidade da medida de retrocesso, particularmente sendo considerado se a medida atinge o conteúdo mínimo nuclear do direito tutelado; a situação econômica atual do país; a existência de justificativa para a alegação de limitação de recursos; a tentativa do Estado de identificar outras opções de baixo custo; e a tentativa do Estado de buscar cooperação ou assistência ou se ele recusou ofertas da comunidade internacional nesse sentido. Após, a Comissão, em 2009, no parágrafo 65 do Comentário Geral n.º 21, acresceu à necessidade de justificação a regra de que o ônus da prova, no caso de medidas de retrocesso, seria do Estado que tomou a medida.

Ainda, destaca-se o assinalado pela UNHCHR, em 2013, a qual estabeleceu novos critérios para a regressão no parágrafo 15 do *UNHCHR Report Austerity Measures (2013)*, os quais foram posteriormente adotados no âmbito da CDESC (em específico, nos Comentários Gerais n.º 23, parágrafo 52, e n.º 22, parágrafo 38, ambos de 2016). Delineou-se que em casos graves, no caso de retrocesso, os Estados deveriam

demonstrar, para justificar tais medidas, a existência de um interesse imperioso do Estado; a necessidade, razoabilidade, temporariedade e proporcionalidade das medidas de austeridade; o esgotamento de medidas alternativas e menos restritivas; a natureza não discriminatória das medidas propostas; proteção de um conteúdo essencial mínimo dos direitos; e a participação genuína de grupos e indivíduos afetados nos processos de tomada de decisão.

Denota-se a existência de relevantes discussões e produções jurídicas a respeito do tema, sendo possível perceber que a identificação do não retrocesso, por meio do Acordo de Escazú, como princípio a reger o direito ambiental ainda é questão permeada de dúvidas, sendo importante a melhor delimitação pela ONU e pela OEA dos seus contornos e limites, como forma de evitar inseguranças jurídicas e, com isso, impedir que o princípio deixe de cumprir sua função primordial, qual seja, garantir a devida proteção ambiental.

CONCLUSÃO

Objeto de amplos debates entre acadêmicos e juristas no que tange a sua significância e a seus contornos e limites, o princípio da proibição de retrocesso em matéria ambiental é concebido como de suma importância para a contínua proteção internacional e doméstica do meio ambiente. É o princípio essencial para o cumprimento dos objetivos de desenvolvimento sustentável da ONU, por ser medida essencial para a equidade intergeracional e para evitar que interesses econômicos e políticos tenham preponderância sobre políticas ambientais.

A articulação do princípio na esfera internacional, relacionada às tentativas de associação da proteção ambiental com a proteção de direitos humanos, sofreu ao longo dos anos sérias resistências políticas, que de certa maneira obstaculizaram o reconhecimento efetivo do não retrocesso como princípio aplicável à matéria ambiental e a concreta delimitação dos exatos contornos do princípio no âmbito ambiental. Não obstante, identificou-se que a inclusão do princípio da proibição de retrocesso no âmbito do Acordo de Escazú representa um avanço significativo no que tange a tal reconhecimento, por apontar para um crescente reconhecimento internacional do não retrocesso como princípio substantivo do direito internacional.

Tal inclusão indica que os Estados-partes do acordo são favoráveis à vedação de recuos legislativos e administrativos e ao gradual e constante fortalecimento do regime estatal de proteção ambiental,

indicativo esse que pode progressivamente levar à afirmação irrestrita da impossibilidade de retrocesso em matéria ambiental. Constitui-se um passo positivo na direção de avanços no âmbito do direito internacional do meio ambiente.

É certo que ainda não há uma delimitação exata dos contornos do princípio e dos limites a ele, o qual desde o surgimento do princípio no campo da proteção de direitos sociais é objeto de amplo debate. Dessarte, considera-se que a melhor delimitação de tais contornos e limites devem ser realizada, sobretudo ante o reconhecimento do não retrocesso como princípio geral por meio do Acordo de Escazú.

No que se refere a tal delimitação, entende-se, por um lado, que maiores digressões na esfera internacional acerca do que pode ser entendido como mínimo existencial ecológico, como medida para permitir a melhor avaliação das hipóteses de efetivo retrocesso, é medida imperante. Por outro lado, salientam-se os perigos em considerar tal mínimo como parâmetro das hipóteses de retrocesso, justamente por se entender que no que se refere à proteção do meio ambiente, sobretudo no atual cenário em que o colapso ambiental é uma hipótese concreta e provável, a mínima proteção muitas vezes não implicará a real proteção. Considera-se quanto a tal constatação que é imprescindível a identificação da proibição de retrocesso com a urgência da proteção máxima, consideradas as peculiaridades locais, como modo de evitar que a aplicação do conceito de mínimo existencial sirva de pretexto para a redução de limites de proteção já consolidados.

No mais, assinalaram-se as principais contribuições da doutrina e da jurisprudência no que tange aos limites ao princípio da proibição de retrocesso, nos casos em que o núcleo essencial objeto de proteção ambiental não é atingido. Considera-se que há considerável produção jurídica a respeito, entretanto, entende-se que um pronunciamento concreto por parte da ONU e, mais especificamente, por parte da OEA no que concerne ao Acordo de Escazú, seria medida relevante, para evitar ambiguidades e incertezas no que tange ao princípio do não retrocesso, de forma a garantir maior segurança jurídica e, consequentemente, preservar a dignidade da pessoa humana.

Desastres ambientais que ocorrem em uma parte do globo atingem a humanidade como um todo. Já passou da hora de se perceber a nossa responsabilidade pela natureza e as implicações de seu uso irrestrito e abusivo. A proibição de retrocesso ambiental é uma das formas de assunção dessa responsabilidade, sendo relevante por possibilitar, se observada, que maiores danos ao meio ambiente sejam evitados.

BIBLIOGRAFIA

Abramovich, Víctor e Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, (2.ª ed.), Madrid, Trotta, 2004.

Aragão, Alexandra. "A proibição do retrocesso como garantia da evolução sustentável do direito ambiental", em Mario Peña Chacón (ed.). *El principio de no regresión ambiental en Iberoamérica*, Gland, Suiza, uicn, 2005, pp. 17-36, disponível em [https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/eplp-084.pdf].

Benjamin, Antonio Herman. "Princípio da proibição de retrocesso ambiental", em Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. *O princípio da proibição do retrocesso ambiental*, Brasília, Senado Federal, 2011, pp. 55-73, disponível em [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2&isAllowed=y].

Bretanha Teixeira, Orci Paulino. *O direito ao meio ambiente: ecologicamente equilibrado como direito fundamental*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

Bruxel Saes, Marcos André; Gleyse Gulin e Nelson Tonon Neto. "O princípio da proibição do retrocesso e o licenciamento ambiental", em Adriana Coli e Pedro Dias (coords.). *O setor elétrico e o meio ambiente*, Rio de Janeiro Synergia, 2017.

Crespo Plaza, Ricardo. *Algunos casos de retroceso de la legislación ambiental del Ecuador*, Quito, Edit. Gland, 2015.

de Araújo Ayala, Patrick. "Os desafios para um constitucionalismo da vida decente em uma cultura jurídica de retrocesso socioambiental: contribuições da jurisprudência e da teoria constitucional brasileira", em Mario Peña Chacón (ed.). *El principio de no regresión ambiental en Iberoamérica*, Gland, Suiza, uicn, 2005, pp. 55-100, disponível em [https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/eplp-084.pdf].

de Araújo Ayala, Patrick. Direito fundamental ao meio ambiente e a proibição de regresso nos níveis de proteção ambiental na Constituição brasileira, *Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental*, 2012.

Gomes Canotilho, José Joaquim. *Direito constitucional*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 1986.

Gomes Canotilho, José Joaquim. *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2004.

King, Martin Luther. "I Have A Dream Speech", agosto 28 de 1963, *YouTube*, disponível em [https://www.youtube.com/watch?v=smEqnnklfYs].

Knox, John H. "Constructing the human right to a healthy environment", *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 16, 2020, pp. 79-95.

Lambert, Elisabeth. "The environment and human rights", introductory report to the high-level conference *Environmental Protection and Human Rights*, Strasbourg, 27 february 2020, disponível em [https://rm.coe.int/report-e-lambert-en/16809c827f].

Mitchell, Andrew D. e James Munro. "No retreat: an emerging principle of non-regression from environmental protections in international investment law", *Georgetown Journal of International Law*, vol. 50, 2018, pp. 625-708.

Molinaro, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*, Porto Alegre, Livr. do Advogado, 2007.

Morato Leite, José Rubens (coord.). *Manual de direito ambiental*, São Paulo, Saraiva, 2015.

Organização das Nações Unidas. *A/73/419. Gaps in international environmental law and environment-related instruments: towards a global pact for the environment*, Assembleia Geral da onu, 30 de novembro de 2018, disponível em [https://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/27070].

Peña Chacón, Mario. "El test de regresividad ambiental", em Mario Peña Chacón (ed.). *El principio de no regresión ambiental en Iberoamérica*, Gland, Suiza, uicn, 2005, pp. 212-234, disponível em [https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/eplp-084.pdf].

Peña Chacón, Mario. "El derecho internacional ambiental como fundamento del principio de prohibición de retroceso", *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, n.º 8, 2013, pp. 1-28, disponível em [https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=53900a5d9a2f2833abb7e-bob35c70d53].

Prieur, Michel. "O princípio da proibição de retrocesso ambiental", em *O princípio da proibição do retrocesso ambiental*, Brasília, Senado Federal, 2011, pp. 11-54, disponível em [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2&isAllowed=y].

Real Ferrer, Gabriel. "El principio de no regresión ambiental a la luz del paradigma de la sostenibilidad", em Mario Peña Chacón (ed.). *El principio de no regresión ambiental en Iberoamérica*, Gland, Suiza, uicn, 2005, pp. 3-14, disponível em [https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/eplp-084.pdf].

Sarlet, Ingo Wolfgang e Tiago Fensterseifer. "Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental", em Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. *O princípio da proibição do retrocesso ambiental*, Brasília, Senado Federal, 2011, pp. 121-206, disponível em [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2&isAllowed=y].

Sarlet, Ingo Wolfgang. "A proibição do retrocesso ecológico e as mudanças no Ministério do Meio Ambiente", *Consultor Jurídico*, 15 de fevereiro de 2019, disponível em [https://www.conjur.com.br/2019-fev-15/direitos-fundamentais-proibicao-retrocesso-ecologico-ministerio-meio-ambiente].

Sarlet, Ingo Wolfgang. *La eficacia de los derechos fundamentales: una teoría general desde la perspectiva constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2019.

Sarlet, Ingo Wolfgang e Tiago Fensterseifer. *Curso de direito ambiental*, (2.ª ed.), Rio de Janeiro, Editora Forense, 2021.

Vordermayer-Riemer, Markus. *Non-regression in international environmental law: human rights doctrine and the promises of comparative international law*, Cambridge, Intersentia, 2020.

CAPÍTULO

DECIMOTERCERO

El principio pro-natura como base del Estado de derecho latinoamericano

Dominnique Luan Ramos[1]

INTRODUCCIÓN

Latinoamérica es una zona única en el mundo, siendo la diversidad una de sus principales características; esta diversidad se encuentra en todo orden de cosas, destacando especialmente en lo relacionado con los múltiples ecosistemas y especies tanto animales como vegetales existentes y, en consecuencia, una serie de actividades económicas, principalmente de naturaleza extractiva, que causan diferentes daños en cada caso, algunos de carácter permanente.

Precisamente estos daños y su potencialidad de permanentes es que "el Derecho Ambiental ha intentado moldear la relación de los seres humanos con el medio ambiente, tanto en su dimensión global como local, en atención a los problemas de convivencia que se han

1 Abogada; Magíster en Derecho Constitucional, mención en Derecho Procesal Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Doctora y becaria de la Universidad de Talca. Correo [dominnique.luan@gmail.com].

suscitado en las sociedades modernas"[2]. Por otra parte la "... relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos," es que el derecho internacional de los derechos humanos ha regulado de igual forma la relación del hombre con el medioambiente; en un primer término, con una visión completamente antropocéntrica que percibe a la naturaleza como un medio para extraer recursos para la satisfacción de las necesidades humanas y el impacto negativo que el desarrollo humano causan en él y su regulación; evolucionando posteriormente a percibir al medio ambiente como un ente sujeto de protección.

Uno de los primeros avances en esta materia fue la Declaración de Estocolmo de 1972 sobre el medio ambiente humano, donde en su primer principio señala que:

> [e]l hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras[3].

Los principios de Estocolmo fueron complementados con aquellos contenidos en la Declaración de Río de 1992[4], donde se sentó el concepto de desarrollo sostenible, entendiendo que "[l]os seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza". Reconociendo a la vez que "[e]l desarrollo económico y social es indispensable para asegurar al hombre un ambiente de vida y trabajo favorable y crear en la Tierra las condiciones necesarias para mejorar la calidad de la vida", por lo que la relación en-

2 Alberto Olivares y Jairo Lucero. "Contenido y desarrollo del principio in dubio pro natura. Hacia la protección integral del medio ambiente", *Ius et Praxis*, vol. 24, n.° 3, 2018, disponible en [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122018000300619], p. 625.

3 Naciones Unidas. *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972, disponible en [https://www.un.org/es/conferences/environment/stockholm1972].

4 Naciones Unidas. *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, disponible en [https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm].

tre el ambiente, los derechos humanos y el desarrollo sostenible debe ser equilibrada, con el fin de que el medio ambiente (y por tanto toda la humanidad) no tenga que soportar las consecuencias del avance tecnológico y demográfico de la especie humana.

Latinoamérica, como una región particularmente explotada por la industria internacional, con sus consecuentes daños a sus ecosistemas, aceptó estos principios emanados desde el derecho internacional de los derechos humanos y derecho ambiental "... dando inicio a un paulatino proceso de 'institucionalización' de la gestión del medio ambiente y, en consecuencia, a un notorio incremento de la normativa ambiental"[5]. Esta institucionalización fue progresiva con el paso de los años en los que se observa que "... muchas constituciones latinoamericanas han ido afinando la regulación del derecho humano a un medio ambiente adecuado, preocupándose en particular de algunos de sus componentes específicos y de la introducción de ciertos principios de política ambiental"[6].

Además de la constitucionalización de los principios emanados del sistema internacional de derechos humanos, estos principios "... han sido incorporados a través de la legislación o, en ocasiones, han sido utilizados por jueces"[7].

Dentro de los principios emanados del derecho internacional de los derechos humanos es especialmente relevante aquel emanado del principio 15 de la Declaración de Río; el denominado principio precautorio o pro natura, el cual en palabras simples, constituye en primer lugar, una directriz a la actuación pública (y particular) en virtud del cual al verse enfrentados a una situación o actuación en que se vea o pudiese verse afectado el medio ambiente en forma grave o irreparable, la falta de certeza sobre este daño no excusa una falta de actuación. Y en segundo sentido, este principio constituye un criterio hermenéuti-

5 David Fabio Esborraz. "El modelo ecológico alternativo latinoamericano entre protección del derecho humano al medio ambiente y reconocimiento de los derechos de la naturaleza", *Revista Derecho del Estado*, n.° 36, 2016, disponible en [https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4575], p. 95.

6 Ibíd., p. 108.

7 María Constanza Cubillos Torres. "Hacia un constitucionalismo ambiental en la región Andina: breve estudio de las constituciones de Bolivia, Ecuador y del proyecto de nueva Constitución de Chile del 2018", *Revista Justicia & Derecho*, vol. 3, n.° 2, 2020, disponible en [https://revistas.uautonoma.cl/index.php/rjyd/article/view/543], p. 2.

co, según el cual el actuar del juez debe guiarse por aquella "... interpretación que resulte más acorde con la protección y restablecimiento de la integridad de los ecosistemas, el mantenimiento y mejora de la resiliencia de los sistemas socio-ecológicos y la garantía y disfrute de un ambiente sano, respecto de aquella que la vulnere, limite o altere"[8]. Es decir, en cuanto al actuar judicial y en general de entes sancionatorios este principio funciona "... como directrices hermenéuticas para determinar qué norma jurídica resulta aplicable e incluso cuál es el ámbito temporal en el que opera"[9]. A diferencia de lo que ocurre con el principio preventivo, en el cual existe un escenario de daño cierto al ambiente; el principio precautorio "... se desarrolla dentro de un espectro de incertidumbre en cuanto a la existencia y consecuencias de una conducta o actividad determinada en el medio ambiente"[10].

El presente trabajo tiene por objeto establecer la relación entre el denominado principio pro natura o precautorio en materia ambiental con las bases del Estado de derecho en nuestra región; ello a partir del marco normativo internacional en materia ambiental y al avance en relación con la protección al medio ambiente en los ordenamientos internos de orden constitucional de países latinoamericanos, además de elementos dogmáticos relacionados con el principio precautorio, y algunos elementos jurisprudenciales pertinentes.

Para lograr ese cometido se analizará someramente el principio pro natura o precautorio, su contenido, desarrollo y conceptualización; para luego, analizar su inclusión en el sistema internacional de protección de derechos humanos y ordenamientos constitucionales, y por último, verificar su status de base del ordenamiento eco constitucional latinoamericano.

8 Alicia Morales Lamberti. "La aplicación de los principios emergentes in dubio pro natura e in dubio pro agua en la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia: dimensiones sistémicas, axiológicas y hermenéuticas", *Revista de la Facultad de Derecho*, vol. 10, n.° 2, 2019, disponible en [https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/27888], p. 224.

9 Ibíd., p. 229.

10 Francisca Silva Hernández. "Principio de prevención y precautorio en materia ambiental", *Revista Jurídica Derecho*, vol. 8, n.° 11, 2019, disponible en [http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S2413-28102019000200006&script=sci_arttext&tlng=es], p. 99.

I. EL PRINCIPIO PRO NATURA: CONCEPTO, DESARROLLO Y CONTENIDO

Si bien parte importante de este estudio se encuentra relacionado con el contenido y desarrollo del principio pro natura, no se trata del punto central de este trabajo, por lo que este apartado será más bien somero y tiene por objetivo el contextualizar e intentar conceptualizar este principio en el contexto latinoamericano para relacionarlo con las bases del estado de derecho.

El principio *in dubio pro natura*, pro natura o precautorio, nace como consecuencia de la idea de desarrollo sostenible, donde se considera el potencial dañino a nivel ambiental que trae aparejada la actividad humana, por lo que el derecho toma la misión de "... ordenar la conducta de las personas en aquello que las relaciona con el medio ambiente buscando regular ciertos comportamientos e impedir otros"[11]. En especial aquellos que puedan amenazar en forma irreparable el ecosistema.

En este punto cabe mencionar como una de las características que destacan del derecho ambiental es el "... rol esencial [que otorga] a los principios jurídicos en la configuración de un sistema jurídico eco integrador, en cuanto pilares o columnas sobre las que se estructura el Derecho ambiental moderno"[12], razón por la cual figuras como el principio *in dubio pro natura* pasan a tener un papel de guías de actuación generalizadas en beneficio de la naturaleza.

Para efectos de este estudio entenderemos este principio como una "... guía a los organismos administrativos y judiciales a evitar acciones o decisiones que pueden conducir a un daño ambiental"[13]. Durante el desarrollo de esta investigación se usará en forma indistinta los conceptos principio pro natura y precautorio sin perjuicio que exis-

11 Josefina Russo y Ricardo Russo. "In dubio pro natura: un principio de precaución y prevención a favor de los recursos naturales", *Tierra Tropical*, vol. 5, n.° 1, 2009, disponible en [https://www.researchgate.net/publication/236626678_In_dubio_pro_natura_un_principio_de_precaucion_y_prevencion_a_favor_de_los_recursos_naturales], p. 24.

12 Olivares y Lucero. "Contenido y desarrollo del principio in dubio pro natura...", cit., p. 625.

13 Nicholas Bryner. "Aplicación del principio in dubio pro natura para el cumplimiento de la legislación ambiental", en *Congreso Interamericano de Derecho Ambiental*, Washington D.C., Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, 2015, p. 176.

ten aquellos que los distinguen "dado que [el principio pro natura] provee orientaciones para resolver incertidumbres jurídicas en lugar de enfocarse en las incertidumbres científicas"[14], como es el caso del principio precautorio.

El principio precautorio se encuentra contenido dentro de la Declaración de Río de 1992, surge como consecuencia de la obligación estatal de protección del medio ambiente; en virtud de este principio el Estado debe aplicarlo en aquellos casos en que exista el peligro de un daño de carácter grave o irreversible. Se entiende que "... la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente". Del concepto entregado por la Declaración de Río, podemos observar que en el principio precautorio se encuentra compuesto por tres elementos: "... a) la existencia del peligro o riesgo de un daño grave o irreversible al ambiente o a la salud humana, b) la incertidumbre sobre el daño, y c) la pronta implementación de medidas efectivas para evitar la consumación del daño grave o irreversible"[15]. Siendo esta última característica consecuencia de la imposibilidad del estado de excusarse basándose para ello en la falta de certeza científica sobre la producción del daño "... para no establecer las normas que se consideren necesarias para prevenir la ocurrencia de resultados perjudiciales"[16].

Si observamos el principio pro natura como un criterio hermenéutico, lo entenderemos en términos similares a los principios *in dubio pro reo*, *pro homine* u otros con los que comparte su raíz y constituye "... una directriz en la resolución de conflictos normativos para el operador jurídico, que frente a la duda entre dos normas jurídicas igualmente aplicables a una situación jurídica, debe privilegiar la norma más favorable para el medio ambiente"[17]. De igual forma, los conflictos ambientales que se susciten ante

14 Ibíd., p. 177.

15 Ariel Pérez Castellón, Astrid Puentes Riaño, Haydée Rodríguez y Héctor Herrera Santoyo. *Principio de precaución: herramienta jurídica ante los impactos del fracking*, México D.F., Fundación Heinrich Böll y aida, 2016, disponible en [https://mx.boell.org/sites/default/files/publikation_aida_boell_final_20160314.pdf], p. 17.

16 Russo y Russo. "In dubio pro natura: un principio de precaución y prevención a favor de los recursos naturales", cit., p. 25.

17 Olivares y Lucero. "Contenido y desarrollo del principio in dubio pro natura...", cit., p. 643.

> ... órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales y no se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos[18].

Sin perjuicio de lo ya señalado, creemos que este principio constituye igualmente un llamado al legislador y al ejecutivo en aquello que le concierne a cada uno y no solo a la autoridad administrativa, que posee funciones más bien de ejecución o sanción sobre normativa o directrices emanadas de la ley o bien de funciones ejecutivas y explicitarlo en la norma puede contribuir a la ampliación de su aplicación.

Este principio ha sido aceptado en múltiples sistemas jurídicos latinoamericanos, donde su tratamiento es variado, existiendo su regulación a nivel constitucional, legal (en este caso como una guía al actuar de órganos competentes en materia ambiental); de igual forma este principio ha sido ampliamente aceptado como un criterio de interpretación tanto en materia ambiental como constitucional.

Según la Corte de Costa Rica al señalar que:

> ... en la protección de nuestros recursos naturales, debe existir una actitud preventiva, es decir, si la degradación y el deterioro deben ser minimizados, es necesario que la precaución y la prevención sean los principios dominantes, lo cual nos lleva a la necesidad de plantear el principio in dubio pro natura[19].

Considerando la delicada relación existente entre la existencia humana, su desarrollo y un medio ambiente adecuado, es que el ecosistema debe ser mantenido y "... siempre que sea posible, restaurarse

18 Andrea Silvana Gómez. "Medio ambiente" (nota a fallo), Buenos Aires, Universidad Siglo 21, 2020, disponible en [https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/19339].

19 Corte Suprema Costa Rica, Sala Constitucional. Exp. 0201-C-91 N.° 5893-95, Sentencia de 27 de octubre de 1995, disponible en [http://www.asamblea.go.cr/sd/Reglamento_Asamblea/RAL%202014/Resoluciones%20Sala/5893-95.pdf].

o mejorarse la capacidad de la Tierra para producir recursos vitales renovables...". Es por ello, que surge la responsabilidad "... especial de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y fauna silvestres y su habitad, que se encuentran actualmente en grave peligro por una combinación de factores adversos". La protección al ambiente en general y la existencia de este principio en particular no causa que cesen completamente los daños al ambiente asociado a la actividad humana "... sino que tenemos que asegurarnos de que estamos considerando los intereses ambientales y dándoles la necesaria deferencia y prioridad"[20].

De todo lo antes expuesto, se puede concluir que el principio *in dubio pro natura* "puede ser un elemento fundamental en el establecimiento del Estado de derecho en material ambiental. A simple vista, es un principio modesto que no siempre garantiza que el ambiente 'gana', sino que crea una preferencia a favor de la naturaleza"[21]. Temática que será cubierta en el siguiente apartado en forma más extensa.

II. EL PRINCIPIO PRO NATURA COMO BASE DEL ESTADO DE DERECHO EN LATINOAMÉRICA

Como se mencionó con anterioridad, las Declaraciones de Río y Estocolmo contribuyeron a la creación de principios ambientales que surgieron como consecuencia del impacto negativo de la actividad del hombre en el planeta y el daño causado, amenazando la supervivencia de la humanidad en su totalidad.

Situación que cobra especial importancia en nuestra región, donde la diversidad de ecosistemas, flora y fauna pueden verse amenazados ante una actividad dañina indiscriminada evidenciando "… la importancia de estudiar el vínculo que puede existir entre el medio ambiente y los derechos humanos, reconociendo la necesidad de promover la protección del medio ambiente y el pleno goce de todos los derechos humanos"[22].

20 Bryner. "Aplicación del principio in dubio pro natura para el cumplimiento de la legislación ambiental", cit., p. 181.

21 Ídem.

22 Elsa Manrique. "El derecho al medio ambiente sano y seguro como derecho humano fundamental", *In Iure*, año 6, vol. 2, 2016, pp. 24 a 39, disponible en [https://revistaelectronica.unlar.edu.ar/index.php/iniure/article/view/310].

De igual forma, cobran relevancia los principios emanados del sistema internacional de protección de derechos humanos en relación con el ambiente con algunos grupos humanos que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, puesto que los efectos negativos de la actividad humana sobre el medio ambiente, como es el cambio climático "... se dejarán sentir con más fuerza en los sectores de la población que ya se encuentran en situaciones vulnerables". Mención aparte merece la situación en que se encuentran nuestros pueblos originarios, quienes además de percibir las consecuencias de la actividad humana sobre el clima y su entorno, se ven afectados por el cambio en las condiciones de sus territorios que trae aparejadas otra serie de consecuencias asociadas con la especial relación que estos pueblos mantienen con sus territorios ancestrales. En ese sentido, lo entiende la Corte Interamericana de Derechos Humanos -Corte IDH- al señalar:

> La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural[23].

Los principios emanados de las Declaraciones de Estocolmo y Río, permearon las constituciones de nuestra región las cuales:

> ... se ha[n] ido configurando y desarrollando progresivamente a partir de los años sesenta en torno a principios ambientales, que inspiran a los ordenamientos jurídicos, en cuanto pautas orientadoras que expresan acuerdos fundamentales de la sociedad, directrices para el legislador, criterios hermenéuticos para la actividad jurisdiccional y estándares de conducta para la Administración pública[24].

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Comunidad indígena Yakye Axa vs Paraguay", *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, vol. 2, n.° 6, 2017, pp. 195 a 200, dispónible en [http://www.derechoglobal.cucsh.udg.mx/index.php/DG/article/view/101].

24 Olivares y Lucero. "Contenido y desarrollo del principio in dubio pro natura..., cit., p. 626.

Para la década de 1970, se incorporó a nivel constitucional la denominada "... cuestión ambiental comenzando por Panamá (1972), Cuba (1976), Perú (1979), Ecuador (1979), Chile (1980), Honduras (1982), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Haití (1987), Nicaragua (1987), Brasil (1988) y Colombia (1991)"[25]. En este punto corresponde mencionar que "las primeras manifestaciones constitucionales sobre la cuestión ambiental eran más programáticas y se presentaban como un genérico deber de protección"[26]. Sin embargo, constituyó un primer paso para establecer el denominado constitucionalismo verde en Latinoamérica.

La primera ola de constitucionalización del derecho ambiental en Latinoamérica contribuyó a generar un aumento en la protección jurídica del medio ambiente, ello a pesar de la diversa regulación escogida por cada constituyente, sea ella "... mediante normas programáticas que 'reconocen el ecosistema como objeto de tutela de futuras intervenciones del Estado', como reconocimiento de un derecho fundamental, o como parte integrante de otros derechos"[27].

Como se mencionó anteriormente, este proceso de ambientalización del derecho constitucional latinoamericano comenzó a partir de la Declaración de Estocolmo de 1972[28], empapando las constituciones de nuestra región, proceso que no se detuvo con la Declaración de Río, sino que se intensificó.

Los procesos de reforma constitucional en Latinoamérica, ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia de ambas declaraciones "... han sido impulsados por una multiplicidad de factores políticos y sociales, y por la necesidad de adoptar nuevos principios fundamentales"[29], incluyendo aquellos relacionados con la protección del ambiente, dando origen con ello al denominado constitucionalismo verde. En lo que no hay objeción, sin embargo, es que el punto cúspide

25 Cubillos Torres. "Hacia un constitucionalismo ambiental en la región Andina..., cit., p. 3.

26 Ángela Iacovino. "Constitucionalismo ecológico en América Latina: de los derechos ambientales a los derechos de la naturaleza", *Cultura Latinoamericana*, vol. 31, n.° 1, 2020, disponible en [https://editorial.ucatolica.edu.co/index.php/RevClat/article/view/3509], p. 280.

27 Ibíd., p. 279.

28 Naciones Unidas. *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*, cit.

29 Cubillos Torres. "Hacia un constitucionalismo ambiental en la región Andina..., cit., p. 9.

del movimiento está en las constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), las cuales poseen una extensa regulación constitucional en materia ambiental, incorporando en sus textos varios de los principios emanados de las declaraciones de Río y Estocolmo.

La Constitución de Ecuador de 2008[30], posee un amplio catálogo de disposiciones en pro del ambiente, además de contener en su texto una regulación propia relacionada con un medio ambiente sano como un derecho de su población establece además que este debe ser "... ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay". Declara como de interés público "... la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados". De igual forma, relaciona al ambiente con otros derechos humanos como en el caso de la educación, la salud, a la cual asocia de manera directa con "... los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir". Otras de las regulaciones contenidas en la Carta Fundamental del Ecuador dicen la obligación a la población de "[r]espetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible" y diversos otros deberes del Estado en relación con el medio ambiente y la educación ambiental de su población.

En relación con la temática expuesta en este trabajo, la Constitución del Ecuador contiene en forma expresa al denominado principio pro natura en su vertiente normativa e interpretativa, al señalar que "[e]n caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza". Y, al establecer igualmente que "[e]n caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas".

La Constitución de Costa Rica regula en forma más escueta el derecho a un medio ambiente sano al señalar que:

> toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denun-

30 Constitución de la República del Ecuador, Decreto Legislativo 0, *Registro Oficial* 449 de 20 de octubre de 2008, disponible en [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf].

> ciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho[31].

Al poseer una regulación tan sucinta del derecho a un medio ambiente sano, el principio *in dubio pro natura*, no se encuentra positivizado en el texto constitucional, sin perjuicio de ello ha encontrado cabida jurisprudencial en este país. En palabras de la Sala Constitucional de la Corte Suprema costarricense este principio "... puede extraerse, analógicamente, de otras ramas del Derecho y que es, en un todo, acorde con la naturaleza". Y continúa su razonamiento señalando que "... es racional y constitucionalmente válido imponer limitaciones a la propiedad privada en pro de la conservación del medio ambiente y del patrimonio forestal". Ello debido a que la "... degradación y el deterioro [del medio ambiente] deben ser minimizados, [por lo que] es necesario que la precaución y la prevención sean los principios dominantes, lo cual nos lleva a la necesidad de plantear el principio 'in dubio pro-natura'". Esta sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica constituye la primera oportunidad en que se menciona en principio por parte de la jurisprudencia y ha representado un antecedente a considerar tanto por otras jurisdicciones como para el desarrollo doctrinal de este principio.

La Constitución colombiana[32], por su parte, al igual que en el caso ecuatoriano regula ampliamente en su constitución materias relacionadas con el ambiente estableciendo el derecho de las personas en habitar un medio ambiente sano, establece además una garantía relacionada con "la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo". Ello por medio de acciones populares reguladas por ley. De igual manera relaciona al ambiente con el derecho a la educación.

Dentro de los deberes del Estado en materia ambiental, se encuentran el proteger "... la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines", la planificación relacionada con "el ma-

31 Constitución Política de la República de Costa Rica, de 7 noviembre 1949, disponible en [http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&strTipM=TC#up].

32 Constitución Política de Colombia de 13 de junio de 1991, *Gaceta Constitucional*, n.° 116, 4 de julio de 1991, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988].

nejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución". Además de "... prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados". De igual forma regula deberes particulares para ciertas autoridades estatales. Por otra parte, regula la obligación de sus ciudadanos de "[p]roteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano"[33].

La Constitución Federal de Argentina establece en su artículo 41, al igual que en los textos analizados anteriormente que "[t]odos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo..."[34], siendo la única manifestación de carácter ambiental en su texto constitucional. La regulación de las materias ambientales se encuentra, al igual que en los otros sistemas estudiados a la ley, en este caso a la denominada "Ley General del Ambiente" la cual regula aquellos "... presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable"[35]. Esta norma además de regular diversas temáticas en materia ambiental en términos similares a las regulaciones constitucionales estudiadas, posee una positivación del principio precautorio en su artículo cuarto en los mismos términos del principio 15 de la Declaración de Río. Jurisprudencialmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha señalado que los órganos decisorios al momento de conocer sobre un asunto, estos "... deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales".

33 Fernando Calle Hayen. "El ambiente sano en Latinoamérica un derecho fundamental", *Lex - Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 8, n.° 7, 2020, pp. 101 a 116, disponible en [https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7662913].

34 Constitución de la Nación Argentina. Ley 24.430 de 15 de diciembre de 1994, *Boletín Oficial*, n.° 28.057, 10 de enero de 1995, disponible en [https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24430-804/texto].

35 Argentina. Ley 25.675 de 6 de noviembre de 2002, *Boletín Oficial*, n.° 30.036 de 28 de noviembre de 2002, disponible en [http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm].

En el caso de Bolivia, su Constitución señala que "[l]as personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente"[36]. Al igual como en el caso de la Constitución ecuatoriana, se conecta el derecho a la educación con el ambiente, haciéndolo parte de los objetivos educativos. De igual forma se encuentran manifestaciones de protección ambiental en varios apartados del texto constitucional, como son en materias energéticas, económicas y turísticas, entre otras.

En este caso, el principio pro natura se encuentra contenido en el artículo 4.° de la Ley 300 de 2012, denominada "Ley marco de la Madre Tierra y desarrollo integral para vivir bien", donde lo regula dentro de los principios rectores de dicha normativa en los siguientes términos:

> El Estado Plurinacional de Bolivia y cualquier persona individual o colectiva se obliga a prevenir y/o evitar de manera oportuna eficaz y eficiente los daños a los componentes de la Madre Tierra incluyendo el medio ambiente, la biodiversidad, a la salud humana y a los valores culturales intangibles, sin que se pueda omitir o postergar el cumplimiento de esta obligación alegando la falta de certeza científica y/o falta de recursos[37].

En el caso de Chile, "a diferencia de otros países de la región latinoamericana posee uno de los textos constitucionales más antiguos y que pocas modificaciones ha sufrido, menos aún en el tratamiento de lo ambiental"[38]. En este texto constitucional[39] se trata la protección ambien-

36 Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, El Alto, 7 de febrero de 2009, disponible en [http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/app/webroot/archivos/CONSTITUCION.pdf].

37 Bolivia. Ley 300 de 15 de octubre de 2012, *Gaceta Oficial de Bolivia*, n.° 0431 de 15 de octubre de 2012, disponible en [http://www.planificacion.gob.bo/uploads/marco-legal/Ley%20N%C2%B0%20300%20MARCO%20DE%20LA%20MADRE%20TIERRA.pdf].

38 Cubillos Torres. "Hacia un constitucionalismo ambiental en la región Andina: breve estudio de las constituciones de Bolivia, Ecuador y del proyecto de nueva Constitución de Chile del 2018", cit., p. 26.

39 Constitución Política de la República de Chile, Decreto 100 de 22

tal en los siguientes términos: "[e]l Estado asegura a todas las personas [...] el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación [...] es deber del Estado velar por que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza". Establece, además, la posibilidad de "... establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente", ello por vía legal.

Como se puede observar, esta visión del medio ambiente se encuentra centrada en la persona y no en la protección de la naturaleza y su tutela es la denominada acción de protección regulada en el artículo 20, donde puede presentarse en el caso de que el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación "sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada".

Regula de igual manera materias ambientales en la ley sobre bases generales de medio ambiente, en la que, si bien se regulan situaciones de riesgo por medio de la obligación de hacer evaluaciones de impacto ambiental y la obligación de informar de eventuales riesgos, el principio objeto de este estudio no es observado. Sin perjuicio de lo anterior, si ha encontrado cabida jurisprudencial el Tribunal Constitucional chileno donde luego de definir el concepto señala que "... este principio cautelar, tiene una finalidad de reforzamiento del principio preventivo, pues, ayuda a reducir aún más los posibles riesgos de deterioro ambiental o natural, especialmente cuando se trata de peligros poco conocidos o de difícil prevención por falta de certeza científica"[40].

A nivel regional y como un sustento más de la existencia de este principio como base del Estado de derecho en nuestra región, se encuentra lo señalado en la carta democrática de la Organización de Estados Americanos, la cual señala que: "[e]l ejercicio de la democracia facilita la preservación y el manejo adecuado del medio ambiente. Es esencial que los Estados del hemisferio implementen políticas y estrategias de protección del medio ambiente, respetando los diversos tratados y convenciones, para lograr un desarrollo sostenible en beneficio de las futuras generaciones"[41]. Donde además se reconoce "que un me-

de septiembre de 2005, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302&idParte=&idVersion=].

40 Tribunal Constitucional de Chile. Rol N.° 6180-19-ina 2021, de 15 de junio 2021.

41 Organización de los Estados Americanos. *Carta Democrática Interamericana*, Lima, 11 de septiembre de 2001, disponible en [https://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm].

dio ambiente sano es indispensable para el desarrollo integral del ser humano, lo que contribuye a la democracia y la estabilidad política"[42].

El Protocolo de San Salvador reconoce igualmente el derecho a "[t]oda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos"[43]. Así mismo, establece la obligación a los Estados parte en relación con la promoción "... protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente"[44]. El Grupo de Trabajo sobre el Protocolo de San Salvador, ha señalado que el derecho a un medio ambiente sano, en los términos establecidos por dicho protocolo lleva aparejadas las siguientes obligaciones para los Estados parte, en relación con las personas debe garantizar, sin discriminación alguna: "a) [...] un medio ambiente sano para vivir; b) [...] servicios públicos básicos"[45]; en cuanto a las obligaciones de carácter ambiental estas son: "c) promover la protección del medio ambiente; d) promover la preservación del medio ambiente, y e) promover el mejoramiento del medio ambiente"[46].

Por último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

> ... los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal, en casos donde haya indicadores plausibles que una actividad podría acarrear daños graves e irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica[47].

42 Ídem.

43 Organización Estados Americanos. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materias de derechos económicos, sociales y culturales. "Protocolo de San Salvador", 17 de noviembre de 1988, disponible en [https://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf].

44 Ídem.

45 Grupo de trabajo para el análisis de los informes nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador. *Indicadores de Progreso: Segundo Agrupamiento de Derechos*, 5 de noviembre de 2013, oea/ser.l/xxv.2.1, gt/pss/doc.9/13.

46 Ídem.

47 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia*, 2017, disponible em [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf].

CONCLUSIONES

A partir de la Declaración de Estocolmo comenzó el desarrollo del denominado constitucionalismo ambiental, el cual vino a ser continuado por medio de la Declaración de Río y las demás regulaciones, tanto convencionales como internas que regulan la materia ambiental.

La importancia de la conservación ambiental toma un matiz diverso en Latinoamérica, puesto que la existencia de pueblos ancestrales en la zona, quienes conviven con la Tierra como parte integrante del desarrollo de su cultura y sufren en forma directa los eventuales daños ambientales, ha nutrido a las cartas fundamentales de la región con elementos como el buen vivir y la madre naturaleza, que otorgan un tratamiento inédito con anterioridad en relación con el ambiente desde una perspectiva pro naturaleza más que desde la perspectiva humana.

El principio pro natura surge como una herramienta útil particularmente en nuestra región, donde el daño ambiental causado por las multinacionales ha puesto en riesgo la diversidad ambiental, los ecosistemas y en su las posibilidades de desarrollo sustentable en nuestra región, este principio, junto con los otros emanados del derecho internacional de los derechos humanos, han encontrado una evolución sin precedentes en Latinoamérica donde ha pasado a formar parte del acervo jurídico no solo en materia convencional, sino que además ha logrado regulación normativa en diversas cartas fundamentales.

La influencia de este principio es observable en todo orden en la región; desde los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como por parte de las regulaciones tanto constitucionales como legales, de los países latinoamericanos; hasta la incorporación de este principio como un criterio hermenéutico en aquellos países donde no cuenta con regulación expresa.

Los últimos procesos de reforma constitucional han aumentado la protección y regulación de materias ambientales, fortaleciendo tanto el principio precautorio, como el de colaboración, fortaleciendo así el trabajo conjunto en pos de la naturaleza, el cual esperamos se vea fortalecido en los futuros procesos de reforma, sea ella legal o constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

Argentina. Ley 25.675 de 6 de noviembre de 2002, *Boletín Oficial*, n.° 30.036 de 28 de noviembre de 2002, disponible en [http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm].

Bolivia. Ley 300 de 15 de octubre de 2012, *Gaceta Oficial de Bolivia*, n.° 0431 de 15 de octubre de 2012, disponible en [http://www.planificacion.gob.bo/uploads/marco-legal/Ley%20N%C2%B0%20300%20MARCO%20DE%20LA%20MADRE%20TIERRA.pdf].

Brañes, Raúl. *Informe sobre el desarrollo del derecho ambiental latinoamericano. Su aplicación después de diez años de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, México D.F., Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2001, disponible en [http://centro.paot.org.mx/documentos/pnud/informe_derecho_ambiental.pdf].

Bryner, Nicholas. "Aplicación del principio in dubio pro natura para el cumplimiento de la legislación ambiental", en *Congreso Interamericano de Derecho Ambiental*, Washington D. C., Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, 2015.

Calle Hayen, Fernando. "El ambiente sano en Latinoamérica un derecho fundamental", *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, vol. 8, n.° 7, 2020, pp. 101 a 116, disponible en [https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7662913].

Chile, Ley 19.300 de 1.° de marzo de 1994, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30667&idParte=].

Constitución de la Nación Argentina. Ley 24.430 de 15 de diciembre de 1994, *Boletín Oficial*, n.° 28.057, 10 de enero de 1995, disponible en [https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24430-804/texto].

Constitución de la República del Ecuador, Decreto Legislativo 0, *Registro Oficial* 449 de 20 de octubre de 2008, disponible en [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf].

Constitución Política de Colombia de 13 de junio de 1991, *Gaceta Constitucional*, n.° 116, 4 de julio de 1991, disponible en [https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988].

Constitución Política de la República de Chile, Decreto 100 de 22 de septiembre de 2005, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302&idParte=&idVersion=].

Constitución Política de la República de Costa Rica, de 7 noviembre 1949, disponible en [http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&strTipM=TC#up].

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, El Alto, 7 de febrero de 2009, disponible en [http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/app/webroot/archivos/CONSTITUCION.pdf].

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre 2017, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf].

Corte Interamericana Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005, disponible en [https://elaw.org/es/system/files/seriec_125_esp.pdf].

Corte Suprema Costa Rica, Sala Constitucional. Exp. 0201-C-91 N.° 5893-95, Sentencia de 27 de octubre de 1995, disponible en [http://www.asamblea.go.cr/sd/Reglamento_Asamblea/RAL%202014/Resoluciones%20Sala/5893-95.pdf].

Corte Suprema de Justicia Argentina. Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental, Sentencia de 11 de julio 2017, disponible en [https://cdh.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/sites/3/2019/07/fallo-majul.pdf].

Cubillos Torres, María Constanza. "Hacia un constitucionalismo ambiental en la región Andina: breve estudio de las constituciones de Bolivia, Ecuador y del proyecto de nueva Constitución de Chile del 2018", *Revista Justicia & Derecho*, vol. 3, n.° 2, 2020, pp. 1 a 13, disponible en [https://revistas.uautonoma.cl/index.php/rjyd/article/view/543].

Esborraz, David Fabio. "El modelo ecológico alternativo latinoamericano entre protección del derecho humano al medio ambiente y reconocimiento de los derechos de la naturaleza", *Revista Derecho del Estado*, n.° 36, 2016, pp. 93 a 129, disponible en [https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4575].

Grupo de trabajo para el análisis de los informes nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador. *Indicadores de Progreso: Segundo Agrupamiento de Derechos*, 5 de noviembre de 2013, oea/ser.l/xxv.2.1, gt/pss/doc.9/13.

Iacovino, Ángela. "Constitucionalismo ecológico en América Latina: de los derechos ambientales a los derechos de la naturaleza", *Cultura Latinoamericana*, vol. 31, n.° 1, 2020, pp. 266 a 320, disponible en [https://editorial.ucatolica.edu.co/index.php/RevClat/article/view/3509].

Morales Lamberti, Alicia. "La aplicación de los principios emergentes in dubio pro natura e in dubio pro agua en la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia: dimensiones sistémicas, axiológicas y hermenéuticas", *Revista de la Facultad de Derecho*, vol. 10, n.° 2, 2019, pp. 217 a 241, disponible en [https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/27888].

Naciones Unidas. *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972, disponible en [https://www.un.org/es/conferences/environment/stockholm1972].

Naciones Unidas. *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, disponible en [https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm].

Naciones Unidas. Resolución 16/11, A/HRC/RES/16/11, 12 de abril de 2011, disponible en [https://www.cijc.org/es/seminarios/2019-CartagenaIndias/Documentos%20CIJC/NNUU%20Resoluci%C3%B3n%2016%2011%20del%20Consejo%20de%20Derechos%20Humanos%20sobre%20los%20Derechos%20Humanos%20y%20el%20Medio%20Ambiente%2012%20abril%20de%202011.pdf].

Olivares, Alberto y Jairo Lucero. "Contenido y desarrollo del principio in dubio pro natura. Hacia la protección integral del medio ambiente", *Ius et Praxis*, vol. 24, n.° 3, 2018, pp. 619 a 650, disponible en [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122018000300619].

Organización de los Estados Americanos. *Carta Democrática Interamericana*, Lima, 11 de septiembre de 2001, disponible en [https://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm].

Organización Estados Americanos. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materias de derechos económicos, sociales y culturales. "Protocolo de San Salvador", 17 de noviembre de 1988, disponible en [https://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf].

Pérez Castellón, Ariel; Astrid Puentes Riaño, Haydée Rodríguez y Héctor Herrera Santoyo. *Principio de precaución: herramienta jurídica ante los impactos del fracking*, México D.F., Fundación Heinrich Böll y AIDA, 2016, disponible en [https://mx.boell.org/sites/default/files/publikation_aida_boell_final_20160314.pdf].

Russo, Josefina y Ricardo Russo. "In dubio pro natura: un principio de precaución y prevención a favor de los recursos naturales", *Tierra Tropical*, vol. 5, n.° 1, 2009, pp. 23 a 32, disponible en [https://www.researchgate.net/publication/236626678_In_dubio_pro_natura_un_principio_de_precaucion_y_prevencion_a_favor_de_los_recursos_naturales].

Silva Hernández, Francisca. "Principio de prevención y precautorio en materia ambiental", *Revista Jurídica Derecho*, vol. 8, n.° 11, 2019, pp. 92 a 106, disponible en [http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S2413-28102019000200006&script=sci_arttext&tlng=es].

Tórtora Aravena, Hugo Gennaro. "El 'Buen Vivir' y los derechos culturales de naturaleza colectiva en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador", *Revista de Derecho (Coquimbo. En línea)*, vol. 28, 2021, disponible en [https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/3712].

Tribunal Constitucional de Chile. Rol N.° 6180-19-INA 2021, de 15 de junio 2021.

CAPÍTULO

DECIMOCUARTO

A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a justiciabilidade do direito social à saúde: análise dos impactos do precedente Poblete Vilches para o atual contexto de pandemia

Tiago Fuchs Marino[1]
Luiz Guilherme Arcaro Conci[2]

INTRODUÇÃO

A pandemia provocada pelo novo coronavírus (COVID-19) levanta diversas reflexões sobre a capacidade dos Estados em enfrentar uma

1 Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul -UFMS-. Especialista em Direitos Difusos e Processo Coletivo pela Escola de Direito do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul -EDAMP-. Assessor jurídico no Ministério Público Federal -MPF-. Correio [tiagomarino@icloud.com].

2 Professor de Teoria do Estado e Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -PUC-SP-, onde coordena o Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional e é Professor Permanente do PEPG em Governança Global e Políticas Públicas Internacionais (Stricto Sensu). Professor Titular de Teoria do Estado da Faculdade de São Bernardo do Campo (São Paulo, Brasil). Doutor e Mestre em Direito -PUC-SP-, com estágio de estudos pós-doutorais no Instituto de Derecho Parlamentar da Universidad Complutense de Madrid (2013-2014). Professor Visitante nas Universidades de Bolonha (2016), Buenos Aires (2011-2014) e Messina (2019). Atualmente, é professor visitante da Universidade de Turim, Itália (2021). Correio [lgaconci@hotmail.com].

crise sanitária de dimensão global que demanda solidariedade e um verdadeiro projeto de cooperação entre os povos, pautado na ciência e na garantia de políticas, ações e serviços de atenção à saúde que alcancem a todos os indivíduos indistintamente.

Por derradeiro, o papel dos organismos internacionais ganha especial relevância para assegurar que os Estados estão cumprindo as obrigações que assumiram internacionalmente no aspecto do direito à saúde, sobressaindo-se, no cenário de desigualdade que permeia a América Latina, o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos -SIDH- e, mais especificamente, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos -Comissão IDH- e a Corte Interamericana de Direitos Humanos -Corte IDH-, que têm competência para apurar as violações das normas previstas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos -CADH- e nos demais instrumentos do sistema interamericano.

Ambos os órgãos do SIDH já externaram preocupação com a atual conjuntura de emergência internacional em saúde, revelando propensão em analisar, com o rigor necessário, eventuais demandas que de la decorram.

Com efeito, a Comissão IDH editou a Resolução n.° 1/2020[3], de 10 de abril de 2020, denominada "*Pandemia y derechos humanos en las A*méricas", que formalizou 82 recomendações –inclusive quanto ao conteúdo do direito à saúde–, sua conexão com outros direitos e a importância da prestação de serviços que atendam a todos os indivíduos, sem qualquer forma de discriminação e independentemente da alegação de escassez de recursos.

Por sua vez, a Corte IDH elaborou a Declaração n.° 1/20[4], de 9 de abril de 2020, intitulada "*COVID-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales*", destacando a necessidade de garantia do direito à saúde sem discriminação e com respeito à dig-

3 Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Resolução n.° 1/2020. Pandemia e direitos humanos nas Américas*, aprovada pela CIDH em 10 de abril de 2020, disponível em [https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf].

4 Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Declaração n° 1/20*. Covid-19 e direitos humanos: os problemas e desafios devem ser abordados a partir de uma perspectiva de direitos humanos e com respeito às obrigações internacionais, 9 de abril de 2020, disponível em [https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/Declaracao_1_20_PORT.pdf].

nidade humana, aos princípios da bioética e aos parâmetros interamericanos de disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade.

Diante desse panorama, a problemática enfrentada pelo artigo refere-se à necessidade de se identificar o potencial de justiciabilidade do direito social à saúde na Corte IDH, notadamente a partir do paradigmático caso Poblete Vilches e outros v. Chile[5], analisando-se eventuais impactos que o precedente produziu para o atual contexto de pandemia.

O presente trabalho tem como objetivo geral, portanto, compreender a estratégia argumentativa utilizada pela Corte IDH no referido precedente e suas consequentes implicações sobre possíveis demandas que venham a ser analisadas pelo tribunal em razão da crise instalada pelo COVID-19.

Para alcançar essa finalidade, o artigo é dividido em quatro seções: na primeira delas, são tecidas considerações iniciais sobre o reconhecimento dos direitos sociais no SIDH. Na segunda, é realizado um breve histórico da proteção da saúde na jurisprudência da Corte IDH. Na terceira, são analisados o caso Poblete Vilches e outros v. Chile[6] e a mudança jurisprudencial sobre a possibilidade de proteção direta e autônoma do direito à saúde com base no artigo 26 da CADH. Por fim, na quarta e última seção, são examinados possíveis impactos da decisão para a pandemia.

A pesquisa adota o método dedutivo e é realizada de forma descritiva e exploratória, mediante revisão bibliográfica e jurisprudencial.

I. LOS DIREITOS SOCIAIS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

A CADH, núcleo jurídico do sistema regional interamericano, conta com um catálogo exaustivo de direitos civis e políticos e reserva um único dispositivo para os direitos econômicos, sociais e culturais: o artigo 26, que prevê um dever de desenvolvimento progressivo pe-

5 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Poblete Vilches e outros v. Chile, Sentença de 8 de março de 2018 (mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf].

6 Ídem.

los Estados contratantes. Foi necessária a aprovação de um protocolo adicional à Convenção em 1988, que ficou conhecido como Protocolo de San Salvador, para realmente se conferir um tratamento pormenorizado ao tema.

Em que pese a relevância do dito instrumento adicional, o qual já em seu preâmbulo admite a relação indissolúvel entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais e estabelece, no texto principal, um amplo rol de direitos associados ao trabalho, às liberdades sindicais, à saúde, à previdência social, à educação e à cultura, o artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador apenas permite o acesso à jurisdição contenciosa da Corte IDH na hipótese de violação aos direitos sindicais (exceto o direito de greve) e à educação.

A tentativa de restrição à proteção direta dos direitos sociais, em grande medida decorrente da influência dos sistemas universal[7] e europeu de direitos humanos[8], destoa do amplo reconhecimento ju-

7 O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais -PIDESC-, concebido sob os auspícios da Organização das Nações Unidas -ONU-, não previu a criação de um comitê específico para monitorar o seu cumprimento, tal como ocorreu com o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos -PIDCP-. A lacuna revela a dificuldade dos Estados em admitir a força vinculante dos direitos sociais – que foi parcialmente suprida em 1985, quando o Conselho Econômico e Social da ONU decidiu transformar, por meio de resolução, um grupo de trabalho composto por dezoito especialistas em Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Comitê DESC). Posteriormente, no ano de 2008, foi adotado um protocolo facultativo ao PIDESC, que formalizou a criação do aludido comitê por meio de tratado, o qual apresentou, entretanto, baixa adesão estatal (ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, São Paulo, Editora Saraiva, 2016).

8 Os direitos sociais somente receberam atenção no sistema europeu de direitos humanos a partir da Carta Social Europeia -CSE-, considerada a "irmã pequena" da Convenção Europeia de Direitos Humanos -CEDH-. Isso porque as obrigações estatais atribuídas pela CSE possuem menor potencial de exigibilidade, seja pela possibilidade de ratificação seletiva pelos Estados dos direitos que preferem considerar como vinculantes, seja pelo mecanismo de apuração de violações, que engloba decisões não vinculantes emitidas pelo Comitê Europeu de Direitos Sociais que são submetidas à aprovação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa (CHRISTINA BINDER y THOMAS SCHOBESBERGER. "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales: ¿nuevas tendencias en la jurisprudencia?", em ARMIN VON BOGDANDY, FLÁVIA PIOVESAN y MARIELA MORALES ANTONIAZZI (coords.). *Constitucionalismo transformador inclusão e direi-*

rídico conferido a esses direitos nos países da América Latina. Acerca do tema, Arango[9] aponta que o constitucionalismo latino-americano se destaca justamente por atribuir aos direitos sociais *status* de direitos fundamentais, tendo em vista o pano de fundo da região marcado pela extrema pobreza, desemprego e intensa desigualdade.

Negar a exigibilidade dos direitos sociais –ou mesmo compreendê-los como direitos incompletos ou meras promessas– é incompatível com as características de universalidade, interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos, sendo certo que muitos direitos sociais, como a saúde e a alimentação, constituem pré-requisito para o exercício dos direitos civis e políticos[10].

Além disso, Nogueira Alcalá[11] assevera que:

> Todos los derechos son complejos y tienen dimensiones individuales y colectivas, negativas y positivas, de abstención y de prestación. No hay argumento válido para establecer una diferencia de naturalezas en esta materia entre derechos individuales y derechos sociales. Tanto los derechos individuales y sociales implican bienes públicos y costos públicos, sin perjuicio de eventuales tasas, aranceles que deban cancelar quienes son beneficiados por dichas prestaciones.

A despeito da aparente limitação para a justiciabilidade dos direitos sociais consagrada no Protocolo de San Salvador, a Corte IDH tem

tos sociais: desafios do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano à luz do direito econômico internacional, Salvador, Brasil, Editora Jus Podivm, 2019, pp. 467 a 489.

9 Rodolfo Arango. "Constitucionalismo social latinoamericano y derecho a la salud", em Laura Clérico e Mariela Morales Antoniazzi (coords.). *Interamericanización del derecho a la salud: perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019, pp. 3 a 23, disponível em [https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/6.pdf].

10 Víctor Bazán. "Un desafío fundamental para el sistema interamericano de derechos humanos: la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.° 25, 2015, pp. 61 a 98.

11 Humberto Nogueira Alcalá. "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano", *Estudios Constitucionales*, vol. 7, n.° 2, 2009, disponível em [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82011841007], p. 155.

atuado criativamente para conferir efetividade a esses direitos e promover a responsabilização por suas violações.

Em análise dos argumentos invocados pelo tribunal regional em diferentes precedentes, Piovesan[12] aponta uma tipologia de casos baseada em três estratégias: a) a dimensão positiva do direito à vida, que demanda dos Estados medidas para assegurar aos indivíduos as condições necessárias ao desenvolvimento de uma vida digna; b) a tutela indireta dos direitos sociais por meio da proteção aos direitos civis, que admitem o sistema de petições individuais previsto na CADH; e c) o princípio da proteção progressiva dos direitos sociais, especialmente para a proteção de grupos socialmente vulneráveis.

II. BREVE HISTÓRICO DA PROTEÇÃO DA SAÚDE NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Entre os direitos sociais, ganha relevância, no atual contexto de pandemia, o direito à saúde. No sistema interamericano, tal direito foi afirmado, de modo específico, no artigo XI da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948, no artigo 10.° do Protocolo de San Salvador, nos artigos 11 e 12 da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos das Pessoas Idosas e no artigo XVIII da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Em virtude da previsão contida no artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador e sob forte inspiração do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, a Corte IDH optou, durante muito tempo, por não promover a tutela autônoma dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, mas sim desenvolver uma espécie de "leitura social" dos direitos civis e políticos, pautada na interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos[13].

12 Flávia Piovesan. *Temas de direitos humanos*, São Paulo, Saraiva, 2017.

13 Eduardo Ferrer Mac-Gregor. *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México e Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017, disponível em [https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/CESIDH-Justiciabilidad-Derechos-SIDH.pdf].

Assim, para oportunizar a proteção indireta da saúde, a Corte IDH desenvolveu uma argumentação engenhosa a partir dos direitos à vida, à integridade pessoal, ao acesso à justiça e garantias judicias e à vida privada, conforme será analisado nos precedentes selecionados abaixo.

O primeiro exemplo dessa estratégia argumentativa pode ser visualizado no caso "*Niños de la Calle*" (Villagrán Morales e outros v. Guatemala)[14], referente ao homicídio de cinco jovens, que possuíam entre quinze e vinte anos de idade, por agentes policiais. Ao apreciar a demanda submetida pela Comissão IDH, a Corte IDH reconheceu a violação, entre outros, do direito à vida, salientando que este consubstancia:

> Un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna[15].

Nota-se, portanto, que apesar de não fazer referência ao direito à saúde, o precedente reconheceu uma obrigação positiva dos Estados na garantia das exigências mínimas para uma existência digna o que reclama, em consequência, uma postura proativa estatal na promoção de medidas sanitárias relacionadas à qualidade de vida dos indivíduos.

No caso Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai, o tribunal regional reafirmou sua compreensão sobre a dimensão positiva do direito à vida, tendo ponderado que "el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prio-

14 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso "Ninõs de la Calle" (Villagrán Morales e outros) v. Guatemala, Sentença de 19 de novembro de 1999 (mérito), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf].

15 Ibíd., párr. 144.

ritaria" [16]. Em tal oportunidade, houve a conclusão, também, de que a saúde impacta de maneira significativa o direito a uma existência digna e as condições básicas para o exercício de outros direitos humanos, como o direito à identidade cultural[17].

Já na sentença do caso Ximenes Lopes v. Brasil[18], a Corte examinou os direitos à vida e à integridade pessoal e teceu relevantes reflexões sobre a responsabilidade estatal na supervisão da prestação de serviços de saúde mental, independentemente da natureza (pública ou particular) da entidade encarregada de executar os aludidos serviços.

No precedente Albán Cornejo e outros v. Equador[19], a Corte IDH promoveu a responsabilização do Estado equatoriano pela falta de investigação devida acerca de morte decorrente de imperícia médica[20]. A fundamentação envolveu, para além do direito à integridade pessoal, a análise do direito a garantias e proteção judiciais, sendo oportuno mencionar o voto separado do juiz Sergio García Ramírez, que manifestou posição no sentido de que o direito à saúde não ostentava justiciabilidade imediata com amparo no Protocolo de San Salvador.

Posteriormente, no precedente Furlan e Familiares v. Argentina[21], a Corte proferiu condenação diante da demora excessiva no julgamento

16 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai, Sentença de 17 de junho de 2005 (mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf], párr. 162.

17 Ainda no contexto da saúde indígena, a Corte IDH reiterou essa posição no caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguai, em que aplicou medida reparatória ampla para determinar o atendimento médico a todos os membros daquele povo tradicional. Ibíd., párr. 167.

18 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Ximenes Lopes v. Brasil, Sentença de 4 de julho de 2006, disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf].

19 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Albán Cornejo e outros v. Equador, Sentença de 22 de novembro de 2007 (mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_171_esp.pdf].

20 Anos depois, a Corte IDH novamente se deparou com o tema da imperícia médica no caso Suárez Peralta v. Equador (2013), que se referiu à falta de diligência do Estado em investigar e punir os funcionários de uma clínica privada em virtude de tratamento indevido concedido a uma paciente.

21 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Furlan e Familiares v. Argentina, Sentença de 31 de agosto de 2012 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf].

de ação civil que pretendia obter indenização para assegurar tratamento médico a uma criança com deficiência. Sob a ótica do direito de acesso à justiça e da duração razoável do processo, o tribunal interamericano entendeu que as autoridades judiciais argentinas não levaram em conta o estado de vulnerabilidade da vítima para concluir os trâmites processuais em tempo hábil[22]. Logo, diante do atraso no recebimento da indenização, o menor não recebeu o tratamento de saúde que poderia ter lhe assegurado uma melhor qualidade de vida[23].

Em deliberação no caso Artavia Murillo e outros ("fecundação *in vitro*") v. Costa Rica, o tribunal estabeleceu uma relação entre o direito à vida privada e à liberdade reprodutiva e o acesso à tecnologia médica necessária para o exercício desse direito, consolidando premissas relevantes sobre direitos sexuais e reprodutivos[24].

Por sua vez, no precedente Gonzales Lluy e outros v. Equador, foi afirmada que a ausência de fiscalização estatal produziu um dano grave à saúde da vítima que repercutiu sobre o seu direito à vida, tendo em conta o elevado risco de morte que lhe foi imposto em razão de doença contraída por transfusão de sangue em clínica privada[25].

Ao julgar o caso Chinchilla Sandoval v. Guatemala, a Corte IDH, em ponderação sobre os direitos à vida e à integridade física, delineou a obrigação dos Estados em garantir a saúde das pessoas privadas de liberdade, "específicamente mediante la provisión de revisión médica regular y, cuando así se requiera, de un tratamiento médico adecuado, oportuno y, en su caso, especializado y acorde a las especiales necesidades de atención que requieran"[26].

22 Ibíd., párr. 201.

23 Ibíd., párr. 203.

24 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Artavia Murillo e outros ("Fecundação In Vitro") v. Costa Rica, Sentença de 28 de novembro de 2012 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf], párr. 150.

25 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Gonzales Lluy e outros v. Equador, Sentença de 1.º de setembro de 2015 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf], párr. 190.

26 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Chinchilla Sandoval v. Guatemala, Sentença de 29 de fevereiro de 2016 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_esp.pdf], párr. 171.

No precedente I.V. v. Bolívia, o tribunal interamericano asseverou que a saúde é parte integrante do direito à integridade pessoal, contemplando não só o acesso a serviços, mas também a liberdade de cada indivíduo de controlar seu próprio corpo e de estar livre de interferências indevida, como não ser submetido à tortura ou a tratamentos e experimentos médicos não consensuais[27].

O juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot apresentou votos concorrentes nos casos Suárez Peralta v. Equador[28], Gonzales Lluy e outros v. Equador[29], Chinchilla Sandoval v. Guatemala[30] e I.V. v. Bolívia[31], manifestando que, em seu entendimento, a Corte deveria, no exercício da competência que lhe fora outorgada pelo artigo 26 da cadh, ter pronunciado a violação direta do direito à saúde em detrimento da abordagem tangencial de conexão com os direitos civis e políticos.

III. O PRECEDENTE PARADIGMÁTICO POBLETE VILCHES E OUTROS V. CHILE E AS IMPLICAÇÕES SOBRE A JUSTICIABILIDADE DIRETA DO DIREITO À SAÚDE

Em julgamento emblemático, a Corte idh avançou para a aceitação da justiciabilidade do direito à saúde, de modo autônomo, no precedente Poblete Vilches e outros v. Chile[32]. O caso referiu-se à morte, decorrente de omissão médica, de pessoa idosa que fora internada em

27 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso I.V. v. Bolívia, Sentença de 30 de novembro de 2016 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf], párr. 155.

28 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Suárez Peralta v. Equador, Sentença de 21 de maio de 2013 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf].

29 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Gonzales Lluy e outros v. Equador, Sentença de 1.º de setembro de 2015, cit.

30 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Chinchilla Sandoval v. Guatemala, Sentença de 29 de fevereiro de 2016, cit.

31 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso I.V. v. Bolívia, Sentença de 30 de novembro de 2016, cit.

32 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Poblete Vilches e outros v. Chile, Sentença de 8 de março de 2018, cit.

hospital público chileno e submetida a intervenção cirúrgica sem seu consentimento prévio ou autorização de sua família.

Malgrado a disposição contida no artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador, o tribunal regional inovou ao afirmar que o artigo 26 da CADH ostenta justiciabilidade própria[33] e impõe aos Estados a adoção de medidas: 1) Progressivas, relativas ao dever de avançar da forma mais célere e eficaz possível na efetividade dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, o que envolve a proibição de regressividade quanto aos direitos já alcançados; e 2) Imediatas, por meio do acesso indiscriminado às prestações reconhecidas para cada direito, com ações adequadas, deliberadas e concretas para sua realização.

Argumentou, igualmente, que a proteção do direito à saúde, com base no artigo acima mencionado, deriva das normas jurídicas de índole econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura contidas na Carta da OEA (§ 106), cuja interpretação deve ser integrada à Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (§ 107 e 109). Como se não bastasse, foi invocada a regra interpretativa *pro persona* do artigo 29.b da CADH (§ 111)[34], o consenso regional da consolidação do direito à saúde nas constituições e leis internas dos Estados que integram o sistema interamericano (§ 113) e o amplo *corpus juris* internacional existente acerca do tema (§ 114).

Por se tratar da primeira vez em que o tribunal se pronunciou de modo direto sobre o direito à saúde, foram tecidas observações pormenorizadas sobre o seu conteúdo e alcance. Além disso, foram definidos parâmetros específicos aplicáveis a situações de urgências médicas e à saúde das pessoas idosas, que serão oportunamente abordados.

Ao final, declarou-se, por unanimidade, que o Estado chileno seria responsável pela violação do direito à saúde da vítima (Ponto Resolutivo n.º 2), tendo o juiz HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO formulado voto concorrente para criticar o reconhecimento da violação direta

33 Registra-se que, com o caso Lagos del Campo v. Peru (2017), a Corte IDH já havia confirmado a justiciabilidade direta de um direito social a partir do artigo 26 da Convenção. Tal demanda, contudo, referiu-se à proteção do direito ao trabalho e, por esse motivo, não será examinada neste artigo, párr. 104.

34 Sobre o principio *pro persona*, ver, dentre outros, LUIZ GUILHERME ARCARO CONCI e KONSTANTIN GERBER. "Parâmetros de convencionalidade para crianças em zonas de conflito: estudo do caso colombiano", *Opinión Jurídica*, vol. 17, n.º spe 35, 2018, pp. 171 a 183.

do artigo 26 pelo tribunal, ante o argumento de que tal dispositivo não contemplava propriamente um catálogo de direitos e de que o Protocolo de San Salvador apenas autorizava o sistema de petições individuais para a tutela de alguns aspectos do direito à liberdade sindical e do direito à educação.

Aldao e Clérico[35] consideram paradigmático o progresso jurisprudencial operado pela Corte Interamericana no julgamento do caso em questão, ressaltando a conformidade da interpretação produzida sobre o conteúdo autônomo do artigo 26 da CADH com o preâmbulo da Convenção e sua finalidade (argumento teleológico), os avanços gradativos nos antecedentes judiciais (argumento jurisprudencial) e a integração da CADH com outros instrumentos interamericanos e internacionais (argumento sistemático).

Convém observar que os artigos 1.° e 2.° da CADH, os quais correspondem ao cerne das obrigações assumidas pelos Estados no sistema interamericano, têm aplicabilidade indistintamente ao Capítulo II (Direitos Civis e Políticos) e ao Capítulo III (Direitos Econômicos, Sociais e Culturais). Ainda, o artigo 62 da CADH, ao dispor sobre a competência da Corte para interpretação e aplicação dos dispositivos da Convenção, não apresenta qualquer exclusão do artigo 26[36].

Bazán[37] sustenta que a previsão de direitos econômicos, sociais e culturais no artigo 26 se situa na categoria de "direitos protegidos" daquele instrumento, de modo que está inserida dentro do acervo de competência material da Comissão IDH e, também, da Corte IDH. Ademais, alguns fundamentos específicos legitimam a posição assumida pelo tribunal interamericano: o princípio da boa-fé no direito

35 Martín Aldao e Laura Clérico. "El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos. El caso Poblete Vilches y el examen de (in) cumplimiento de las obligaciones impostergables y no ponderables", em Laura Clérico e Mariela Morales Antoniazzi (coords.). *Interamericanización del derecho a la salud: perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019, disponível em [https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5591/12.pdf], p. 335.

36 Christian Courtis. "Derechos económicos, sociales y culturales", em Christian Steiner e Marie-Christine Fuchs. *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*, 2.ª ed., Berlim, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2019, pp. 801 a 834.

37 Bazán. "Un desafío fundamental para el sistema interamericano de derechos humanos..., cit.

internacional, a interpretação conforme ao objeto e à finalidade do instrumento internacional, a natureza especial de que gozam os tratados sobre direitos humanos, o princípio *pro persona*, o dever assumido pelos Estados de respeitar os direitos e de adequar seu ordenamento jurídico interno à CADH e a interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos.

Destaca-se, também, que desde o precedente Acevedo Buendía v. Peru[38], a Corte já havia pontuado que a aceitação da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória do órgão pressupõe a concordância, pelos Estados, de que o tribunal possui competência para resolver qualquer controvérsia relativa à sua própria competência (*compétence de la compétence*), sendo certo que ele exerce jurisdição plena sobre a interpretação e aplicação de todos os dispositivos da Convenção[39].

Logo, o artigo 26 não deve ser compreendido como uma norma meramente programática para os Estados partes, mas sim um preceito que orienta a Corte a promover uma integração com as normas existentes na Carta da OEA que contêm direitos de natureza econômica, social ou cultural. Nesse sentido, é requerido um exercício interpretativo evolutivo[40] e dinâmico por parte do tribunal que detém, em última análise, a competência para esclarecer eventual obscuridade, imprecisão e ambiguidade dos termos contidos na Convenção[41].

Em julgamentos posteriores, a Corte IDH reiterou seu entendimento sobre a justiciabilidade direta do direito à saúde com base no arti-

38 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Acevedo Buendía e outros ("Demitidos e Aposentados da Controladoria") v. Peru, Sentença de 1.° de julho de 2009 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/d48d60862a92e17629044146a3442656.pdf].

39 Bazán. "Un desafío fundamental para el sistema interamericano de derechos humanos..., cit.

40 No julgamento do Caso Massacre de Mapiripán v. Colômbia (2005), afirmou-se que: "la Corte ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales". Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso "Massacre de Mapiripán" v. Colômbia, Sentença de 15 de setembro de 2005, disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf], párr. 106.

41 Ferrer Mac-Gregor. *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, cit.

go 26 da CADH, o que permitiu uma atuação ampliada na definição dos parâmetros de efetividade desse direito, bem como do alcance das obrigações atribuídas aos Estados na temática.

De fato, os precedentes Cuscul Pivaral e outros v. Guatemala[42] e Hernández v. Argentina[43], concebidos após a reorientação jurisprudencial, demonstram o ímpeto do tribunal em avançar, gradualmente, na concessão de medidas reparatórias cada vez mais abrangentes para as violações do direito à saúde e no estabelecimento de um generoso *standard* mínimo regional acerca da matéria.

IV. IMPACTOS DA MUDANÇA JURISPRUDENCIAL PRODUZIDA PELO CASO POBLETE VILCHES PARA O ATUAL CONTEXTO DE PANDEMIA

De modo geral, é possível identificar dois impactos significativos da mudança jurisprudencial produzida pelo caso Poblete Vilches[44] para o atual contexto de pandemia: 1) Com o reconhecimento da possibilidade de violação autônoma ao direito à saúde, amplia-se o potencial de análise e condenações, pela Corte IDH, de demandas motivadas pela crise sanitária provocada pelo Covid-19; 2) Em razão da delimitação do conteúdo do artigo 26 da CADH, foram estabelecidos parâmetros de aplicação e interpretação muito mais abrangentes e circunstanciados para promover a efetividade do direito à saúde, que vinculam todos os Estados integrantes do sistema interamericano.

No que diz respeito ao primeiro impacto, vale asseverar que tanto as ações estatais referentes à proteção do direito à saúde, que impliquem em proteção insuficiente ou em proteção equivocada a determinados padrões internacionais de saúde[45], quanto aquelas omissões,

42 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Cuscul Pivaral e outros v. Guatemala, Sentença de 23 de agosto de 2018 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf].

43 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Hernández v. Argentina, Sentença de 22 de novembro de 2019 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_395_esp.pdf].

44 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Poblete Vilches e outros v. Chile, Sentença de 8 de março de 2018, cit.

45 Sobre tais padrões, a Comissão IDH, em sua Resolução n.º 1/2020, afirma

totais ou parciais na proteção das pessoas, passam a estar sob a tutela do Sistema Interamericano e, mais especificamente, da Corte IDH, de modo a se completar um círculo protetivo que se renova com as decisões referidas.

É preciso considerar, ainda, que a interpretação do alcance das obrigações estatais, estabelecida pela Corte IDH na condição de intérprete autorizada da CADH, ostenta eficácia *erga omnes*[46-47] e deve ser

peremptoriamente sobre a "... importancia de contar con el apoyo, la participación y cooperación de personas y grupos de la sociedad civil, como las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria, y del sector privado, para que los esfuerzos de los Estados en el ámbito de las acciones de prevención, contención y tratamiento de la pandemia sean eficaces y oportunas".

46 Como já salientado pelo juiz interamericano Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, a interpretação realizada pela Corte IDH sobre as normas convencionais ostenta a mesma eficácia que estas possuem (Caso Cabrera García e Montiel Flores v. México, Sentença de 26 de novembro de 2010 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-01/1%-5B1%5D.pdf], párr. 52) e produz efeito *res interpretata sobre* todos os Estados integrantes do sistema interamericano, produzindo um *standard* mínimo regional que apenas pode ser afastado por meio de interpretação ou aplicação de norma mais favorável aos direitos humanos (Caso Gelman v. Uruguai, Sentença de 24 de fevereiro de 2011 (mérito e reparações), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf], párr. 94).

47 Os efeitos atribuídos às decisões da Corte IDH permitem que ela contribua para a formação de um *ius constitutionale commune* latino-americano, vocacionado à efetivação das promessas conquistadas pelas constituições dos países da América Latina após a superação de regimes autoritários. Apesar de fundado em direitos de caráter universal, o estabelecimento desse novo *corpus juris* reproduz características peculiares da região, destacando-se algumas inovações que posteriormente foram acolhidas pela comunidade global, como a proibição de anistia para graves violações de direitos humanos, as figuras do feminicídio e do desaparecimento forçado e a proteção especial atribuída a migrantes, povos indígenas e negros. Ademais, importantes contribuições têm sido consolidadas no reconhecimento de grupos sociais marginalizados, na superação da desigualdade e na aceitação da dimensão coletiva dos direitos humanos (Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.). *Ius constitutionale commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro e Max Planck Institute for Comparative Public Law

observada por todos os Estados que fazem parte do sistema regional, mesmo que não tenham protagonizado a demanda específica em que foi firmada determinada diretriz jurisprudencial. Tal eficácia engloba a delimitação do sentido das normas convencionais e o entendimento geral daqueles preceitos, sendo atribuída tanto às sentenças de casos contenciosos como às opiniões consultivas e resoluções sobre medidas provisórias e cumprimento de sentença[48]. Passa, assim, a fazer parte do que se convencionou denominar bloco de convencionalidade, que opera de forma expansiva e progressiva e se faz paradigma de controle tanto para autoridades públicas domésticas quanto para aquelas do SIDH[49].

Feitas essas considerações, verifica-se que, no julgamento do caso Poblete Vilches e outros v. Chile[50], o tribunal delimitou obrigações estatais envolvendo situações de urgências médicas, as quais guardam total pertinência com o atual cenário de emergência em saúde, que tem culminado no colapso dos sistemas de saúde pública em diversos países.

Em síntese, a Corte IDH: reforçou o dever de regulação pelos Estados na prestação de serviços de saúde, por estabelecimentos públicos e privados[51]; estabeleceu a necessidade de se assegurar padrões mínimos de qualidade, acessibilidade, disponibilidade e aceitabilidade[52]; determinou a garantia de um tratamento igualitário a todas as pessoas que acessarem os serviços, sem qualquer tipo de discriminação e mediante a criação de condições de igualdade real para grupos excluídos ou discriminados[53]; e insistiu na obrigação estatal de supervisão e fiscalização dos serviços executados[54].

---

and International Law, 2017, disponível em [https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36072.pdf]).

48 Sergio García Ramírez. "El control judicial interno de convencionalidad", *Revista Ius*, vol. 5, n.º 28, 2011, pp. 123 a 159, disponível em [https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/68].

49 Luiz Guilherme Arcaro Conci. "O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana", *Revista de Processo*, vol. 232, 2014, pp. 363 a 390.

50 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Poblete Vilches e outros v. Chile, Sentença de 8 de março de 2018, cit.

51 Ibíd., párr. 119.

52 Ibíd., párr. 121.

53 Ibíd., párrs. 122 y 123.

54 Ibíd., párr. 124.

Foram consolidados, ainda, parâmetros associados à saúde das pessoas idosas as quais, na percepção dos juízes interamericanos, possuem o direito a uma proteção reforçada por meio da adoção de medidas diferenciadas[55] e devem ser reconhecidas como sujeitos de direitos especiais na prevenção e promoção da saúde, o que reclama uma resposta integral do Estado e o envolvimento da sociedade[56]. Sem prejuízo, foi realçada a necessidade de se assegurar aos pacientes idosos o acesso à informação, de maneira clara e acessível, sobre seu diagnóstico e tratamento[57].

Em outras sentenças proferidas após o precedente Poblete Vilches e outros v. Chile[58], também foram consagrados parâmetros capazes de contribuir para a proteção do direito à saúde na atual conjuntura, inclusive com diretrizes específicas destinadas ao enfrentamento de pandemias.

Com efeito, no caso Cuscul Pivaral e outros v. Guatemala, alusivo à negligência estatal quanto ao tratamento médico de pessoas acometidas com HIV, houve o seguinte apontamento nas razões de decidir:

> El acceso a la medicación en el contexto de pandemias como las de VIH, tuberculosis y paludismo es uno de los elementos fundamentales para alcanzar gradualmente el ejercicio pleno del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (§ 108) [...] el derecho a la salud de las personas que viven con el VIH incluye el acceso a bienes de calidad, servicios e información para la prevención, tratamiento, atención y apoyo de la infección, incluida la terapia antirretrovírica y otros medicamentos, pruebas diagnósticas y tecnologías relacionadas seguras y eficaces para la atención preventiva, curativa y paliativa del VIH, de las enfermedades oportunistas y de las enfermedades conexas, así como el apoyo social y psicológico, la atención familiar y comunitaria, y el acceso a las tecnologías de prevención[59].

55 Ibíd., párr. 127.

56 Ibíd., párr. 130.

57 Ibíd., párr. 131.

58 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Poblete Vilches e outros v. Chile, Sentença de 8 de março de 2018, cit.

59 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Cuscul Pivaral e outros v. Guatemala, Sentença de 23 de agosto de 2018, cit., párr. 114.

No caso Hernández v. Argentina, a Corte encareceu a importância de os Estados adequarem o procedimento de diagnóstico e tratamento das pessoas com tuberculose às recomendações internacionais, tendo enunciado diretrizes específicas sobre o assunto como a imprescindibilidade de exame médico dos indivíduos que apresentem tosse inexplicável por duas ou três semanas, a disponibilização de tratamentos de primeira linha aceitos internacionalmente com o emprego de medicamentos de biodisponibilidade conhecida e o monitoramento da resposta às medidas terapêuticas[60].

Todos esses parâmetros, como resultado da interpretação autêntica produzida pela Corte de San José acerca das normas convencionais e que partiram da justiciabilidade autônoma dos direitos sociais, devem orientar, no que couber, as políticas, ações e serviços de saúde desenvolvidos pelos Estados para contenção da pandemia provocada pelo COVID-19, sob pena de ulterior responsabilização internacional.

Por conseguinte, servem como diretrizes capazes de oferecer respostas no confronto com desafios peculiares que se colocam no atual contexto pandêmico, tais como: proteção especial para idosos enquanto integrantes do grupo de risco, acesso igualitário a tratamento e medidas preventivas eficazes, disponibilização de medicamentos não recomendados pelos organismos internacionais competentes, acesso à informação e consentimento prévio sobre medidas terapêuticas e fármacos (inclusive de eficiência não comprovada), etc.

Vale adicionar que, recentemente, o tribunal regional emitiu a Declaração n.º 1/20, de 9 de abril de 2020, intitulada "*COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales*", a qual, embora detentora de baixa normatividade, fornece orientações importantes para a proteção de direitos humanos diante do atual quadro pandêmico, em consonância com a jurisprudência interamericana.

Além disso, a Corte editou resolução de adoção de medidas provisórias no caso Vélez Loor v. Panamá[61], tendo por pano de fundo as

60 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Hernández v. Argentina, Sentença de 22 de novembro de 2019, cit., párr. 80.

61 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Vélez Loor v. Panamá, Sentença de 23 de novembro de 2010 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf].

circunstâncias de disseminação do novo coronavírus. Entre os pontos resolutivos, foi requerido ao Estado do Panamá que disponibilizasse o acesso a serviços de saúde essenciais e sem discriminação a todas as pessoas que se encontram nas estações migratórias La Peñita e Lajas Blancas, incluindo diagnóstico precoce e tratamento para a COVID-19 (Ponto Resolutivo n.° 3).

Com base nessas constatações, é possível esperar uma atuação fortalecida da Corte Interamericana na análise das ações e políticas governamentais engendradas na América Latina para a prevenção e contenção da pandemia, tanto por ação quanto por omissão dos Estados Contratantes, tendo por escopo a responsabilização daqueles que agiram de forma negligente e na contramão das recomendações formuladas pelos organismos internacionais.

CONCLUSÃO

Por fim, conclui-se que, apesar da restrição relacionada à justiciabilidade dos direitos sociais estampada no artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador, a Corte de San José tem envidado esforços para compelir a efetivação progressiva do direito à saúde pelos Estados que reconheceram sua jurisdição, estabelecendo padrões mínimos de proteção e assegurando medidas abrangentes de reparação nos casos que lhe foram submetidos.

Observa-se que, desde o precedente "*Niños de la Calle*" (Villagrán Morales e outros) v. Guatemala[62], o tribunal regional atribuiu aos Estados uma obrigação positiva de assegurar as condições mínimas para uma existência digna a todos os indivíduos, o que engloba o aspecto da saúde física e mental.

A Corte delimitou importantes elementos da proteção à saúde através de uma abordagem indireta partindo dos direitos civis e políticos como os direitos à vida, à integridade pessoal, ao acesso à justiça e garantias judicias e à vida privada. Nesse sentido, os precedentes: Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai[63], Ximenes Lopes v.

62 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso "Ninõs de la Calle" (Villagrán Morales e outros) v. Guatemala, Sentença de 19 de novembro de 1999, cit.

63 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai, Sentença de 17 de junho de 2005, cit.

Brasil[64], Albán Cornejo e outros v. Equador[65], Furlan e Familiares v. Argentina[66], Artavia Murillo e outros ("fecundação in vitro") v. Costa Rica[67], Gonzales Lluy e outros v. Equador[68], Chinchilla Sandoval v. Guatemala[69] e I.V. v. Bolívia[70].

Foi somente com o caso Poblete Vilches e outros v. Chile[71] que o tribunal regional admitiu a justiciabilidade direta do direito à saúde com fundamento no artigo 26 da CADH, o que ampliou o âmbito de proteção e análise desse direito nos precedentes interamericanos.

Essa reorientação jurisprudencial possui dupla implicação para o atual quadro pandêmico: 1) Com o reconhecimento da possibilidade de violação autônoma ao direito à saúde no sistema interamericano, há uma ampliação do potencial de análise e condenações, pela Corte IDH, de demandas submetidas em razão da crise sanitária provocada pelo COVID-19; e 2) Sendo delimitado o conteúdo próprio do artigo 26 da CADH, foram estabelecidos parâmetros mais abrangentes e circunstanciados de proteção do direito à saúde, que ostentam eficácia *erga omnes* a todos os Estados que compõem o sistema interamericano.

Assim, os parâmetros estabelecidos no precedente Poblete Vilches e outros v. Chile[72] e em sentenças subsequentes, a partir da interpretação autêntica das normas convencionais e da justiciabilidade direta dos direitos sociais, podem oferecer respostas para demandas singulares que surgem no contexto pandêmico e devem ser observados pelos

64 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Ximenes Lopes v. Brasil, Sentença de 4 de julho de 2006, cit.

65 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Albán Cornejo e outros v. Equador, Sentença de 22 de novembro de 2007, cit.

66 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Furlan e Familiares v. Argentina, Sentença de 31 de agosto de 2012, cit.

67 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Artavia Murillo e outros ("Fecundação In Vitro") v. Costa Rica, Sentença de 28 de novembro de 2012, cit.

68 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Gonzales Lluy e outros v. Equador, Sentença de 1.º de setembro de 2015, cit.

69 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Chinchilla Sandoval v. Guatemala, Sentença de 29 de fevereiro de 2016, cit.

70 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso I.V. v. Bolívia, Sentença de 30 de novembro de 2016, cit.

71 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Poblete Vilches e outros v. Chile, Sentença de 8 de março de 2018, cit.

72 Ídem.

Estados nas ações de enfrentamento ao COVID-19, sob pena de futura condenação internacional.

A julgar pelo fortalecimento da jurisdição interamericana sobre o direito à saúde verificado nos últimos anos e das posições já antepostas na Declaração n.° 1/20[73], de 9 de abril de 2020, na Resolução n.° 1/2020[74], de 10 de abril de 2020 e na resolução de adoção de medidas provisórias do caso Vélez Loor v. Panamá[75], é esperado que a Corte IDH assuma postura proeminente ao apreciar possíveis demandas envolvendo a (in)suficiência das ações desenvolvidas pelos Estados no enfrentamento da pandemia do COVID-19.

BIBLIOGRAFIA

ALDAO, MARTÍN E LAURA CLÉRICO. "El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos. El caso Poblete Vilches y el examen de (in) cumplimiento de las obligaciones impostergables y no ponderables", em LAURA CLÉRICO E MARIELA MORALES ANTONIAZZI (coords.). *Interamericanización del derecho a la salud: perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019, pp. 335 a 362, disponível em [https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5591/12.pdf].

ARANGO, RODOLFO. "Constitucionalismo social latinoamericano y derecho a la salud", em LAURA CLÉRICO E MARIELA MORALES ANTONIAZZI (coords.). *Interamericanización del derecho a la salud: perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019, pp. 3 a 23, disponível em [https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/6.pdf].

73 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Declaração n° 1/20*, cit.

74 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução n.° 1/2020*, cit.

75 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Vélez Loor v. Panamá, Sentença de 23 de novembro de 2010, cit.

Arcaro Conci, Luiz Guilherme. "O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana", *Revista de Processo*, vol. 232, 2014, pp. 363 a 390.

Arcaro Conci, Luiz Guilherme e Konstantin Gerber. "Conventionality standards for children in conflict zones: colombian case study", *Opinión Jurídica*, vol. 17, n.° 35, 2018, pp. 171 a 183, disponível em [https://repository.udem.edu.co/handle/11407/5460].

Bazán, Víctor. "Un desafío fundamental para el sistema interamericano de derechos humanos: la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.° 25, 2015, pp. 61 a 98.

Binder, Christina y Thomas Schobesberger. "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales: ¿nuevas tendencias en la jurisprudencia?", en Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi (coords.). *Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional*, Salvador, Brasil, Editora Jus Podivn, pp. 467 a 490.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Resolução n.° 1/2020. Pandemia e direitos humanos nas Américas*, aprovada pela cidh em 10 de abril de 2020, disponível em [https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf].

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Caso "Ninõs de la Calle" (Villagrán Morales e outros) v. Guatemala, Sentença de 19 de novembro de 1999 (mérito), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf].

Caso Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai, Sentença de 17 de junho de 2005 (mérito, reperações e custas), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf].

Caso "Massacre de Mapiripán" v. Colômbia, Sentença de 15 de setembro de 2005, disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf].

Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguai, Sentença de 29 de março de 2006 (mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf].

Caso Ximenes Lopes v. Brasil, Sentença de 4 de julho de 2006, disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf].

Caso Albán Cornejo e outros v. Equador, Sentença de 22 de novembro de 2007 (mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_171_esp.pdf].

Caso Acevedo Buendía e outros ("Demitidos e Aposentados da Controladoria") v. Peru, Sentença de 1.° de julho de 2009 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/d48d60862a92e17629044146a3442656.pdf].

Caso Vélez Loor v. Panamá, Sentença de 23 de novembro de 2010 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf].

Caso Cabrera García e Montiel Flores v. México, Sentença de 26 de novembro de 2010 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-01/1%5B1%5D.pdf].

Caso Gelman v. Uruguai, Sentença de 24 de fevereiro de 2011 (mérito e reparações), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf].

Caso Furlan e Familiares v. Argentina, Sentença de 31 de agosto de 2012 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf].

Caso Artavia Murillo e outros ("Fecundação In Vitro") v. Costa Rica, Sentença de 28 de novembro de 2012 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf].

Caso Suárez Peralta v. Equador, Sentença de 21 de maio de 2013 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf].

Caso Gonzales Lluy e outros v. Equador, Sentença de 1.º de setembro de 2015 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf].

Caso Chinchilla Sandoval v. Guatemala, Sentença de 29 de fevereiro de 2016 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_esp.pdf].

Caso I.V. v. Bolívia, Sentença de 30 de novembro de 2016 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf].

Caso Lagos del Campo v. Perú, Sentença de 31 de agosto de 2017 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf].

Caso Poblete Vilches e outros v. Chile, Sentença de 8 de março de 2018 (mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf].

Caso Cuscul Pivaral e outros v. Guatemala, Sentença de 23 de agosto de 2018 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf].

Caso Hernández v. Argentina, Sentença de 22 de novembro de 2019 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas), disponível em [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_395_esp.pdf].

Declaração nº 1/20. Covid-19 e direitos humanos: os problemas e desafios devem ser abordados a partir de uma perspectiva de direitos humanos e com respeito às obrigações internacionais, 9 de abril de 2020, disponível em [https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/Declaracao_1_20_PORT.pdf].

Courtis, Christian. "Derechos económicos, sociales y culturales", em Christian Steiner e Marie-Christine Fuchs. *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*, 2.ª ed., Berlim, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2019, pp. 801 a 834.

de Carvalho Ramos, André. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*, São Paulo, Editora Saraiva, 2016.

de Carvalho Ramos, André. *Curso de direitos humanos*, São Paulo, Saraiva, 2018.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México e Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017, disponível em [https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/CESIDH-Justiciabilidad-Derechos-SIDH.pdf].

García Ramírez, Sergio. "El control judicial interno de convencionalidad", *Revista Ius*, vol. 5, n.º 28, 2011, pp. 123 a 159, disponível em [https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/68].

Gómez, Andrea Silvana. "Medio ambiente" (nota a fallo), Buenos Aires, Universidad Siglo 21, 2020, disponível em [https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/19339].

Manrique, Elsa. "El derecho al medio ambiente sano y seguro como derecho humano fundamental", *In Iure*, año 6, vol. 2, 2016, pp. 24 a 39, disponível em [https://revistaelectronica.unlar.edu.ar/index.php/iniure/article/view/310].

Morales Antoniazzi, Mariela e Laura Clérico. *Interamericanización del derecho a la salud: perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.

Nogueira Alcalá, Humberto. "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano", *Estudios Constitucionales*, vol. 7, n.° 2, 2009, pp. 143 a 205, disponível em [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82011841007].

Piovesan, Flávia. *Temas de direitos humanos*, São Paulo, Saraiva, 2017.

von Bogdandy, Armin; Mariela Morales Antoniazzi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.). *Ius constitutionale commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro e Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, disponível em [https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36072.pdf].

CAPÍTULO

DECIMOQUINTO

Situación actual de algunos derechos sociales de los migrantes en Chile

María Ignacia Sandoval Gallardo[1]

INTRODUCCIÓN

En Chile la población migrante asciende a 1.462.103 personas, de las cuales 744.815 son hombres y 717.288 son mujeres, lo que representa un 7,6% de la población total residente en nuestro país[2]. Estos datos permiten sostener el aumento sostenido de la población migrante, que desde el 2018 ha aumentado un 12,4%. La importancia de estos datos radica en analizar la efectividad del ejercicio de los derechos sociales de los migrantes, en especial, debido a que estos derechos tienen una gran relevancia en el proceso de integración e inclusión de los migrantes en la sociedad chilena.

1 Abogada, Magíster en Derecho Constitucional, Universidad de Talca. Profesora de Derecho Constitucional, Derechos Fundamentales y Derecho Ambiental. Investigadora del Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Correo [masandoval@utalca.cl].

2 Servicio Nacional de Migraciones. "Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile al 31 de diciembre de 2020", disponible en [https://www.extranjeria.gob.cl/media/2020/06/estimación-población-extranjera-en-chile-2019-regiones-y-comunas-metodolog%C3%ADa.pdf]; Banco Mundial. "Población total – Chile", disponible en [https://datos.bancomundial.org/indicator/SP.POP.TOTL?locations=CL].

En materia de derechos sociales, si bien la Constitución no distingue entre chileno y extranjero en el ejercicio de derechos fundamentales, pero en la legislación migratoria y en su aplicación existen dificultades para ejercer ess derechos y la deficiente legislación migratoria[3]. Un interés especial tiene en el ejercicio de estos derechos en el contexto de la pandemia por COVID-19.

Hay que preguntarse entonces, ¿cuál es el actual grado de protección de los derechos a la salud, educación y vivienda de los migrantes? ¿El Estado chileno cumple con los estándares mínimos? Para poder contestar las interrogantes planteadas en este trabajo se analizará el actual proyecto de ley de migración y extranjería aprobado por el Congreso Nacional, el cual dentro de su articulado propone ciertos derechos sociales para la población migrante y esto se contrastará con los estándares internacionales de derechos humanos.

Este escrito consta de tres partes, en la primera abordaremos la protección y el goce efectivo de los derechos sociales de salud, educación y vivienda respecto de la población migrante en Chile. Una segunda parte tratará someramente el impacto que la pandemia ha tenido para el ejercicio de los derechos de los migrantes. Por último, haremos un contraste de los estándares que provienen del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

I. PROTECCIÓN Y GOCE DE LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS MIGRANTES

En lo que dice relación con los derechos sociales, antes de entrar analizar el grado de goce efectivo de los derechos sociales que tienen los migrantes, se hace necesario contextualizar y referirse al estado actual de protección y goce de estos derechos. En la actualidad, en la ley de extranjería no existe un reconocimiento expreso de derechos para las personas migrantes, por lo que en principio cabría señalar que los derechos sociales consagrados en la Carta Fundamental, artículo 19, numerales 9 (salud) y 10 (educación), y en el derecho internacional de

3 Jaime Bassa Mercado y Fernanda Torres Villarrubia. "Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios", *Estudios Constitucionales*, vol. 13, n.° 2, 2015, disponible en [http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/283], p. 108.

los derechos humanos serían plenamente exigibles por los migrantes en razón del artículo 5.°, inciso 2.° de la Constitución, por el bloque constitucional de derechos y los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile[4].

Lo anterior no es así debido a dos factores principales, la vulnerabilidad del migrante y la discriminación que sufre. Esto conlleva, por una parte, la existencia de barreras de acceso para ejercer estos derechos en razón de si se trata de un migrante en situación regular o irregular, y por otro lado, encontramos en el caso del migrante irregular un total desconocimiento de sus derechos sociales por su situación migratoria. En materia de acceso a los derechos de salud, educación y vivienda, estos se encuentran consagrados en normas administrativas, basadas en acuerdos intersectoriales entre diversos ministerios del gobierno, estos convenios tienen por finalidad establecer acciones de integración del migrante, pasando a llenar un vacío legal en materia de derechos sociales para la población migrante.

Las falencias de la regulación migratoria vigente[5], Decreto-Ley 1094 de 1975, llevaron al gobierno de Sebastián Piñera[6] a poner en movimiento la tramitación de un proyecto de ley ingresado en el 2013. Luego de ocho años de tramitación, se aprobó el texto de la Ley de Migración y Extranjería y fue promulgada por el presidente de la República el 11 de abril de 2021. El texto de dicha norma consagra en

4 Humberto Nogueira Alcalá. "El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia", *Estudios Constitucionales*, vol. 13, n.° 2, 2015, disponible en [http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/290], pp. 312 y 313.

5 La actual legislación migratoria (DL 1904 de 1975) no contempla, dentro de su articulado, una perspectiva de derechos humanos, es más, no establece derechos para los migrantes y el espíritu de la norma es la protección del orden y seguridad nacional; Isabel Aninat y Lucas Sierra. "Regulación inmigratoria: propuestas para una mejor reforma", en Isabel Aninat y Rodrigo Vergara (eds.). *Inmigración en Chile: una mirada multidimensional*, Santiago, Fondo de Cultura Económica y Centro de Estudios *Públicos*, 2019, disponible en [https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20191120/20191120150915/libro_inmigracion_regulacion.pdf], pp. 37 y 38.

6 Presidente de la República de Chile en dos periodos: de 11 de marzo de 2010 a 11 de marzo de 2014 y de 11 de marzo de 2018 a 11 de marzo de 2022.

su cuerpo disposiciones referentes a derechos sociales. Cabe precisar que esta norma no ha entrado en vigor[7].

Partiremos el análisis con el derecho a la salud, la actual Carta Fundamental señala que:

> "El Estado protege el libre e igualitario acceso a acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo" y que "cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado[8].

Desde el punto de vista legal, hay que remitirse a las normas generales. En este sentido, tenemos el Decreto con Fuerza de Ley n.° 1 de 2006 del Ministerio de Salud, que desarrolla el ejercicio constitucional a la protección y recuperación de la salud, aunque no hace ninguna referencia a los migrantes irregulares. Por otro lado, tenemos el Decreto-Ley 3500 de 1980, que hace referencia al acceso a la salud de los migrantes que tienen una situación migratoria regular, específicamente, aquellos que gozan de visa sujeta a contrato de trabajo. Existen ciertas resoluciones del Ministerio de Salud que especifican los derechos a ciertos grupos de migrantes como el Ordinario n.° 2251 de 2009 referidos a la atención en la red pública de inmigrantes con credencial Fonasa, con permiso de residencia en trámite.

Así mismo, el Ministerio de Salud a través de la Circular A 15 n.° 6 de 9 de junio de 2015, establece que la atención de salud se proveerá independientemente de si existe o no tramitación de algún permiso de residencia. Es decir, los establecimientos públicos de salud prestarán atención a los migrantes irregulares en los siguientes casos: mujeres embarazadas, durante este, el parto y posparto, hasta los 12 meses después de este y los menores de 18 años. Con posterioridad, en el 2016 se dictó una nueva circular por parte del Ministerio de Salud que establece instrucciones para la aplicación de la circunstancia n.° 4 del

7 La Ley 21325, Ley de Migración y Extranjería, tiene una vigencia diferida, entrará en vigor una vez publicado su reglamento, el que tiene hasta un año para ser dictado, por ello continúa plenamente vigente el DL 1094 de 1975.

8 Constitución Política de la República, *Diario Oficial de la República de Chile*, n.° 38.268 de 22 de septiembre 2005, disponible en [https://www.diariooficial.interior.gob.cl/media/2005/09/22/do-20050922.pdf], art. 19, num. 9, incs. 2.° y 5.°.

Decreto Supremo 110 de 2005 que dice: "4.° Tratarse de una persona inmigrante que carece de documentos o permisos de residencia, que suscribe un documento declarando su carencia de recursos".

La circular n.° A 15/04 de 13 de junio de 2016, señala como ámbito de aplicación a los migrantes que carezcan de algún permiso de residencia y que no hayan regularizado su situación migratoria, por lo tanto, quedan fuera de la aplicación de esta norma los migrantes en situación regular. Con respecto a los migrantes irregulares, en el caso de niños, niñas y adolescentes hijos de padres en situación irregular pueden acceder por sí mismos al sistema. Hay que precisar que en relación a las mujeres embarazadas hasta 12 meses después del parto y niños menores de seis años, no necesitan ampararse directamente en esta circunstancia ya que tienen acceso universal al sistema.

El artículo 15 de la Ley de Migración y Extranjería, señala:

> Los extranjeros residentes o en condición migratoria irregular, ya sea en su calidad de titulares o dependientes, tendrán acceso a la salud conforme a los requisitos que la autoridad de salud establezca, en igualdad de condiciones que los nacionales.
>
> Todos los extranjeros estarán afectos a las acciones de salud establecidas en conformidad al Código Sanitario, en resguardo de la salud pública, al igual que los nacionales[9].

Los comentarios que genera la norma son los siguientes: a) En primer lugar, la regulación de un derecho quedará en manos de una autoridad administrativa, la que podría incurrir en un alto nivel de discrecionalidad, llevando inclusive a establecer requisitos de acceso para la población migrante no regulada; b) Esta norma no contempla la vulnerabilidad del migrante al momento de ejercer este derecho, parte de la base que los nacionales y extranjeros se encuentran en una situación de igualdad, que desde la perspectiva material no sería así; c) Respecto de la población migrante en situación irregular podría eventualmente existir una discriminación estructural; d) Desde una perspectiva de derechos humanos, la norma no consagra el derecho de toda persona

9 Ley 21325 "Ley de Migración y Extranjería", 20 de abril 2021, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1158549].

al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental[10]. Para lograr esto, el Estado tiene como obligación proporcionar servicios de salud adecuados y necesarios, sin discriminación, la nacionalidad y situación jurídica en el país receptor no puede ser un factor para restringir o negar el derecho. En especial, no puede negarles el acceso a los servicios públicos de salud[11]; e) Tampoco se consagra un mecanismo judicial efectivo de reclamación ante la vulneración del derecho.

La norma en comento no impide la eventual discriminación por nacionalidad o situación migratoria en el ejercicio del derecho, ya que la autoridad administrativa encargada de regular estos requisitos goza de una discrecionalidad para realizar su labor.

En torno al derecho de educación, cabe precisar que la Ley General de Educación n.° 20370, en sus artículos 3.° y 4.° establece que la educación es un derecho de todas las personas y que tiene un carácter universal y permanente. No existe en esta normativa mención expresa de la inclusión de los migrantes, en este caso también el vacío legal ha sido suplido por las autoridades a través de resoluciones administrativas para consagrar el acceso a la educación.

En este sentido, tenemos, por una parte, el Oficio Circular n.° 6232 de 26 de mayo 2003, que precisa el sentido y alcance de la Circular n.° 1179 de 18 de enero de 2003, ambos emanados del Departamento de Extranjería y Migración. El objeto de aquella es permitir la incorporación de los hijos de extranjeros, inclusive aquellos en situación irregular, al establecimiento de educación general básica y media. A su vez, tenemos el Ordinario n.° 2/ 000894, de la Subsecretaría de Educación de 7 de noviembre de 2016, que regula el ingreso, permanencia y ejercicio de los derechos de los estudiantes migrantes. Esta normativa permite el ingreso a establecimientos educacionales a los migrantes que no tengan una cédula de identidad, a través del sistema de identificador provisorio escolar, este viene un suplir el sistema anterior de número provisorio sobre 100 millones, además garantiza la matrícula,

10 Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, *Diario Oficial de la República de Chile*, n.° 33.382 de 27 de mayo 1989, artículo 12.

11 Corina Leguizamón (coord.). *Derechos humanos de personas migrantes: manual regional*, Argentina, Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del mercosur y Organización Internacional para las Migraciones, 2017, disponible en [https://publications.iom.int/es/system/files/pdf/derechos_humanos_de_personas_migrantes-manual_regional.pdf], pp. 101 y 102.

establece lineamientos para el proceso de reconocimiento de estudios y la inclusión del migrante en el sentido de que para esto deberá el establecimiento educacional tomar en consideración las características culturales y de idioma, integración y participación activa y programa de evaluación, además, tiene los mismos derechos que los nacionales respecto de la alimentación, textos, pase y seguro escolar.

El Ordinario n.° 2/329 de la Subsecretaría de Educación de 25 de mayo de 2017, viene a complementar el Ordinario n.° 894, debido a que establece medidas que permiten la incorporación de personas migrantes adultas para certificación o conclusión de estudios, siéndoles aplicables el sistema de identificador provisorio escolar, indistintamente de su condición migratoria. También hay que mencionar la Política Nacional para Estudiantes Extranjeros 2018-2022 del Ministerio de Educación, que tiene como objetivo garantizar el derecho a educación e inclusión de estudiantes extranjeros en el sistema educacional, contribuyendo a fortalecer la calidad educativa, respetando los principios de igualdad y no discriminación enmarcados en los compromisos internacionales firmados y ratificados por el Estado de Chile[12].

El artículo 17 de la Ley señala:

> El Estado garantizará el acceso a la enseñanza preescolar, básica y media a los extranjeros menores de edad establecidos en Chile, en las mismas condiciones que los nacionales. A*sí* mismo, tal derecho no podrá denegarse ni limitarse a causa de su condición migratoria irregular o la de cualquiera de los padres, o la de quien tenga el cuidado del niño, niña o adolescente. El requisito de residencia establecido en el inciso segundo del artículo 16 no será exigido a los solicitantes de los beneficios de seguridad social financiados en su totalidad con recursos fiscales, que impliquen transferencias monetarias directas referidas a becas o bonos para estudiantes de educación básica y media.
>
> Los extranjeros podrán acceder a las instituciones de educación superior en igualdad de condiciones que los nacionales. Así mismo, podrán optar a la gratuidad universita-

12 Ministerio de Educación de Chile. "Política Nacional de Estudiantes Extranjeros 2018-2022", Santiago, mayo de 2018, disponible en [https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/11010.pdf], pp. 7 y 8.

> ria, conforme a lo dispuesto en la letra a) del artículo 103 de la ley n.° 21.091, sobre Educación Superior, y cumpliendo los demás requisitos legales.
>
> Los establecimientos educativos que reciban aportes estatales deberán tener a disposición de los interesados la información necesaria para ejercer los derechos establecidos en los incisos anteriores[13].

Los comentarios que genera esta disposición son: a) Consagra las normas administrativas en la materia, otorgando una exigibilidad que no queda al criterio del gobierno de turno; b) Constituye un avance, ya que consagra el acceso a la educación superior, en especial establece el acceso en materia de gratuidad; c) Consagra la no discriminación por condición migratoria e igualdad de condiciones con los nacionales; e) Una crítica al texto de la norma es que nada dice respecto de la educación intercultural[14].

En torno a la vivienda, se encuentra consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 11.1, en términos de establecer el derecho a una vivienda adecuada[15]. Existe una clara relación entre este derecho y la vida digna[16]. Entendiendo por derecho a la vida digna, relacionada con el derecho a la vida, como obligaciones positivas para el Estado que consisten en otorgar o generar las condiciones materiales necesarias que permitan el desarrollo de una vida digna[17]. Desde otra perspectiva, se entiende

13 Ibíd., art. 17.

14 Loreto Jara Males y Eevamaija Vuollo. "Por el derecho a la educación de la comunidad migrante en Chile: propuestas integrales desde la sociedad civil y diversos actores educativos", *Estudios Pedagógicos*, vol. 45, n.° 3, 2019, disponible en [http://revistas.uach.cl/index.php/estped/article/view/6387], pp. 346 a 348.

15 Ratificado y vigente en Chile por el Decreto 326 del Ministerio Relaciones Exteriores.

16 Se relaciona con la Convención de los Derechos del niño, artículo 27, ratificado y vigente en Chile por el Decreto 830 del Ministerio Relaciones Exteriores. Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, artículo 25.1.

17 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala (fondo), Sentencia de 19 de noviembre de 1999, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/

que este derecho se vulnera no solo cuando el Estado no se abstiene de quitar la vida arbitrariamente, sino que a su vez, cuando no ha tomado las medidas necesarias para otorgar prestaciones que proporcionen de manera real los medios necesarios básicos para que las personas puedan desarrollarse de forma completa[18]. Desde su relación con los derechos sociales conlleva la obligación de otorgar condiciones mínimas de existencia conforme a la dignidad humana, sino que aplica el desarrollo progresivo de los derechos sociales, vinculando la vida digna con la salud, vivienda, alimentación, entre otros derechos humanos[19].

Este derecho no es posible interpretarlo en sentido estricto, es decir de solo tener cobijo, sino que implica el derecho a vivir en paz, seguridad y dignidad, es un derecho de todas las personas que para concretarse requiere de: a) Seguridad jurídica de la tenencia, es decir, el Estado debe adoptar medidas que ofrezcan seguridad legal a la tenencia; b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura, en atención a las condiciones mínimas que debe tener una vivienda adecuada en torna a la salud, comodidad, seguridad y nutrición; c) Gastos soportables, el Estado debe proporcionar subsidios habitacionales y proteger contra los aumentos desproporcionados en los alquileres; d) Habitabilidad, una vivienda adecuada debe proporcionar espacio suficientes a sus ocupantes como protegerles de las inclemencias de la naturaleza; e) Asequibilidad, el Estado debe tomar en consideración las desventajas de las personas para acceder a este derecho, y en este caso deberá tomar las medidas necesarias para garantizar el acceso; f) Lugar, debe estar ubicada en un sitio que per-

casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf], párr. 144; A su vez, íd. Caso "Instituto de Reeducación del menor" *vs*. Paraguay (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 2 de septiembre de 2004, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf], párr. 152.

18 Mary Beloff y Laura Clérico. "Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana", *Estudios Constitucionales*, vol. 14, n.° 1, 2016, disponible en [http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/304], p. 144.

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Yakye Axa *vs*. Paraguay (fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 17 de junio de 2005, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf], párrs. 161, 162 y 163.

mite el acceso a otros servicios sociales; y g) Adecuación cultural, en razón de la protección de la identidad cultural y la diversidad[20].

En la reglamentación del derecho a la vivienda para la población migrante, hay que distinguir previo al 2015 y con posterioridad a él. Previo porque para poder acceder a beneficios de los programas del Ministerio de Vivienda y Urbanismo se exigía un mínimo de antigüedad de cinco años de la permanencia definitiva para postular al subsidio habitacional, es decir, solo podían acceder a este beneficio los migrantes en situación regular, pero solo aquellos que gozaran de la permanencia definitiva[21]. Este derecho no lo tienen los migrantes con otros tipos de residencia ni menos los migrantes irregulares. En el 2015 se eliminó el requisito de cinco años con permanencia definitiva. No es visto como un derecho, sino como un beneficio. En el caso del subsidio de arriendo, la sola exigencia en contar con cédula nacional para extranjero, eliminándose la exigencia de la permanencia definitiva.

El artículo 18 de la Ley de Migración y Extranjería aprobada, consagra el derecho de acceso a la vivienda propia en el siguiente tenor: "Los extranjeros titulares de residencia definitiva gozarán de los mismos derechos en materia de vivienda propia que los nacionales, cumpliendo los demás requisitos legales"[22].

Esta norma fue objeto del requerimiento de inconstitucionalidad recaído en la Ley de Migración y Extranjería, conocido por el Tribunal Constitucional, que entendió que la norma no comprende una concepción restringida del derecho a la vivienda y que tampoco conlleva una limitación del contenido de este[23], rechazando la inconstitucionalidad de la palabra propia del artículo 18.

20 Organización de las Naciones Unidas. "Observación General n.° 4, el derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)", 1.° de enero 1991, disponible en [https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN4].

21 Decreto Supremo n.° 1 "Aprueba reglamento del Sistema Integrado de Subsidio Habitacional y deroga el D.S. n.° 40 de 2004, y el capítulo segundo del D.S. n.° 174 de 2005", 6 junio 2011, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1026260&idVersion=2020-12-18&idParte=].

22 Ley 21325 de 2021, "Ley de Migración y Extranjería", cit., art. 18.

23 Tribunal Constitucional de Chile. Rol 9930-20 "Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de honorables diputadas y diputados de la República respecto de diversas disposiciones contenidas en el proyecto de ley de migración y extranjería, Boletín n° 8.970-06", Sentencia de 29 de enero 2021, disponible en [https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2021/01/STC_9930_20_CPT.pdf].

Los comentarios que genera esta disposición son: a) Establece el derecho de acceso a una vivienda propia, no siendo concordante con el contenido internacional de los derechos humanos en torno a la que debe ser considerado por una vivienda digna; b) Restringe este derecho solo a personas que tenga la permanencia definitiva, es decir, solo sería un derecho para la población migrante regular y que haya cumplido con el plazo estipulado de residencia; c) Solo habría igualdad de condiciones para los migrantes regulares y nacionales dejando excluida la población migrante irregular y aquellos que gozan de otros permisos de residencia, no considerando la vulnerabilidad del migrante en el ejercicio de sus derechos; d) Tampoco se pronuncia respecto de otros beneficios como subsidios habitacionales de arriendo.

II. IMPACTO DE LA PANDEMIA POR COVID-19 EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SOCIALES POR LA POBLACIÓN MIGRANTE

El gobierno, en el contexto de pandemia, implementó una serie de medidas de restricción de movilidad como consecuencia del estado de excepción constitucional de catástrofe. El COVID-19 tuvo un impacto en la población migrante donde se vienron afectados sus derechos de vivienda, salud, educación y trabajo, entre otros. Algunos de estos efectos son[24]:

a) *Despido y suspensión temporal del contrato de trabajo*. La situación económica por la pandemia ha afectado a este grupo que se desempeña en puestos de trabajos informales o precarizados, ya sea debido a su situación migratoria (visa en trámite, demora en la tramitación de visas y permanencia definitiva o por no contar con algún permiso de residencia que lo habilite a trabajar) o por la necesidad de obtener ingresos, realizan trabajos para los que están sobre calificados, como son por ejemplo los servicios de reparto o *delivery*.

24 Centro Nacional de Estudios Migratorios de la Universidad de Talca. *Situación inmigrante durante la pandemia Covid-19*, Chile, Universidad de Talca, Instituto Católico Chileno de Migración y Fundación para el Desarrollo Social, agosto de 2020, disponible en [http://www.cenem.utalca.cl/docs/pdf/PPT_Situacion_inmigrante_duranta_la_pandemia_covid19.pdf].

Un estudio indicó que el 30,4% de los consultados fue despedido, a un 21,4% se les aplicó "la ley de protección del trabajo" y 22% sigue sin empleo.

b) *Condiciones de hacinamiento por falta de vivienda*[25]. Esto se ve puede apreciar en campamentos, cités o en viviendas donde viven más de cuatro personas en dos habitaciones. Así mismo, el 82,8% vive en viviendas arrendadas, de las cuales un 39% corresponde a una sin un contrato de arriendo[26]. El acceso a servicios básicos como agua, se dificulta e implica que no puedan en caso de contagio de COVID-19 realizar una cuarentena. En el caso de la población migrante que vive en asentamientos informales, que asciende a un 27,5%, declaran que la razón principal es debido al alto costo de los arriendos y al ser consultado por el acceso a servicios básicos tienen acceso informal a electricidad, agua y alcantarillado, del total de hogares migrantes, el 71,6% se encuentra en situación deficitaria de uno o más servicios básicos[27].

c) *En materia de salud*, el 65,1% de los migrantes está afiliado a FONASA, el 14,7% a ISAPRE y un 15,8% no se encuentra afiliado a ningún sistema. Esto constituye la primera brecha de acceso, ya que para acceder hay que contar con visa en trámite o un número provisorio. Un segundo obstáculo dice la relación con las barreras de atención, ya sea por aspectos culturales, de idioma, o incluso por falta de información sobre sus derechos como pacientes. Un 7,4% de personas migrantes ha

25 Pablo Roessler, Juan Pablo Ramaciotti, Sergio Bravo, Milena Faiguenbaum, Iván Ojeda, Martín Venegas, Andreas Lafferte, Vanessa Leyton, Belén Muñoz, Fernando Campos y Nicolás Rojas Pedemonte. *Acceso a la vivienda y condiciones de habitabilidad de la población migrante en Chile. Informe n.° 3*, Santiago, Servicio Jesuita a Migrantes, Fundación TECHO-Chile, Centro de Ética y Reflexión Social Fernando Vives SJ y Departamento de Sociología de la Universidad de Chile, febrero de 2020, disponible en [https://www.migracionenchile.cl/wp-content/uploads/2020/06/Informe-3-Vivienda-2020.pdf], pp. 6 y 7. Este informe indica que un 19% sufre hacinamiento medio a bajo que implica de 2,5 personas a 3,49 personas por habitación.

26 Ministerio de Desarrollo Social de Chile. *Casen 2017. Inmigrantes: síntesis de resultados*, Santiago, Ministerio de Desarrollo Social, 2017, disponible en [http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/casen/2017/Resultados_Inmigrantes_casen_2017.pdf].

27 Roessler, Ramaciotti, Bravo, Faiguenbaum, Ojeda, Venegas, Lafferte, Leyton, Muñoz, Campos y Rojas. *Acceso a la vivienda y condiciones de habitabilidad de la población migrante en Chile. Informe n.° 3*, cit., pp. 15 a 17.

indicado haber tenido dificultades para acceder a atención médica[28]. Cabe señalar que respecto del acceso a la vacuna contra el COVID-19, el gobierno anunció que se excluirían del proceso de vacunación a los extranjeros que se encontraran en transito en el país, como aquellos migrantes en situación irregular que no hayan iniciado un proceso de solicitud de visa[29].

III. ESTÁNDARES MÍNIMOS INTERAMERICANOS RESPECTO DE LOS MIGRANTES Y DE DERECHOS SOCIALES

Ahora corresponde referirse a los estándares interamericanos y contrastarlos con la normativa chilena, para poder determinar si Chile cumple o no estándares mínimos.

El principal desarrollo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales la Corte Interamericana de Derechos Humanos -Corte IDH- los ha realizado en base el artículo 26 de la Convención Americana, en base al principio de desarrollo progresivo. Respecto de esta norma la Corte IDH ha entendido, en primer lugar, que estos derechos tienen una dimensión individual y colectiva[30]. A su vez, si bien la progresividad está asociada a una cierta flexibilidad en lograr la efectividad de estos derechos, esto no puede significar una inacción o justificar la no efectividad basado en meras razones pecuniarias. Así, la Corte IDH ha indicado:

28 Centro Nacional de Estudios Migratorios de la Universidad de Talca. *Situación inmigrante durante la pandemia Covid-19*, cit.

29 Pablo Cádiz. "Chile vacuna contra la COVID-19 a casi 1,3 millones de personas en una semana", *El País*, 11 de febrero de 2021, disponible en [https://elpais.com/sociedad/2021-02-11/chile-vacuna-contra-la-covid-19-a-casi-13-millones-de-personas-en-una-semana.html].

30 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso "Cinco Pensionistas" *vs*. Perú (fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 28 de febrero de 2003, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf], párr. 147; Caso Poblete Vilches y otros *vs*. Chile (fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 8 marzo de 2018, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf], párr. 100.

> El Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos[31].

La Corte IDH en su jurisprudencia ha aplicado una serie de principios, tal como la no regresividad, entendido como la prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho; la interdependencia e indivisibilidad que conlleva entender los derechos humanos como una integralidad, sin jerarquía entre sí y exigibles[32]. A su vez, en base a los principios de dignidad, igualdad y no discriminación a la población migrante y que además son criterios que la Corte IDH ha utilizado en otros casos donde se han visto afectados los derechos de la población migrante[33].

A. Derecho a la salud

Con respecto a los pronunciamientos que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto, podemos indicar que en lo

31 Corte Interamericanma de Derechos Humanos. Caso Acevedo Buendía y otros ("cesantes y jubilados de la Contraloría") *vs.* Perú (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 1.° de julio de 2009, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf], párr. 102.

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.° 22: derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*, Corte IDH, 2021, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo22.pdf], pp. 5 a 14.

33 Alfonso Jaime Martínez Lazcano. "Parámetros de protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a la movilidad humana", *Revista IUS*, vol. 15, n.° 47, 2021, disponible en [https://revistaius.com/index.php/ius/article/view/712], p. 44.

referente al derecho a la salud ha utilizado como argumento la técnica de conexidad e interdependencia e indivisibilidad de los derechos al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que ha permitido la ampliación de derechos civiles y políticos otorgándoles una extensión de contenido económico y social[34]. Lo anterior en base al principio de interpretación *pro homine*, interpretación evolutiva y sistemática que le han dado un sentido y alcance al artículo 26 de la Convención Americana, estableciendo la no regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales, además dicha norma conlleva la obligación de respeto y garantía de esos derechos[35].

La salud ha sido relacionada con el derecho a una vida digna, donde la Corte ha ampliado el concepto de derecho a la vida, incorporando el acceso a condiciones dignas de existencia, siendo una de ellas la salud[36]. Es así que se genera una obligación del Estado de crear las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad humana y no generar condiciones que la dificulten o impidan[37]. Otro caso con el que se ha relacionado la garantía del derecho a la salud ha sido el acceso a la justicia, estableciendo la obligación de inspección, vigilancia y control en las prestaciones de servicio de salud, dicha obligación no cesa cuando los servicios de salud sean otorgados por particulares[38]. Otro derecho con el que se conecta el acceso a la salud es la integridad personal, en este sentido la Corte ha señalado la obligación de tomar medidas especiales de protección respecto de personas en situación de vulnerabilidad, estableciendo que en tratamientos de salud mental

34 Magda Yadira Robles Garza. "El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014)", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.° 35, 2016, disponible en [https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/10496], p. 202.

35 Oscar Parra Vera. "La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en Laura Clérico, Liliana Mabel Ronconi y Martín Aldao (coords.). *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, disponible en [https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r32459.pdf], pp. 767 a 769.

36 Ibíd., pp. 775 a 777.

37 Corte Interamericanma de Derechos Humanos. Caso Comunidad Yakye Axa *vs*. Paraguay (fondo, reparaciones y costas), cit., párrs. 162 y 163.

38 Corte Interamericanma de Derechos Humanos. Caso Ximenes Lopes *vs*. Brasil, Sentencia de 4 de julio de 2006, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf], párrs. 99 y 141.

debe tenerse siempre en consideración el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad humana, orientados en los principios de intimidad y autonomía de las personas, respecto de las personas privadas de libertad cabe señalar que se les debe proporcionar revisión médica regular y atención y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera[39].

De la jurisprudencia de la Corte en materia de salud, podemos distinguir que emana estándares en tres aspectos: "a) el deber de los Estados de establecer un marco normativo adecuado, y que asegure un mínimo de garantías; b) la necesidad de dotar a los servicios de un estándar de disponibilidad y calidad, conformes con la tutela de la salud de los sujetos; y c) la obligación de efectuar una inspección, vigilancia y control en la prestación de servicios de salud, sean públicos como privados"[40].

En este sentido las prestaciones mínimas de salud deben contener: a) En lo que concierne a los servicios: debe tratarse de prestaciones de salud de calidad, cuya accesibilidad sea universal; b) Los servicios de salud deben ser prestados por profesionales capacitados y cualificados; c) En relación a las instituciones de salud, estas deben tener una infraestructura apta y condiciones higiénico-sanitarias adecuadas; d) Existencia de mecanismos de fiscalización e inspección a los prestadores de salud, sean públicos o privados; e) Establecimiento de procedimientos para investigar cualquier irregularidad o vulneración al derecho, resolver quejas, e imponer sanciones disciplinarias, como así mismo la existencia de procedimientos jurisdiccionales, y a su vez la tipificación penal de mala praxis médica[41].

La Corte ha utilizado diferentes interpretaciones del derecho a la salud desde la perspectiva internacional, entre ellas la Observación General n.° 14 del Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, cuando señala que el derecho a la salud:

> Comprende un sistema de protección de la salud que brinde a todos iguales oportunidades para disfrutar del más alto nivel posible de salud; el derecho a la prevención y el trata-

39 Ibíd., párrs. 99 y 141.

40 María Paula Garat. "El tratamiento del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista de Derecho*, n.° 11, 2015, disponible en [https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/724], p. 71.

41 Ibíd., p. 72.

> miento de las enfermedades y la lucha contra ellas; el acceso a medicamentos esenciales; la salud materna, infantil y reproductiva; el acceso igual y oportuno a los servicios básicos de salud; el acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud; la participación de la población en el proceso de adopción de decisiones en cuestiones relacionadas con la salud a nivel comunitario y nacional[42].

A su vez, nos parece pertinente indicar el artículo 35 de los Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas, que consagra el derecho a la salud para todo migrante no pudiendo denegar la atención médica por razón de su situación migratoria, ni se le pueden negar los servicios de salud por falta de documentos de identidad. Además, este derecho conlleva la facultad de obtener atención médica en las mismas condiciones que los nacionales, incluyendo servicios de salud sexual, reproductiva y mental. Consagra un deber de atención diferida para determinados grupos como las mujeres, los niños, las niñas y los adolescentes[43].

Aparece de manifiesto que para el establecimiento de estos estándares no solo utiliza normas jurídicas internacionales vinculantes, sino que, en el desarrollo interpretativo, toma en consideración las interpretaciones realizadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además de estimar las necesidades especiales de grupos en situación de vulnerabilidad. Esto refleja la importancia del *corpus iuris* interamericano y la relevancia de una interpretación evolutiva y pro-persona[44].

42 Robles Garza. "El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014)", cit., p. 216.

43 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución 4/2019 Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas, aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019, disponible en [https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Principios%20DDHH%20migrantes%20-%20ES.pdf], p. 14.

44 María Ignacia Sandoval Gallardo. "Derecho a la salud de los migrantes en situación irregular en Chile", 2018, disponible en [https://www.unifor.br/documents/392178/3142554/Anais+2018+GT+2+-+Maria+Ignacia+Sandoval.pdf/a3dodbd6-2967-0204-47a2-9bafb87f7529], p. 9.

B. Derecho a la educación

En cuanto al derecho a la educación la Corte IDH ha sostenido que el deber del Estado consiste en "garantizar la accesibilidad a educación básica gratuita y la sostenibilidad de esta"[45]. Ha señalado también que tiene que adoptar medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable desde una perspectiva étnica diferenciada o inclusiva basada en criterios de no discriminación, considerando en especial las condiciones de vulnerabilidad[46].

La Corte a su vez ha utilizado la Observación General n.º 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que ha señalado que el derecho a la educación comprende 4 características esenciales, a saber:

a) *Disponibilidad*. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc; b) *Accesibilidad*. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado parte[47];

45 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek *vs*. Paraguay (fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 24 de agosto de 2010, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_214_esp.pdf], párr. 211.

46 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gonzales Lluy y otros *vs*. Ecuador (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 1.° de septiembre de 2015, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf], párr. 240.

47 Esto implica: i) No discriminación. La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos m[á]s vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos [...]; ii) Accesibilidad material. La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia); iii) Accesibilidad económica. La educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada por las diferencias de redacción del párrafo 2

c) *Aceptabilidad*. La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres; d) *Adaptabilidad*. La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados[48].

La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares garantiza de manera específica el derecho a la educación en su artículo 30, que se aplica en especial a los niños, niñas y adolescentes migrantes que ingresan junto a sus familias. Lo que considerando la especial circunstancia de vulnerabilidad de este grupo, es que la legislación y políticas educativas estatales deben propender a permitir el goce de este derecho humano indistintamente de la condición migratoria de los niños, niñas y adolescentes o de sus padres.

A su vez el artículo 37 de los Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas, indica que "no se denegará ni limitará el acceso a establecimientos de educación pública a causa de la situación migratoria o el empleo de cualquiera de los progenitores, o a la falta de documentos de identidad, o de escolaridad". Esta norma establece el deber de fomentar la disponibilidad y accesibilidad a todas las personas, incluidos los migrantes y sus hijos, en igualdad de condiciones con los nacionales. Hay consagrado un deber especial que se relaciona con la normalización y flexibilización de los requisitos para el acceso de los migrantes a la educación, a fin de garantizarles el acceso y la finalización de los estudios en todos los niveles educativos.

del artículo 13 respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior: mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados Partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador, cit., párr. 235.

48 Organización de las Naciones Unidas. "Observación General n.° 13, el derecho a la educación (artículo 13)", 8 de diciembre de 1999, disponible en [https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN13], párr. 1; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador, cit., párr. 235.

C. Derecho a la vivienda adecuada

La Corte IDH, se ha pronunciado respecto del derecho a la vivienda adecuada en su relación con el derecho de propiedad, así lo comprendió en dos casos en que personas perdieron sus viviendas debido a la destrucción de las mismas por obra de agentes del Estado, significando aquello una grave privación del uso y goce de bienes, en definitiva, del derecho a propiedad de los artículos 21.1 y 21.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos[49].

Ahora bien, podríamos sostener que en base al artículo 26 del Pacto de San José, al igual que ha sucedido con el derecho a la salud o a la educación, tiene el carácter de derecho autónomo con un sentido y alcance propio, lo que no conlleva desconocer su interrelación con otros derechos.

Lo anterior se puede apreciar en el Caso Yarce y otras *vs*. Colombia, donde si bien no es invocado como vulnerado el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, si fue parte de los hechos acreditados y alegados por la Comisión Interamericana y las partes la pérdida de la vivienda (afectación del derecho de propiedad, protección de la integridad personal, de la honra y dignidad). En este caso, forma parte de la sentencia una situación desplazamiento interno y consideró como vulnerado el derecho a la propiedad, pero hay un avance en reconocer un contenido diferenciado y un incipiente reconocimiento del derecho vivienda adecuada, ya que en las reparaciones se hace una distinción entre los bienes materiales y la reparación de la vivienda[50].

49 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Masacres de Ituango *vs*. Colombia, Sentencia de 1.° de julio de 2006, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf], párrs. 182 y 183; íd. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños *vs*. El Salvador (fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 25 de octubre de 2012, disponible en [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf], párr. 202.

50 Eduardo Ferrer Mac-Gregor. "La justiciabilidad del derecho a la vivienda adecuada en el sistema interamericano de derechos humanos: (a propósito de un caso de desplazamiento forzado intraurbano de defensoras de derechos humanos", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rogelio Flores Pantoja (coords.). *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*,

258. Al respecto, las señoras Rúa y Ospina cuando denunciaron su desplazamiento se refirieron por primera vez al abandono que hicieron de sus viviendas, y que las mismas fueron destruidas y saqueadas paulatinamente por terceros. En este sentido, como lo ha afirmado esta Corte en otros casos, el deber de protección del Estado debe evaluarse a través de la obligación de debida diligencia en la que se encontraba para tomar medidas razonables, para prevenir dichas violaciones. En el presente caso, el Estado no tenía conocimiento previo de lo ocurrido a las señoras Rúa y Ospina, es decir, sobre su desplazamiento y abandono de sus viviendas y enseres que se encontraban en su interior, por lo que sería desproporcionado exigir al Estado el deber de prevenir la protección del derecho de la propiedad privada en la situación planteada.

259. Ahora bien, está probado que, en el presente caso, luego del abandono de las casas de habitación por las señoras Rúa y Ospina y sus familiares, las mismas progresivamente fueron desmanteladas hasta quedar en ruinas, y saqueadas por parte de terceros. Después del conocimiento de los hechos ocurridos a las señoras Rúa y Ospina a través de las denuncias que interpusieron el 8 de junio de 2002 y 18 de julio de 2003, respectivamente, el Estado no adoptó medidas necesarias para proteger, de ser el caso, los bienes de las presuntas víctimas ni les facilitó mecanismos para la obtención de una vivienda adecuada. Tampoco adoptó las medidas necesarias para garantizar a las presuntas víctimas un regreso seguro a la Comuna 13, en vulneración del deber de garantía del derecho de circulación y de residencia. Todo ello generó una grave privación del uso y goce de los bienes de las presuntas víctimas[51].

México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, disponible en [https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4633/16.pdf], pp. 370 a 376.

51 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yarce y otras *vs.* Colombia (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 22 de noviembre de 2016, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_325_esp.pdf].

En su razonamiento, la Corte IDH indica que la vulneración derecha de propiedad se relaciona con otros derechos humanos y no solo al menoscabo económico, agregando que las víctimas sufrieron la privación de sus viviendas, reconociendo la interdependencia entre derechos y cómo estos deben ser interpretados en su contenido, de acuerdo con esta relación. Destacando el deber especial de protección del Estado respecto de la privación de la vivienda cuando hay mujeres y niños involucrados[52].

Adicional a ello, es pertinente mencionar los Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas, en especial lo que dice su artículo 38:

> Todo migrante tiene derecho a una vivienda adecuada, que comprenda: (i) disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura, incluido el acceso permanente a recursos naturales y comunes, agua potable, energía para cocinar, calefacción y alumbrado, servicios sanitarios y de aseo, almacenamiento de alimentos, eliminación de desechos, drenaje y servicios de emergencia; y (ii) habitabilidad, en el sentido de poder ofrecer un espacio conveniente a sus ocupantes y protegerlos de frío, humedad, calor, lluvia, viento u otros riesgos para la salud, así como riesgos estructurales y vectores de enfermedades. También se debe garantizar la accesibilidad, asequibilidad, protección física y adecuación cultural de sus ocupantes[53].

De lo dicho, el contenido del derecho a la vivienda adecuada es según lo ha comprendido el Comité DESC en su Observación General n.º 4 de 1991, entendiendo que se aplica a todos y que no debe ser interpretada de forma restrictiva. A saber:

> Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por

52 Ibíd., párrs. 60 y 61.

53 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución 4/2019 Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas, cit., art. 38.

> lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, "la dignidad inherente a la persona humana", de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término "vivienda" se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada[54].

Al revisar los estándares podemos indicar que estos derechos sociales están íntimamente relacionados con la vida digna del migrante y que la soberanía estatal debe ser ejercida con pleno respeto a los derechos humanos, incluso los derechos sociales, que si bien es cierto conlleva una progresividad, para lograr la efectividad de los mismos, lo anterior no significa que se pueda restringir o denegar el ejercicio de estos derechos en base a normativa interna, ya que por ser derechos humanos gozan de primacía y debe garantizarse su goce efectivo y exigibilidad, sin discriminación en base a su condición migratoria irregular o regular.

CONCLUSIONES

Si bien existe un avance en materia de reconocimiento de derechos sociales, en especial por la consagración de estos en la Ley de Migración y Extranjería, el grado de protección y goce efectivo es restrictivo. Otro avance, es el reconocimiento de la igualdad y no discriminación, lo anterior permite que la permanencia de estos derechos no esté sujeta al arbitrio de las autoridades administrativas de turno.

Las deficiencias de este avance están dadas, en primer lugar, porque la vulnerabilidad de migrante no es considerada al momento de ejercer estos derechos, lo que podría afectar el goce efectivo de estos

54 Organización de las Naciones Unidas. "Observación General n.° 4, el derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)", cit., párrs. 6 y 7.

derechos, en especial la igualdad material. Otro punto relevante es que el migrante en situación irregular ve condicionado su ejercicio a estos derechos sociales, debido a su condición migratoria. Por último, el Estado chileno tiene un deber reforzado de protección de las personas en situación de vulnerabilidad y esta obligación debe ser cumplida con medidas positivas que garanticen los derechos a todas las personas sin distinción.

Al final llama la atención la carencia de políticas públicas inclusivas y protectoras de derechos, independientes de la situación migratoria de la persona, en que la dignidad no quede supeditada a la legalidad.

Todo lo anterior, nos lleva a sostener que los estándares interamericanos no son cumplidos por el Estado chileno desde una perspectiva constitucional ni legal, ya que estos estándares comprenden el reconocimiento del carácter autónomo de estos derechos con un contenido determinado esencial y además de ser justiciables. Por ello, el contenido constitucional y legal no cumple con el contenido mínimo, en especial, el goce efectivo no es garantizado para todos sin discriminación y, por otra parte, no se consagra una acción judicial efectiva para recurrir ante un juez ante la vulneración de dicho derecho, por lo que su exigibilidad no se encuentra garantizada.

BIBLIOGRAFÍA

Aninat, Isabel y Lucas Sierra. "Regulación inmigratoria: propuestas para una mejor reforma", en Isabel Aninat y Rodrigo Vergara (eds.). *Inmigración en Chile: una mirada multidimensional*, Santiago, Fondo de Cultura Económica y Centro de Estudios Públicos, 2019, pp. 31 a 63, disponible en [https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20191120/20191120150915/libro_inmigracion_regulacion.pdf].

Banco Mundial. "Población total – Chile", disponible en [https://datos.bancomundial.org/indicator/SP.POP.TOTL?locations=CL].

Bassa Mercado, Jaime y Fernanda Torres Villarrubia. "Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios", *Estudios Constitucionales*, vol. 13, n.° 2, 2015, pp. 103 a 124, disponible en [http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/283].

Beloff, Mary y Laura Clérico. "Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana", *Estudios Constitucionales*, vol. 14, n.° 1, 2016, pp. 139 a 177, disponible en [http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/304].

Cádiz, Pablo. "Chile vacuna contra la covid-19 a casi 1,3 millones de personas en una semana", *El País*, 11 de febrero de 2021, disponible en [https://elpais.com/sociedad/2021-02-11/chile-vacuna-contra-la-covid-19-a-casi-13-millones-de-personas-en-una-semana.html].

Centro Nacional de Estudios Migratorios de la Universidad de Talca. *Situación inmigrante durante la pandemia Covid-19*, Chile, Universidad de Talca, Instituto Católico Chileno de Migración y Fundación para el Desarrollo Social, agosto de 2020, disponible en [http://www.cenem.utalca.cl/docs/pdf/ppt_Situacion_inmigrante_duranta_la_pandemia_covid19.pdf].

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución 4/2019 Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas, aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019, disponible en [https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Principios%20DDHH%20migrantes%20-%20ES.pdf].

Constitución Política de la República, *Diario Oficial de la República de Chile*, n.° 38.268 de 22 de septiembre 2005, disponible en [https://www.diariooficial.interior.gob.cl/media/2005/09/22/do-20050922.pdf].

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala (fondo), Sentencia de 19 de noviembre de 1999, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf].

Caso "Cinco Pensionistas" *vs.* Perú (fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 28 de febrero de 2003, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf].

Caso "Instituto de Reeducación del menor" *vs.* Paraguay (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 2 de septiembre de 2004, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf].

Caso Comunidad Yakye Axa *vs.* Paraguay (fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 17 de junio de 2005, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf].

Caso de las Masacres de Ituango *vs.* Colombia, Sentencia de 1.° de julio de 2006, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf].

Caso Ximenes Lopes *vs.* Brasil, Sentencia de 4 de julio de 2006, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf].

Caso Acevedo Buendía y otros ("cesantes y jubilados de la Contraloría") *vs.* Perú (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 1.° de julio de 2009, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf].

Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek *vs.* Paraguay (fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 24 de agosto de 2010, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_214_esp.pdf].

Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños *vs.* El Salvador (fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 25 de octubre de 2012, disponible en [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf].

Caso Gonzales Lluy y otros *vs.* Ecuador (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 1.° de septiembre de 2015, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf].

Caso Yarce y otras *vs*. Colombia (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 22 de noviembre de 2016, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_325_esp.pdf].

Caso Poblete Vilches y otros *vs*. Chile (fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 8 marzo de 2018, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf].

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.° 22: derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*, Corte idh, 2021, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo22.pdf].

Decreto Supremo n.° 1 "Aprueba reglamento del Sistema Integrado de Subsidio Habitacional y deroga el D.S. n.º 40 de 2004, y el capítulo segundo del D.S. n.º 174 de 2005", 6 junio 2011, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1026260&idVersion=2020-12-18&idParte=].

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. "La justiciabilidad del derecho a la vivienda adecuada en el sistema interamericano de derechos humanos: (a propósito de un caso de desplazamiento forzado intraurbano de defensoras de derechos humanos", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rogelio Flores Pantoja (coords.). *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del xi Encuentro Iberoamericano y viii Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, pp. 315 a 378, disponible en [https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4633/16.pdf].

Garat, María Paula. "El tratamiento del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista de Derecho*, n.° 11, 2015, pp. 59 a 79, disponible en [https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/724].

Jara Males, Loreto y Eevamaija Vuollo. "Por el derecho a la educación de la comunidad migrante en Chile: propuestas integrales desde la sociedad civil y diversos actores educativos", *Estudios Pedagógicos*, vol. 45, n.° 3, 2019, pp. 333 a 351, disponible en [http://revistas.uach.cl/index.php/estped/article/view/6387].

Leguizamón, Corina (coord.). *Derechos humanos de personas migrantes: manual regional*, Argentina, Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del mercosur y Organización Internacional para las Migraciones, 2017, disponible en [https://publications.iom.int/es/system/files/pdf/derechos_humanos_de_personas_migrantes-manual_regional.pdf].

Ley 21325 "Ley de Migración y Extranjería", 20 de abril 2021, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1158549].

Martínez Lazcano, Alfonso Jaime. "Parámetros de protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a la movilidad humana", *Revista ius*, vol. 15, n.° 47, 2021, pp. 37 a 62, disponible en [https://revistaius.com/index.php/ius/article/view/712].

Ministerio de Desarrollo Social de Chile. *Casen 2017. Inmigrantes: síntesis de resultados*, Santiago, Ministerio de Desarrollo Social, 2017, disponible en [http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/casen/2017/Resultados_Inmigrantes_casen_2017.pdf].

Ministerio de Educación de Chile. "Política Nacional de Estudiantes Extranjeros 2018-2022", Santiago, mayo de 2018, disponible en [https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/11010.pdf].

Nogueira Alcalá, Humberto. "El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia", *Estudios Constitucionales*, vol. 13, n.° 2, 2015, pp. 301 a 350, disponible en [http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/290].

Organización de las Naciones Unidas. "Observación General n.° 4, el derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)", 1.° de enero 1991, disponible en [https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN4].

Organización de las Naciones Unidas. "Observación General n.° 13, el derecho a la educación (artículo 13)", 8 de diciembre de 1999, disponible en [https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN13].

Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, *Diario Oficial de la República de Chile*, n.° 33.382 de 27 de mayo 1989.

Parra Vera, Oscar. "La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en Laura Clérico, Liliana Mabel Ronconi y Martín Aldao (coords.). *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, pp. 761 a 800, disponible en [https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r32459.pdf].

Robles Garza, Magda Yadira. "El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014)", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.° 35, 2016, pp. 199 a 246, disponible en [https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/10496].

Roessler, Pablo; Juan Pablo Ramaciotti, Sergio Bravo, Milena Faiguenbaum, Iván Ojeda, Martín Venegas, Andreas Lafferte, Vanessa Leyton, Belén Muñoz, Fernando Campos y Nicolás Rojas Pedemonte. *Acceso a la vivienda y condiciones de habitabilidad de la población migrante en Chile. Informe n.° 3*, Santiago, Servicio Jesuita a Migrantes, Fundación techo-Chile, Centro de Ética y Reflexión Social Fernando Vives sj y Departamento de Sociología de la Universidad de Chile, febrero de 2020, disponible en [https://www.migracionenchile.cl/wp-content/uploads/2020/06/Informe-3-Vivienda-2020.pdf].

Sandoval Gallardo, María Ignacia. "Derecho a la salud de los migrantes en situación irregular en Chile", 2018, pp. 1 a 13, disponible en [https://www.unifor.br/documents/392178/3142554/Anais+2018+GT+2+-+Maria+Ignacia+Sandoval.pdf/a3dodbd6-2967-0204-47a2-9bafb87f7529].

Servicio Nacional de Migraciones. "Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile al 31 de diciembre de 2020", disponible en [https://www.extranjeria.gob.cl/media/2020/06/estimación-población-extranjera-en-chile-2019-regiones-y-comunas-metodolog%C3%ADa.pdf].

Tribunal Constitucional de Chile. Rol 9930-20 "Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de honorables diputadas y diputados de la República respecto de diversas disposiciones contenidas en el proyecto de ley de migración y extranjería, Boletín n° 8.970-06", Sentencia de 29 de enero 2021, disponible en [https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2021/01/STC_9930_20_CPT.pdf].

CAPÍTULO

DECIMOSEXTO

El principio precautorio y su aplicación como herramienta interpretativa para la protección del derecho a un medio ambiente sano en Chile

Edison Calahorrano Latorre[1]

INTRODUCCIÓN

El derecho contemporáneo se desenvuelve a través de los principios, como consecuencia directa de su proceso de internacionalización. La necesidad de protección y garantía de los derechos fundamentales han brindado un papel protagónico a esta fuente del derecho en el llamado

1 Candidato a Doctor en Derecho. Línea de investigación: Derecho médico, responsabilidad civil, responsabilidad médica, nuevo derecho de contratos, derecho del consumo, derechos fundamentales, análisis de políticas públicas. Tesis en depósito, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, sede Ecuador. Magíster en Políticas Públicas, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Especialista Superior en Derechos Humanos, Universidad de Valencia, España. Diplomado en Asistencia Electoral y Observación Electoral Internacional, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, sede Chile. Diplomado en Elecciones en América Latina, Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Abogado habilitado para el ejercicio de la profesión en Chile (por la Corte Suprema de Justicia) y Ecuador (por el Consejo de la Judicatura). Habilitado como Defensor Público Penal en Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas. Correo [edison.calahorrano@uss.cl] ORCID [https://orcid.org/0000-0003-0408-5737].

Estado constitucional, que había sido tradicionalmente relegada en el Estado legal de derecho, por cuanto el centro de atención estaba en la seguridad jurídica y proscripción de la arbitrariedad, mediante el principio de legalidad y concepción del juez como aplicador de la ley.

Este panorama se ha ido modificando en los últimos 50 años, en especial con la consideración de la Constitución como norma jurídica suprema y directamente aplicable; así como la relevancia de los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno, los que, según parte de la doctrina, se abstraerían del principio de jerarquía normativa y configurarían como compromisos ineludibles de los Estados, cuyo incumplimiento genera responsabilidad internacional.

Tanto las constituciones como los tratados internacionales de derechos humanos recurren con frecuencia a las normas de textura abierta y los principios en su estructura, por cuanto pretenden establecer lineamientos generales y parámetros de interpretación que sean utilizados por el juez adaptándolo al caso concreto, entonces se puede señalar que el derecho contemporáneo parte de la confianza en que los operadores judiciales plasmen los principios en los casos concretos, y de la coherencia de su fallos, se puedan extraer reglas aplicables a los casos análogos. El derecho contemporáneo parte del autoreconocimiento de sus limitaciones para abarcar la infinidad de situaciones complejas que pueden presentarse en la realidad, razón por la que los principios se convierten en fuentes potentes con una función integradora e interpretativa, son genuinos mandatos de optimización.

La misma complejidad de la realidad contemporánea que reivindica el papel de los principios como fuente del derecho nos convoca al análisis de los riesgos a los que estamos sometidos como sociedad, ampliamente multiplicados desde la era industrial y en constante crecimiento con el advenimiento de fenómenos como la inteligencia artificial y sus usos, posibilidades de manipulación del genoma humano o la preocupación constante de la falta de sustentabilidad de la noción de desarrollo ligada a la explotación de recursos naturales. Vivimos en una sociedad de riesgos, y algunos de ellos, se presentan para la especie humana misma.

Estas reflexiones han provocado que sea necesario identificar determinados bienes jurídicos cuya protección tiene prioridad absoluta y convoca a la precaución ante la generación de daños graves e irreversibles, como es el caso del medio ambiente, incluso cuando la evidencia científica no es concluyente, pero pueda inferirse de manera racional que el daño puede producirse.

Así las cosas, surge el principio precautorio y sus manifestaciones destinadas a evitar conductas o acciones que puedan materializar riesgos graves, emergentes, y cuyo tratamiento debe ser urgente para evitar el daño potencial. La primera discusión sobre este principio será su diferenciación con otros que realizan una tarea tutelar similar en el derecho ambiental como son el preventivo y la *in dubio pro-natura*.

La discusión sobre las aplicaciones del principio precautorio no solo se manifiesta respecto de las funciones que cumple como parámetro interpretativo de las normas ambientales y otras de orden público aplicables; también se extiende a si este puede tener alguna relevancia para la responsabilidad civil, específicamente sobre si se puede llegar a configurar la misma sin daño (o con importante incerteza de su comisión) y a través de políticas públicas de que busquen la cautela, o al menos frente a una noción ampliada del mismo que podría llegar a considerar la falta de precaución y exposición al peligro como daño autónomo.

El presente trabajo parte de la hipótesis de que el principio precautorio se convierte en una herramienta eficaz de protección del derecho a un medio ambiente sano consagrado en la Constitución desde su función interpretativa, pero para ello debe superar el escollo de su falta de consagración expresa constitucional y legal en Chile. Por otro lado, su aplicación en el sistema de responsabilidad civil parece improbable al omitir el elemento esencial que se señala como punto partida de esta, el daño; aunque puede tener alguna aplicación en el caso de que se argumente que este se configura a partir de la creación de un riesgo no permitido y vulnerando el interés legítimo y protegido de la seguridad, en el caso que nos convoca, de contar con un medio ambiente sano.

Para desarrollar esta hipótesis se ha planteado como primer objetivo desentrañar el contenido del concepto de sociedad de riesgo y la particular gravedad del daño en el contexto ambiental. A continuación, se establecerán puntos en común y diferencias entre los principios preventivo, precautorio e *in dubio pro natura* aplicables, sus elementos y efectos. En tercer lugar, se procurará desarrollar el contenido de la relación entre el principio precautorio y la incerteza científica como uno de sus elementos. Por último, se revisará su viabilidad en el ordenamiento jurídico chileno.

El presente trabajo constituye una investigación de carácter dogmático y exploratorio, por lo que su fin no es plantear una solución de *lege ferenda* que consagre el principio precautorio, por el contrario, su finalidad es verificar si en el ordenamiento jurídico vigente de Chile

es viable su utilización como criterio de interpretación, a partir de su contenido y fundamentos. Por lo señalado, queda abierto al tratamiento en nuevas investigaciones el estudio para una consagración expresa normativa de este principio en Chile y la experiencia en el derecho comparado.

I. LA SOCIEDAD DEL RIESGO Y LA PRECAUCIÓN

Los avances vertiginosos de la ciencia en los siglos XX y XXI nos han colocado en una situación óptima para la satisfacción de necesidades individuales en el contexto histórico de la humanidad. La distancia es cada vez menos relevante para poder mantener el contacto y comunicarnos gracias al Internet y las herramientas telemáticas; las fuentes de energía permiten poner en funcionamiento complejas maquinarias de transporte que se erigen como la base del modelo económico y el intercambio, aunque apenas las últimas décadas se han dirigido esfuerzos reales para evaluar la sustentabilidad de dichas fuentes de energía a largo plazo. Finalmente, los avances de la biomedicina, y en especial en la genética, nos coloca en una mejor situación para la prevención de enfermedades, modificar la calidad y tiempo de duración de los alimentos e inclusive, en un futuro próximo, editar el genoma a nuestro antojo con las implicaciones éticas que ello conlleva.

Desde la sociología del riesgo se señala que es precisamente este concepto el que caracteriza la contemporaneidad, no solo desde el momento en que se produce un daño, sino cuando la seguridad y certeza que prometía la sociedad moderna se rinde frente a la necesidad de identificar aquellas conductas individuales y colectivas que pueden provocarlo y precautelar que este no llegue a producirse.

Ante la incerteza como única constante en nuestras relaciones vitales y también jurídicas, la ponderación entre progreso económico y avance científico ligado a actividades potencialmente originadoras de riesgos relevantes e irreversibles y la necesidad de precautelar intereses esenciales como la conservación de la naturaleza, y como derivación de ello, la propia existencia de la especie, convoca a la introducción de herramientas hermenéuticas que recuerden permanentemente a los tomadores de decisiones y al legislador que estos elementos deben estar presentes en su razonamiento frente a riesgos controvertidos e inciertos que obligan a recomponer los criterios de relación entre naturaleza y sociedad.

Por último, desde el advenimiento de la sociedad industrial, la multiplicación de los riesgos ha llevado, en materia de responsabilidad, por ejemplo, a la consideración de actividades extraordinariamente peligrosas regidas por responsabilidad estricta, tanto por la gravedad de los daños que pueden provocar, como por la frecuencia de su producción, estatuto que también puede operar frente al uso de una determinada instalación o uso de una cosa. En definitiva, el elemento esencial es el riesgo inherente que se provoca, por lo que la norma asigna que todo daño producido debe ser resarcido sin entrar al análisis de la culpa como factor de atribución. La responsabilidad estricta se fundamenta en determinados supuestos como el riesgo anormal, inoperancia del juicio de negligencia para el caso concreto, la comunidad de riesgo, así como fundamentos económicos o hasta de justicia distributiva.

A pesar de la intensidad de la protección que ofrece la responsabilidad estricta frente a actividades anormalmente peligrosas y generadoras de riesgos potenciales, el daño es un elemento esencial y debe estar plenamente configurado e identificable, lo que impide que la incerteza sobre este y su falta de configuración, elementos del principio precautorio, permitan su aplicación en estos casos. El efecto disuasivo de la responsabilidad estricta al relevar a la víctima de la prueba de la culpa y reducirla a la del nexo de causalidad y el daño se identifica con la función preventiva de la responsabilidad civil y el principio preventivo que veremos más adelante.

Ante el escollo presentado, parte de la doctrina señala que las características de incerteza, gravedad e irreversibilidad del daño potencial de ciertas actividades justifica la aplicación de un grado de protección mayor que permita precautelar el interés o derecho que puede verse afectado por el riesgo, en especial frente a la urgencia de evitar el daño. Esta característica convierte al principio precautorio en herramienta útil para el resguardo frente a riesgos calamitosos o catastróficos potenciales, propios de la actividad ambiental.

En nuestro medio, se ha señalado que el principio precautorio encuentra su verdadera aplicación en las medidas cautelares o acciones preventivas, mas no en el sistema de responsabilidad civil, por cuanto la incerteza respecto del daño, tanto jurídica como científica, impediría la configuración del nexo causal entre la conducta y este. Se ha señalado que el principio precautorio opera en una situación intermedia entre la percepción del peligro y la configuración del riesgo propiamente, es decir, bajo la hipótesis de incertidumbre; otra parte de la

doctrina ha señalado que el principio precautorio encuentra una aplicación más precisa en el principio *in dubio pro natura*, que, a diferencia del primero, no se concentra en la necesidad de verificar la certeza y magnitud del daño, sino que permite que en toda situación concreta se interprete en favor de la conservación de la naturaleza y se evite su afectación, por lo que se configura como un criterio de interpretación en toda situación en la que aparezcan riesgos para el medio ambiente que deban ser analizados bajo el prisma de la proporcionalidad frente al costo de dejar de realizar las acciones de potencial riesgo.

Nos dedicaremos justo a dilucidar el contenido, elementos y funciones de cada uno de estos principios aplicables en materia ambiental.

II. PRINCIPIOS PREVENTIVO, PRECAUTORIO E "IN DUBIO PRO NATURA" EN EL DERECHO AMBIENTAL

Cuando nos referimos al principio preventivo es necesaria la remisión a la disuasión que provoca la intervención normativa respecto de conductas posteriores dañosas similares a la sancionada. La prevención se configura como el medio más importante para evitar el daño ambiental y procura superar el carácter reactivo de la responsabilidad en su función correctiva o resarcitoria frente al daño e implementar medidas que permitan prevenirlo.

Banfi del Río señala que:

> El Principio Preventivo manda evitar o atenuar los efectos negativos significativos sobre el entorno, lícitos (impactos ambientales). Él es el cimiento de los instrumentos de gestión de riesgos (como el SEIA y las autorizaciones), de las normas (de emisión y de calidad ambiental) y de las medidas cautelares. Él exige del titular del proyecto adoptar acciones que eviten la producción de daños ambientales previsibles, previa identificación, evaluación y control de los riesgos que los desencadenan[2].

2 Cristián Banfi del Río. "Riesgos en la aplicación del principio precautorio en responsabilidad civil y ambiental", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, n.° 3, 2019, pp. 643 a 667, disponible en [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372019000300643].

La evaluación de impacto ambiental, como conjunto de estudios técnicos y científicos que permiten identificar, predecir y evaluar los efectos de una determinada actividad respecto del medio ambiente y el desenvolvimiento de los seres humanos que pueden verse afectados. Una segunda dimensión de este principio puede verificarse en las autorizaciones y permisos ambientales específicos para actividades que pueden producir riesgos comprobables, así sucede en el caso de regulaciones referentes a emisiones de gases, entre otros. Al final, este principio aparece respecto de los deberes de prevención específicos que debe cumplir cualquier agente cuyas actividades puedan provocar daño y de repararlo en el caso de que se produzca.

El principio preventivo aparece en la Declaración de Río de 1992, además está presente en la más reciente Declaración de la UNESCO referente a principios éticos en relación con el cambio climático.

El principio preventivo permite actuar de manera urgente para evitar aquellos daños ambientales que pueden tener un efecto altamente nocivo e irreversible. En la Convención Americana de Derechos Humanos, se prevé en el artículo 63, inciso 2.° que en casos de extrema gravedad y urgencia y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Estas actuaciones podrán ser incluso cuando aún no tenga conocimiento de los asuntos, a petición de la Comisión. Esta atribución se manifiesta como una herramienta procesal identificada con el principio preventivo ante las limitadas posibilidades de resarcimiento y reparación que suelen originarse en el daño ambiental. Desde el punto de vista de la responsabilidad civil, el principio preventivo se consagra en la figura de la tutela inhibitoria y concentrar los esfuerzos normativos en la prevención, al decir de LLAMAS[3], consagrar precauciones razonables que eviten el daño.

En jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente, en el caso Sarayaku *vs*. Ecuador, se ha señalado refiriéndose a las medidas preventivas y de consulta que el Estado debe realizar respecto de los efectos de actividades extractivas a pueblos y nacionalidades indígenas "la realización de tales estudios constituye una de las salvaguardas para garantizar que las restricciones im-

3 EUGENIO LLAMAS POMBO. *Las formas de prevenir y reparar el daño*, Madrid, La Ley, 2020.

puestas a las comunidades indígenas o tribales, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo"[4]. De la misma manera, respecto a los derechos ambientales ha señalado que la Corte ha establecido que los estudios de impacto ambiental deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto, respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas y ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, por cuanto su objetivo es también la obtención del consentimiento informado respecto de la actividad, siendo esencial tratar el impacto acumulado de proyectos existentes con los propuestos.

En base a la normativa reseñada se puede concluir que el principio se encuentra consolidado en materia ambiental en el *corpus iure* interamericano, aparece además plasmado en los artículos 3.° y 6.° de Convención sobre Diversidad Biológica de Naciones Unidas que consagran expresamente la obligación de los Estados de implementar medidas, planes y programas para la conservación y uso sustentable de la diversidad biológica e integrar este criterio en políticas.

En el derecho comparado, el principio se encuentra recogido en el artículo 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como en el artículo 3.° numeral 1 de la Directiva 96/61/CE relativa a la prevención y control de la contaminación y el artículo 3.° de la Directiva 2011/92/UE modificada por la Directiva 2014/52/UE sobre impacto ambiental.

Los orígenes del principio precautorio parecen ubicarse en la institución *vorsorgeprinzip* o principio de cuidado por adelantado en el derecho ambiental alemán, específicamente en la ley sobre emisiones del 15 de marzo de 1974 que permitía la implementación de medidas para limitar las emisiones desde la mejor técnica disponible. Otros documentos desarrollarían después el contenido y naturaleza del principio, como el contenido en el numeral 11 de la Carta Mundial de la Naturaleza en 1982, principio 7 de la Declaración Ministerial sobre Desarrollo Sostenible de 15 de mayo de 1990. Se señalan además el *rapport* al primer ministro de Francia sobre el principio precautorio, y la

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Ecuador (fondo y reparaciones), Sentencia de 27 de junio de 2012, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf].

Comunicación de la Comisión de la Unión Europea sobre el recurso al principio de precaución de 2000.

El principio precautorio aparece desarrollado de manera más clara en la Declaración de Río de 1992 de la siguiente manera: "Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente"[5]. La declaración de la UNESCO de principios éticos con relación al cambio climático de 2017 adopta similar definición.

Como se puede advertir, en el contenido convergen algunos elementos esenciales como son la existencia de peligro de que se produzca un daño grave, encontrándonos entonces en un caso de ausencia de daño efectivo, a pesar de que se puedan encontrar importantes indicios que conduzcan a que el desarrollo de la actividad evaluada lo terminará produciendo. La naturaleza del principio precautorio está determinada por su vocación protectora de los bienes jurídicos colectivos y los riesgos que pueden generarse por su afectación que, en algunos casos como en materia ambiental, pueden ser graves, supraindividuales e inclusive intergeneracionales.

En segundo lugar, la declaración aduce a la gravedad e irreversibilidad del daño, lo cual se suma a la consideración de que el interés protegido ya tiene un valor intrínseco elevado por su carácter colectivo. La calificación tan estricta del daño que se presume generará la actividad es proporcional a la incerteza científica que se tiene sobre su producción; es así que "las restricciones que se derivan solo estarán justificadas si los posibles perjuicios resultantes de un determinado producto o actividad tengan una magnitud tal que hagan preferible abstenerse de ellos y buscar alternativas más seguras"[6].

El segundo elemento del principio precautorio y que lo caracteriza frente al preventivo es el presupuesto de incerteza científica respecto del daño. Se conoce entonces, que hay peligro de que se produzca, pero es imposible demostrar que vaya a pasar, por lo que la discusión

5 Organización de las Naciones Unidas. "Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo", Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, disponible en [https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm].

6 Ídem.

respecto de su aplicación, frente a los costos de no llevar a cabo la actividad potencialmente dañosa, obligan a la verificación de la proporcionalidad en la medida restrictiva y el análisis de los criterios de fin constitucional, necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto. Este ejercicio es necesario, por cuanto los derechos en colisión serían el de vivir en un medio ambiente sano con los de libertad de actuación, contratación, emprendimiento de una actividad económica, entre otros.

Ahondaremos en este segundo elemento más adelante, sin embargo es necesario señalar que consiste en el más problemático de todos para la aplicación del principio, en especial en el campo de la responsabilidad civil que requiere una clara noción de daño para desplegar su función resarcitoria o correctiva y la preventiva, por lo que la doctrina ha considerado que pertenece más bien a la esfera de las medidas cautelares que pueden llevar a suspender o parar la actividad potencialmente dañina, situación que puede conllevar el riesgo de partir de una falsa dicotomía de situaciones peligrosas y no peligrosas. Otra parte de la doctrina, como se había mencionado antes, ha señalado su preferencia respecto de la utilización del principio *in dubio pro-natura*, por cuanto permitiría superar el supuesto de tener que identificar un daño grave e irreversible y operar con mayor flexibilidad ante cada caso en el que exista duda sobre la aplicación de una norma, interpretándola siempre en favor de la conservación del medio ambiente o la naturaleza. La versión más intensa de esta visión sería la concepción biocéntrica o geocéntrica de la normativa que lleva a la concepción de la naturaleza como un sujeto de derechos e inclusive como uno vulnerable o débil en las relaciones jurídicas, por lo que requeriría mecanismos asimilables a la acción afirmativa.

En todo caso, un tercer elemento que aparece en la definición del principio precautorio en análisis es que la incerteza no debe socavar la posibilidad de implementar medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente, lo que denota a su vez la urgencia frente al daño y la aplicación de los mayores esfuerzos para evitarlo. A propósito, se señala:

Este principio cobra relevancia cuando, por un lado, el daño ambiental no puede ser adverado concluyentemente por material científico-técnico definitivo, ora porque no es materialmente posible conocer todos los efectos nocivos de una actividad a mediano o largo plazo, ora porque el grado de conocimiento científico es imperfecto o limitado en el estado actual del arte; y por otro, como una natural

consecuencia de lo anterior, porque no es posible adoptar anticipadamente las medidas para evitar los daños que se avizoran, los que tampoco pueden ser conocidos a cabalidad.

Por último, como ya ha sido mencionado, un tercer principio relacionado al precautorio aunque con importantes diferencias que le ha llevado a ganar autonomía conceptual es el *in dubio pro natura*, como derivado del principio pro persona que sirve como criterio hermenéutico general en materia de derechos fundamentales y señala que en caso de duda sobre la aplicación de una norma, esta deberá interpretarse de la manera más favorable al cumplimiento del derecho involucrado.

El principio *in dubio pro natura* puede ser identificado expresamente en el derecho comparado, específicamente en el artículo 395 numeral 4 de la Constitución ecuatoriana que señala: "En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, estas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza"[7], consagrándose en rango legal en el Código Orgánico de Ambiente en su artículo 9.° numeral 5 que consagra: "Cuando exista falta de información, vacío legal o contradicción de normas, o se presente duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, se aplicará lo que más favorezca al ambiente y la naturaleza. De igual manera procederá en caso de conflicto entre esas disposiciones"[8], en este sentido, juezas y jueces cuentan con un lineamiento hermenéutico claro frente a la duda provocada por antinomias normativas, reforzado además por la concepción de la naturaleza como sujeto de derecho en este ordenamiento. En Chile no se ha advertido el desarrollo de dicho principio normativa o jurisprudencialmente. Los autores señalados distinguen el principio *in dubio pro natura* del precautorio, en la medida en que la función del primero es fundamentalmente interpretativa y busca hacer prevalecer el ejercicio del derecho al medio ambiente sano, o derechamente la conservación y protección de la naturaleza cuando exista colisión con otro; por el

7 Asamblea Nacional Constituyente. "Constitución de la República del Ecuador", *Registro Oficial*, n.° 449, de 20 de octubre de 2008, disponible en [https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf].

8 "Código Orgánico del Ambiente", *Registro Oficial*, suplemento 983, de 12 de abril de 2017, disponible en [https://www.ambiente.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/01/CODIGO_ORGANICO_AMBIENTE.pdf].

contrario, el principio precautorio tiene la finalidad de desvanecer la incerteza como justificación para la ejecución de actos que puedan conllevar riesgos graves e irreversibles al medio ambiente y se concentra en lograr medidas efectivas frente a situaciones de urgencia.

El principio *in dubio pro natura*, tiene una naturaleza similar al favor persona, es decir, es un criterio de interpretación frente a la colisión entre derechos y cuando son posibles dos interpretaciones distintas para el mismo caso; por el contrario, el principio precautorio podría enmarcarse en el ámbito del test de proporcionalidad, por cuanto ofrece fundamentos para justificar la limitación de acciones que también son derechos (libertad de contratación, libertad de desarrollo de actividades económicas, e inclusive, en casos más complejos, compromiso de otros derechos relacionados con la escasez y respectiva necesidad de obtener recursos a través de las actividades extractivas para garantizar derechos sociales de carácter prestacional a la comunidad). Esta naturaleza paralizante, sumado a la incerteza científica respecto al daño ha llevado a parte de la doctrina a considerar su aplicación de manera excepcional y justificada, e inclusive considerar la función correctiva de la responsabilidad civil, en este caso, extracontractual del Estado, respecto de los daños que puedan surgir por la paralización de una actividad altamente beneficiosa en base a un riesgo que no llega a comprobarse o materializarse.

La relevancia de los principios en el derecho ambiental como fuerza instrumental hermenéutica, heurística, informadora es potente y la variedad y especificidad de los principios desarrollados lo confirma. A continuación, revisaremos la manera en que los principios operan ante casos en que la incerteza impera, por lo que las reglas escasean.

III. EL PRINCIPIO PRECAUTORIO, INCERTEZA CIENTÍFICA Y LA PRUEBA DEL PELIGRO DE MATERIALIZACIÓN DEL RIESGO

En el apartado anterior observamos que el elemento diferenciador del principio precautorio frente a otros aplicables en materia ambiental como el preventivo o *in dubio pro natura* es la incerteza científica respecto de la materialización del riesgo, por lo tanto, no hay daño configurado ni se tiene certeza de que vaya a suceder, sin embargo, se opera a partir de indicios que permiten construir argumentos razonables para creer que suceda, y si lo hace, será muy grave e irreversible. Lo

señalado nos lleva a pensar que el verdadero fundamento de este principio es la calificación del daño potencial y la importancia del interés jurídico o derecho protegido, lo que permite justificar la necesidad de implementar todas las acciones para evitarlo, incluso restringir otros derechos, generalmente libertades, que permiten la libre ejecución de la actividad riesgosa.

En base a lo señalado, se puede manifestar que a mayores posibilidades de acercarnos a la certeza científica de la materialización del riesgo, mejor será el panorama para la aplicación del principio y la justificación de asumir los costes de no llevar a cabo la actividad riesgosa y restringir las libertades antes señaladas, por lo que las nociones de prueba pericial y científica, así como su relevancia en el razonamiento probatorio realizado por el juez, constituye un elemento a tener en cuenta.

Los desafíos son grandes, en primer lugar, el juez lego en la materia sobre la que se presenta la prueba, debe ser capaz de desentrañar su grado de fiabilidad y sustento científico; por otro lado, en las opiniones expertas de peritos requiere verificar la calidad de la metodología utilizada, la coherencia de las conclusiones con los argumentos presentados, e inclusive, en los casos de perito de parte, los antecedentes profesionales que en su conjunto, permitan acreditar la calidad epistemológica de la prueba pericial para, con ello, pasar a la valoración.

Frente a la incertidumbre que caracteriza a los casos de aplicación del principio precautorio, la fiabilidad de la prueba o "cientificidad" se convierte en un parámetro fundamental para evaluar la proporcionalidad del efecto restrictivo o paralizante de la actividad potencialmente riesgosa.

Desde el caso Daubert *vs.* Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579[9] resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1993, la admisibilidad y valoración de la prueba científica ha sido uno de los temas de debate más recurrentes en materia probatoria.

El caso Daubert plantea el problema de la cientificidad de la prueba científica generando la interrogante ¿qué ciencia puede ser fiable para establecer la certeza sobre un hecho y cuál no? Se establecen además varias recomendaciones dirigidas al juez sobre la valoración de la prueba científica.

9 Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso Daubert *v.* Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993), n.° 92-102, disponible en [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/579/].

Este caso junto con otros relevantes en la materia provocaría la modificación a las Federal Rules of Evidence en la regla 702 referente al testimonio experto, señalando como criterios de admisibilidad el soporte que pueda este otorgar al juzgador para entender el resto de la prueba o determinar un hecho en el asunto.

La prueba científica versa sobre un dato, su validez no la otorgan las máximas de la experiencia sino la rigurosidad del método con la que fue obtenida. Las pruebas científicas no siempre conllevan certeza e infalibilidad, basta tomar en cuenta aquellas de carácter estadístico o los informes psicológicos o antropológicos en los que, sin dejar de lado la rigurosidad del método, los resultados pueden ser meras aproximaciones.

Por lo tanto, el juez deberá cumplir con el desafío de incorporar la prueba pericial y científica disponible a la valoración, de tal forma que le permita concluir que la peligrosidad de la actividad riesgosa y la importancia del interés o derecho protegido justifica actuar con la urgencia debida, e inclusive, paralizar la actividad; como señala Berizonce:

> Si bien no puede exigírsele que posea una ciencia superior a la del perito, de todos modos está en condiciones de controlar el grado de aceptabilidad en el plano del conocimiento común de los nuevos métodos científicos, o bien la racionalidad del procedimiento seguido por los expertos. La decisión no depende entonces de los criterios técnicos que manejan éstos, sino del propio convencimiento razonado del juez[10].

IV. EL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN LA NORMATIVA AMBIENTAL DE CHILE

Se ha asociado por la doctrina nacional la positivización del principio precautorio con el preventivo en materia ambiental, mismos que encontrarían su fundamento en los artículo 5.° inciso segundo, 6.° inciso

10 Roberto Omar Berizonce. "La incertidumbre científica como presupuesto del principio precautorio", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, año 10, n.° 43, 2013, disponible en [http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/33746], p. 252.

primero y 19 numeral 8 de la Constitución. La primera norma establece como limitación de la soberanía los derechos fundamentales que se encuentran consagrados también en Tratados Internacionales de Derechos Humanos, la segunda consagra la supremacía constitucional y la tercera aplicaría o concretaría dicho principio al señalar deberes positivos para el Estado, el primero de velar por la no afectación del derecho de las personas a vivir en un medio ambiente sano y el segundo relacionado con el llamado daño ecológico puro, por cuanto conmina a la tutela de la preservación de la naturaleza.

El segundo deber señalado en el artículo 19 numeral 8 tendría vinculación directa con la precaución, de hecho, podría señalarse que el término tutela permite extraer el principio en estudio, sin embargo, no existe una mención expresa a este ni se destaca su elemento diferenciador, es decir, la incerteza científica. La Ley 19300[11] no tiene ninguna referencia al principio estudiado, sin embargo, en su artículo 2.° literal b) se refiere a la conservación del patrimonio ambiental, uso y aprovechamiento racional de los componentes del medio ambiente, así como su reparación de ser el caso. Los literales f) sobre el contenido de la declaración de impacto ambiental, así como h) bis sobre el efecto sinérgico, i) respecto del estudio de impacto ambiental, i) bis sobre la evaluación ambiental estratégica, j) evaluación de impacto ambiental, y k) sobre impacto ambiental, a nuestro criterio, corresponden todos al principio preventivo, por cuanto parten de la necesidad de certeza científica de la inminencia del daño ambiental para activar la prevención, en este sentido se discrepa de los señalado en parte de la doctrina que identifica el principio precautoria en el sistema de evaluación de impacto ambiental.

A pesar de la falta de mención expresa del principio precautorio en el ordenamiento jurídico chileno, se ha concluido por la doctrina que las medidas cautelares contenidas en el artículo 24 de la Ley 20600[12] que crea los tribunales ambientales constituyen los mecanismos jurídicos que deben operar bajo su función interpretativa e integradora,

11 Ley 19300 de 1.° de marzo de 1994 "Aprueba ley sobre bases generales del medio ambiente", *Diario Oficial de la República de Chile*, n.° 34.810, de 9 de marzo de 1994, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30667&idParte=9705635&idVersion=2021-08-13].

12 Ley 20600 de 18 de junio de 2012 "Crea los Tribunales Ambientales", *Diario Oficial de la República de Chile*, n.° 40.299, de 28 de junio de 2012, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1041361&idParte=9269911].

en especial como criterio de interpretación respecto de su aplicación ante situaciones de urgencia, en las que el tiempo transcurrido hasta la toma de decisión puede provocar un resultado muy nocivo para el medio ambiente y de pocas posibilidades de restauración o reparación, que requieran flexibilizar el nexo causal entre conducta y daño o requerir prueba de la prevención y el cuidado, ambas medidas justamente provocadas por la falta de evidencia científica concluyente. Un tercer uso puede ser también la implementación de deberes reforzados de seguridad, profesionalidad y cautela, mayor transparencia e información, y por último, elevar el estándar de cuidado en la conducta del actor que pretende implementar una actividad que puede poner en peligro el medio ambiente. Los mecanismos anticipados de reparación, a través de dispositivos de justicia distributiva como los fondos de compensación en materia ambiental o seguros de responsabilidad civil parecen constituirse más bien en el ámbito del principio preventivo por el efecto disuasorio del costo de esta medida adicional para emprender la actividad calificada como riesgosa, pero también, como manifestación de la preocupación por la reparación del daño como elemento central de la responsabilidad civil en el ámbito ambiental, extendiéndola incluso a los riesgos potenciales.

CONCLUSIONES

1) El fundamento del principio precautorio se encuentra en la conciencia de que vivimos en una sociedad de riesgos, mismos que tienen una creciente multiplicación frente a la complejidad de la sociedad y el avance científico que lleva al ser humano estar en condiciones de generar daños potenciales de extrema gravedad e irreversibles respecto a sus posibilidades de reparación. En materia ambiental se evidencian ambos fenómenos, además de aparecer las características de supra individualidad y carácter intergeneracional de los daños.

2) Bajo el supuesto de que se reconoce la existencia de la sociedad de riesgo, la corrección como figura reactiva frente al daño, e incluso la prevención de los daños previsibles, ciertos y científicamente comprobables se vuelven mecanismos insuficientes ante aquellos casos en los que la evidencia científica no puede ser concluyente respecto a la relación de causalidad entre una conducta y el daño, por lo que indicios racionales que permitan inferir que este puede producirse con una magnitud inusitada, justifican la precaución, a través de la suspensión

de la actividad presumiblemente riesgosa, o en la versión más intensa del principio precautorio, la paralización de la actividad. Este evento sugiere la necesidad de una ponderación entre un derecho generalmente identificado en la libertad de acción, contratación o de ejercicio de una actividad económica respecto de vivir en un medio ambiente sano o, inclusive, de la naturaleza a mantenerse con vida en ciertos ordenamientos jurídicos que la consideran como sujeto de derechos.

3) Si se asume que esta ponderación está presente es necesario entender que el principio precautorio, como toda posible limitación de ejercicio de derechos, debe ser evaluada bajo el prisma de la proporcionalidad, lo cual no puede ser más que en el caso concreto y constituirse como excepcionalidad evaluada en base a la gravedad e irreversibilidad del daño esperable y la racionalidad de su eventual producción, a pesar de que no se pueda tener certeza de ello. Por lo tanto, la constatación de indicios que permitan concluir que de cierta actividad puede derivarse un daño grave e irreparable al derecho a vivir en un ambiente sano, o de la propia naturaleza a sobrevivir, permitiría que opere la precaución. Para reforzar la utilidad del principio precautorio, se ha señalado que, en el contexto de las medidas cautelares, puede exigirse al potencial dañador probar la seguridad de su conducta, o desde la perspectiva procesal, alivianar para las víctimas la prueba del nexo causal e incrementar el estándar de diligencia de conducta de quien pretende realizar la actividad potencialmente riesgosa. Lo señalado debe estar enmarcado en la excepcionalidad de la aplicación del principio, constatados, al menos, indicios varios y concordantes de que el riesgo puede materializarse.

4) El principio precautorio, según la doctrina nacional, no es compatible con el sistema de responsabilidad civil por daño ambiental, sin embargo, puede ser una herramienta hermenéutica útil ante la viabilidad de aplicación de medidas cautelares en esta materia y confrontarse frente a argumentos utilitaristas que intenten sustentar la razonabilidad de la puesta en práctica de la conducta riesgosa. El contexto del caso concreto es esencial.

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, Aulis. "Reglas y principios en el razonamiento jurídico", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 24 de marzo de 2000, pp. 593 a 602, disponible en [https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2070/AD-4-35.pdf?sequence=1&isAllowed=y].

Aguilar Cavallo, Gonzalo. "El contenido y los alcances contemporáneos del derecho al acceso a la participación ambiental", *Ius et Praxis*, vol. 26, n.° 2, 2020, pp. 78 a 103, disponible en [https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122020000200078&script=sci_arttext&tlng=pt].

Aguiló Regla, Josep. *En defensa del Estado constitucional de derecho*, vol. 20, Lima, Palestra Editores, 2021.

Alexy, Robert. "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.° 91, 2011, pp. 11 a 29, disponible en [https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/40010].

Alexy, Robert y Carlos Bernal Pulido. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

Alfie Cohen, Miriam. "Una nueva gestión ambiental: el riesgo y el principio precautorio", *Espacio Abierto*, vol. 16, n.° 2, 2007, pp. 209 a 222, disponible en [https://www.redalyc.org/pdf/122/12216202.pdf].

Asamblea Nacional Constituyente. "Constitución de la República del Ecuador", *Registro Oficial*, n.° 449, de 20 de octubre de 2008, disponible en [https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf].

Banfi del Río, Cristián. "Riesgos en la aplicación del principio precautorio en responsabilidad civil y ambiental", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, n.° 3, 2019, pp. 643 a 667, disponible en [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372019000300643].

Banfi del Río, Cristián. "Sobre la responsabilidad civil por cambio climático en Chile", *Acta Bioethica*, vol. 25, n.° 2, 2019, pp. 153 a 159, disponible en [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2019000200153].

Barros Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*, t. I, 2.ª ed., Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 2020.

Basozabal Arrue, Xabier. *Responsabilidad extracontractual objetiva: parte general*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, disponible en [https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2015-39].

Berizonce, Roberto Omar. "La incertidumbre científica como presupuesto del principio precautorio", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, año 10, n.° 43, 2013, pp. 245 a 259, disponible en [http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/33746].

Bermúdez Soto, Jorge. *Fundamentos de derecho ambiental*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014.

Cafferatta, Néstor A. "El principio precautorio", *Gaceta Ecológica*, n.° 73, 2004, pp. 5 a 21, disponible en [https://www.redalyc.org/pdf/539/53907301.pdf].

Cárdenas Krenz,. Ronald. "El derecho ante la técnica de edición genética CRISPR", *Acta Bioethica*, vol. 25, n.° 2, 2019, pp. 187 a 197, disponible en [https://actabioethica.uchile.cl/index.php/AB/article/view/54799].

Castilla, Karlos. "El principio pro persona en la administración de justicia", *Cuestiones Constitucionales*, n.° 20, 2009, pp. 65 a 83, disponible en [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88511735002].

Código Orgánico del Ambiente, *Registro Oficial*, suplemento 983, de 12 de abril de 2017, disponible en [https://www.ambiente.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/01/CODIGO_ORGANICO_AMBIENTE.pdf].

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs*. Ecuador (fondo y reparaciones), Sentencia de 27 de junio de 2012, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf].

Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso Daubert *v*. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993), n.° 92-102, disponible en [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/579/].

Covarrubias Cuevas, Ignacio. "¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad? (128 sentencias del Tribunal Constitucional en la perspectiva de la jurisprudencia constitucional alemana, de la Cámara de los Lores y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)", *Estudios Constitucionales*, vol. 12, n.° 1, 2014, pp. 163 a 237, disponible en [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82031373004].

Femenías Salas, Jorge Andrés. *La responsabilidad por daño ambiental*, Santiago, Universidad Católica de Chile, 2017.

Gascón Abellán, Marina. "Prueba científica: mitos y paradigmas", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 44, 2010, pp. 81 a 103, disponible en [https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/500].

Jahr, Fritz. "Bioethics: a panorama of the human beings' ethical relations with animals and plants", *Kosmos*, n.° 24, 1927, disponible en [https://www.ufrgs.br/bioetica/jahr-eng.pdf].

Kemelmajer de Carlucci, Aída. "El principio de precaución en el derecho de la responsabilidad civil: estado de la situación en el derecho argentino", *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, n.° 3, 2016, pp. 45 a 72, disponible en [https://revistasdigitales.udesa.edu.ar/index.php/revistajuridica/article/view/119].

Kemp, Peter y Jacob Rendtorff. "The Barcelona Declaration. Towards an integrated approach to basic ethical principles", *Synthesis Phylosophica*, vol. 23, n.° 2, 2008, pp. 239 a 251.

Kourilsky, Philippe y Geneviève Viney. *Le principe de précaution: rapport au Premier Ministre*, París, Éditions Odile Jacob, 2000, disponible en [https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/004000402.pdf].

Ley 19300 de 1.° de marzo de 1994 "Aprueba ley sobre bases generales del medio ambiente", *Diario Oficial de la República de Chile*, n.° 34.810, de 9 de marzo de 1994, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30667&idParte=9705635&idVersion=2021-08-13].

Ley 20600 de 18 de junio de 2012 "Crea los Tribunales Ambientales", *Diario Oficial de la República de Chile*, n.° 40.299, de 28 de junio de 2012, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1041361&idParte=9269911].

Llamas Pombo, Eugenio. *Las formas de prevenir y reparar el daño*, Madrid, La Ley, 2020.

Lorenzetti, Ricardo. *Principios e instituciones de derecho ambiental*, Madrid, La Ley, 2019.

Neal, Mary. "The idea of vulnerability in healthcare law and ethics: from the margins to the mainstream?", en Daniel Bedford y Jonathan Herring (eds.). *Embracing vulnerability: the challenges and implications for law*, Londres, Routledge, 2020, pp. 91 a 113.

Nogueira Alcalá, Humberto. "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", *Ius et Praxis*, año. 2, n.° 2, 1997, pp. 9 a 62, disponible en [https://www.redalyc.org/pdf/197/19720203.pdf].

Nogueira Alcalá, Humberto. "Consideraciones sobre la normativa constitucional acerca de derechos fundamentales y sus garantías en la perspectiva de reforma o cambio constitucional", en Gonzalo Aguilar Cavallo (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 40 a 85.

Olivares, Alberto y Jairo Lucero. "Contenido y desarrollo del principio *in dubio pro natura*. Hacia la protección integral del medio ambiente", *Ius et Praxis*, vol. 24, n.° 3, 2018, pp. 619 a 650, disponible en [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122018000300619].

Organización de las Naciones Unidas. "Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo", Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, disponible en [https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm].

Potter, Van Ransselaer. *Methods in medical research*, Chicago, Year Book Medical Publishers, 1970.

Ravetllat Ballesté, Isaac y Jairo Enrique Lucero. "La defensa supraindividual de derechos ambientales en la Convención sobre los derechos del niño", *Iberoamérica*, n.° 1, 2021, pp. 112 a 137.

Rendtorff, Jacob Dahl. "Basic ethical principles in european bioethics and biolaw: autonomy, dignity, integrity and vulnerability–towards a foundation of bioethics and biolaw", *Medicine, Health Care and Philosophy*, vol. 5, n.° 3, 2002, pp. 235 a 244.

Silva Hernández, Francisca. "Principio de prevención y precautorio en materia ambiental", *Revista Jurídica Derecho*, vol. 8, n.° 11, 2019, pp. 92 a 106, disponible en [http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S2413-28102019000200006&script=sci_arttext&tlng=es].

Sozzo, Cosimo Gonzalo y María Valeria Berros. "Principio precautorio", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, vol. 3, n.° 28, 2011, pp. 1 a 13, disponible en [https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/97854].

Taruffo, Michele. "Introducción", en Jordi Nieva, Jordi Ferrer y Leandro Giannini (eds.). *Contra la carga de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

Valdés, Erick. *Bioderecho: epistemologías y aplicaciones en tiempos de pandemia y riesgo existencial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

Vázquez, Carmen. "Sobre la cientificidad de la prueba científica en el proceso judicial", *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 24, n.° 1, 2014, pp. 65 a 73, disponible en [https://journals.copmadrid.org/apj/art/j.apj.2014.09.001].

Vázquez, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

Vázquez, Carmen. *La prueba pericial en el razonamiento probatorio*, Puno, Zela, 2019.

Viciano Pastor, Roberto. "La problemática constitucional del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución del Ecuador", *Parlamento y Constitución. Anuario*, n.° 20, 2019, pp. 63 a 81, disponible en [https://parlamentoyconstitucion.cortesclm.es/recursos/articulos/PyC20_Viciano_Problematica.pdf].

Viney, Geneviève. *Tratado de derecho civil: introducción a la responsabilidad*, Fernando Montoya Mateus (trad.), Bogotá, Externado, 2007.

Williamson, Gabrielle H. y Herwig Hulpke. "Das Vorsorgeprinzip", *Umweltwissenschaften und Schadstoff-Forschung*, vol. 12, n.° 1, 2000, pp. 27 a 39.

CAPÍTULO

DECIMOSÉPTIMO

La información ambiental como derecho a un medio ambiente sano. Su garantía en el ordenamiento jurídico cubano

Ana Rosa Andino Ruibal[1]

Lisett D. Páez Cuba[2]

INTRODUCCIÓN

El derecho a la información como derecho social, cultural y político, es en esencia un derecho de libertad, por lo que debe estar regulado en la Carta Magna de cada país. Esta es una forma de lograr la participación ciudadana en aras de garantizar un medio ambiente sano. De tal suerte, el derecho a la información como derecho de libertad que incluye buscar o investigar, recibir y difundir información y el acceso a las informaciones, es solo una parte de este derecho. Muchos Esta-

1 Profesora auxiliar de Derecho Ambiental, Departamento de Derecho, Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad de Pinar del Río "Hermanos Saíz Montes de Oca", Cuba. Correo [anajor@upr.edu.cu] ORCID [http://orcid.org/0000-0002-8310-6016].

2 Profesora del Departamento de Derecho y Vicedecana de Investigación y Posgrado, Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad de Pinar del Río "Hermanos Saíz Montes de Oca", Cuba. Correo [lisett@upr.edu.cu] ORCID [http://orcid.org/0000-0001-8907-7562].

dos ya se pronuncian no solo hacia el derecho a la información como principio universal, sino al derecho a la información pública como principio individual, que vas más allá de los poderes públicos y que trasciende las fronteras[3].

El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha reconocido por consenso que "el derecho de los derechos humanos impone a los Estados determinadas obligaciones sustantivas y de procedimiento en relación con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible"[4]. Un creciente número de declaraciones y decisiones jurídicas que vinculan los derechos humanos al medio ambiente y al Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro muestran la importancia de este reconocimiento sin precedentes en el sistema de derecho humanos, cuando el Consejo de Derechos Humanos en 2012 nombra un "experto independiente" para que atienda las cuestiones de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible; además de reconocer la clasificación de los estándares de derechos humanos referidos al medio ambiente, en tres derechos de acceso a la información, participación y justicia.

Según Pérez[5], las disposiciones que obliguen a toda autoridad y a los organismos del Estado de hacer pública la información que poseen, salvando las restricciones que legalmente establecen esa diferencia, y que defienden la condición del ciudadano de solicitar información, y además sancionan a las autoridades competentes que no brinden ese derecho, es una de las principales acciones que se llevan a cabo en diversos países del mundo relacionado con el marco jurídico del derecho a la información.

En Cuba hoy existen insuficiencias y poco conocimiento de los ciudadanos sobre su derecho a una información ambiental adecuada y trasparente, en función de lograr el control de la administración

3 Marcos A. Orellana. *Tipología de instrumentos de derecho* público ambiental internacional, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2014, disponible en [https://repositorio.cepal.org/handle/11362/37184].

4 Consejo de Derechos Humanos. Resolución 25/21, A/HRC/25/L.31, 24 de marzo de 2014.

5 Nuria Esther Pérez Matos. "El derecho a la información en Cuba: consideraciones éticas y jurídicas en un entorno cambiante", *Bibliotecas. Anales de investigación*, vol. 10, 2014, pp. 37 a 53, disponible en [http://revistas.bnjm.cu/index.php/BAI/article/view/227].

por los administrados; pues la escasa participación ciudadana, en la solicitud de información, en consultas populares, en comparecencia en sede judicial para exigir su derecho a un medioambiente sano, constituye la problemática que a lo largo de este trabajo se desarrollará, teniendo como hilo conductor las siguientes interrogantes: ¿qué relación existe entre el derecho a un medio ambiente sano y la información ambiental?, ¿cómo se garantiza en el ordenamiento jurídico cubano el derecho a la información ambiental?, ¿cuáles serían las directrices que se formularían para garantizar la implementación de una eficaz información ambiental en Cuba?

Ante esas y otras muchas interrogantes que pudieran exponerse, en el presente artículo se propone como objetivo fundamentar las directrices para garantizar la implementación del derecho a la información ambiental, como parte del derecho a un medio ambiente sano en el ordenamiento jurídico cubano, partiendo de los antecedentes de la información ambiental como derecho, la situación en que se encuentra el ejercicio del derecho a la información ambiental como parte del derecho a un medio ambiente sano y la propuesta de directrices para lograr garantizar una eficaz implementación del derecho a la información ambiental como parte del derecho a un medio ambiente sano en Cuba. A tales fines, se utilizaron diferentes métodos propios de las ciencias sociales, como el histórico-lógico, el exegético-analítico y el análisis documental, que permitieron integrar los conocimientos teóricos a una realidad socio-jurídica concreta.

I. LA INFORMACIÓN AMBIENTAL: MATERIALIZACIÓN DEL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO

El derecho a un medio ambiente sano se reconoce como el cimiento esencial del derecho ambiental y es considerado un derecho humano por excelencia, este es enunciado en la Declaración de Naciones Unidas de 1948, cuando expresa que "el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, que le asegure a él y a su familia, salud y bienestar...". No obstante, aparece reconocido expresamente como principio en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en el que se establece directamente el carácter del ambiente como requisito indispensable para el adecuado desarrollo de la persona. Este derecho humano al derecho a un medio ambiente

sano es clasificado como de "tercera generación o de solidaridad"[6]. Se reconoce por Crespo, Véliz y Andino que "los derechos de la tercera generación tienen un carácter más originario y radical"[7] por entroncar perfectamente con los paradigmas de calidad de vida y desarrollo humano, y por centrarse en la lucha contra la alienación del individuo.

Según se ha podido apreciar, su primera aparición no como derecho sino como principio, fue en los instrumentos internacionales Declaración de Estocolmo en 1972[8] y la Declaración de Río de Janeiro en 1992[9]; en la primera cuando en su Principios n.° 1 alude al "derecho fundamental del hombre a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas; con la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente", y en la segunda cuando reconoce en el primero de sus principios el "antropocentrismo" cuando plantea "que los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible"[10].

Los principios expresados se encuentran estrechamente vinculados a los del derecho ambiental cubano[11], pues en uno de sus princi-

6 La clasificación de los derecho en generaciones, la "*primera generación*" está referida al derecho a la vida, la libertad y la igualdad; la "*segunda generación*" de derechos tiene carácter social y reconoce los derechos a la salud, el trabajo, las prestaciones sociales o el derecho a la sindicalización, entre otros .Los derechos humanos de "*tercera generación*" igualmente llamados de solidaridad o fraternidad y más que al individuo tienen como destinatario al género humano, por lo que se les denomina derechos de titularidad colectiva y difusa. (Filipe M. Santos. "A positive theory of social entrepreneurship", *Journal of Business Ethics*, vol. 111, n.° 3, 2012, pp. 335 a 351).

7 Olga Lisbeth Crespo Hernández, Alie Pérez Véliz y Ana Rosa Andino Rubial. "Tratamiento del género como derecho fundamental: retos y perspectivas en la formación de juristas", *Ra Ximhai*, vol. 4, n.° 2, 2008, disponible en [https://www.redalyc.org/pdf/461/46140205.pdf], p. 92.

8 Naciones Unidas. *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972, disponible en [https://www.un.org/es/conferences/environment/stockholm1972].

9 Naciones Unidas. *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, disponible en [https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm].

10 Jorge Mario García Fernández y Orlando Rey Santos. *Foros de negociación e instrumentos jurídicos internacionales en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible*, La Habana, Publicaciones Acuario, Centro Félix Varela, 2005, p. 52.

11 Estos principios están reconocidos por Leonel Caraballo Maqueira y son los que aparecen recogidos como principios rectores del derecho

pios rectores reconoce "el deber de conservar la diversidad biológica por su valor *per se*", y dentro de este, al principio que informa que todo hombre y mujer tiene derecho a disfrutar de un medio ambiente sano, permitiendo ello la materialización de tres derechos fundamentales: el derecho de todo hombre y mujer a una información ambiental adecuada, el derecho a una educación ambiental óptima y el derecho de cada hombre y mujer a exigirle a las instituciones del Estado y, por tanto, el deber de este de tomar las medidas necesarias que le garanticen el pleno ejercicio del disfrute a un medio ambiente sano.

Acertada es la reflexión de Franco cuando expresa que "el medio ambiente es condición *sine qua non* de la existencia humana, pues sin condiciones ambientales adecuadas el hombre no puede sobrevivir y por tanto carece de sentido algún que otro derecho" [12], pero resultaría incomprensible que se defienda algo tan obvio como el derecho de la persona a disfrutar de un ambiente en condiciones adecuadas para su desarrollo, o lo que es lo mismo el derecho a disfrutar en definitiva un medio ambiente sano, pues hasta hace un "tiempo atrás" se podría decir que las generaciones pasadas disfrutaron de tal derecho sin la necesidad de que este fuera reconocido y expresado, pero es muy discutido que las presentes y venideras piensen lo mismo, siendo un hecho en el presente, de las incontables consecuencias de la incidencia del hombre en el deterioro del medio ambiente.

Seguido a ello, esta autora expresa que "este derecho considerado de tercera generación o derechos de solidaridad, apoyan su existencia en los principios de indivisibilidad e interdependencia y solidaridad; se reconoce además que el derecho a la vida, la salud, el desarrollo y la paz, son los ejemplos más ilustrativos de la conexión existente entre el medio ambiente y la doctrina de los derechos humanos"[13]. Es por ello que el derecho al medio ambiente extiende y refuerza el significado del derecho a la vida en el sentido de que este debe entenderse también como el derecho a una vida digna de ser vivida. Una vida que se desenvuelva en unas condiciones ambientalmente aptas, saludables, que propicien el desarrollo humano y poder hablar de vida y

ambiental cubano en el texto *Derecho ambiental cubano*, que es utilizado como texto básico para la enseñanza del derecho ambiental en las universidades cubanas.

12 Mercedes Franco del Pozo. *El derecho humano a un medio ambiente adecuado*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2000, p. 12.

13 Ídem.

no de supervivencia. Se reconoce además que el derecho al desarrollo así mismo debe entenderse como el derecho al desarrollo sostenible, concepto indisolublemente unido a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Cuando se plantea que el derecho al desarrollo sea sostenible, converge el derecho de las generaciones futuras a un medio ambiente sano y su declaración tácita la encontramos en la última década del siglo XX, cuando la Organización Educativa, Científica y Cultural de Naciones Unidas -UNESCO- como organismo de la Organización de Naciones Unidas -ONU- a iniciativa de FEDERICO MAYOR ZARAGOZA, su Director General y el comandante JACQUES COUSTEAU[14], realiza un seminario internacional y este concluye en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras, la cual fue adoptada el 26 de febrero de 1994, en la ciudad de Laguna; el preámbulo de dicha Declaración señala que el deterioro de nuestro entorno supone una amenaza al legitimo legado de las generaciones futuras, y que la vida humana digna de ser vivida sobre la Tierra únicamente será posible de forma duradera, si desde ahora se reconocen ciertos derechos a las personas pertenecientes a las futuras generaciones que les permitan ocupar el lugar que les corresponde en la cadena dela vida. Así mismo, continúa el preámbulo la afirmación de tales derechos reconocidos a estas personas se justifica por la indispensable solidaridad entre generaciones y por la unidad pasada, presente y futura del género humano. Y es de esta forma que se proclama el derecho fundamental de las generaciones futuras a "un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, propicio para su desarrollo económico, social y cultural", según la UNESCO[15].

Otro de los momentos donde se reconoce internacionalmente como derecho fundamental a un medio adecuado, lo es, al celebrarse en Bilbao en 1999, bajo los auspicios de la UNESCO y del Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU, un Seminario Internacional

14 Saint-André-de-Cubzac, Francia, 11 de junio de 1910 - París, 25 de junio de 1997.

15 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA. *Declaración sobre responsabilidades de las generaciones actuales para con las futuras*, 29 Conferencia General, París, 12 noviembre 1997, disponible en [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000110827_spa?posInSet=2&queryId=7e66861b-9179-4304-b532-32cea37d4960].

sobre el Derecho al Medio Ambiente, donde un grupo de expertos discuten la aprobación del primer documento, con vocación universal, sobre el derecho humano a un medio ambiente adecuado, reconocido el documento como la Declaración de Bizkaia sobre el Derecho al Medio Ambiente, en el preámbulo de la declaración se confirma la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos y manifiesta expresamente que :

- El derecho al medio ambiente es inherente a la dignidad de la persona.

- Está necesariamente vinculado con la garantía de los demás derechos humanos, el derecho al desarrollo.

- Es necesario que el derecho humano al medio ambiente sea reconocido en un instrumento de alcance universal.

En la mencionada Declaración, el derecho al medio ambiente se reconoce en el artículo 1.°, cuando declara en su primer apartado que "el derecho de toda persona, tanto individual como en asociación con otras, a disfrutar de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado". Así mismo, en su apartado tercero establece que "este derecho ha de ejercerse de forma compatible con los demás derechos humanos, incluidos el derecho al desarrollo"[16].

Este derecho al mismo tiempo necesita y genera otros derechos ambientales, sin los cuales el derecho a un medio ambiente sano pierde su capacidad de materialización. Nos referimos en particular a los derechos a la información ambiental, participar en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia ambiental. Quiere ello decir que, para afirmar que un ciudadano goza en efecto del derecho a un medioambiente sano, tiene que estar informado, tener capacidad de participar en los procesos que involucran transformaciones del medio ambiente y, eventualmente, reclamar en las sedes correspondientes, si así se requiere.

Las autoras centrarán su análisis en el derecho a la información ambiental, pues a decir de Novoa: "Todo hombre, ya sea que se le considera aislamiento inserto en una comunidad humana, necesi-

16 Ibíd., p. 2.

ta información. Solamente cuando alcanza un conocimiento lo más completo posible de lo que sucede en su entorno y en el mundo puede formarse una opinión...[17]", y este constituye el primer peldaño para poder ejercer el derecho a la información como parte de su derecho a un ambiente sano.

II. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN MEDIO AMBIENTAL: ANTECEDENTES

El derecho a la información es un derecho humano fundamental, que no se agota en la posibilidad de buscar, recibir y difundir informaciones desde la tradicional concepción de la libertad de expresión, que aquél implica, además, la garantía de acceder a la información que poseen los órganos de la administración pública. Este derecho a la información permite el debate público y abierto de todos los aspectos relativos a la actuación de los gobiernos, lo que sin duda resulta un elemento indispensable para el fortalecimiento de la democracia. Es una garantía fundamental que se traduce en el derecho de toda persona para buscar información, informar y ser informada y poder participar de forma activa en el logro de un medio ambiente sano.

Según Martín Mateo:

> El derecho a la información constituye un *prius* para cualquier otra acción reivindicativa o controladora de las intervenciones de la Administración, además se considera como un derecho sustantivo de titularidad colectiva genéricamente atribuido a todas las personas que deseen ejercitarlo, aún sin tener la obligación de probar un interés determinado[18].

La información ambiental según Herrera, Moreno y Escobedo, es definida como "cualquier información escrita, visual o en forma de base de datos, de que dispongan las autoridades ambientales en materia de

17 Eduardo Novoa Monreal. *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos*, México D. F., Siglo xxi, 1979.

18 Ramón Martín Mateo. "Democracia directa, democracia virtual", *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, n.° 6, 1998, p. 125.

agua, aire, suelo, flora, fauna y recursos naturales en general, así como sobre las actividades o medidas que les afectan o puedan afectarlos" [19].

Además, estos autores refieren que el derecho de acceso a la información ambiental tiene su origen en el Principio 23 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano o Declaración de Estocolmo y en el Principio 10 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, conocida como la Declaración de Río Cumbre de la Tierra, principios que plantean lo siguiente:

> *Principio 23*. Toda persona, de conformidad con la legislación nacional, tendrá la oportunidad de participar, individual o colectivamente, en el proceso de preparación de las decisiones que conciernen directamente a su medio ambiente y, cuando éste haya sido objeto de daño o deterioro, podrá ejercer los recursos necesarios para obtener una indemnización[20].

> *Principio 10*. El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes[21].

19 Agustina Herrera Espinoza, Paloma Ileana Moreno Ovando y Reyna Itzel Escobedo Fernández. "El acceso a la información ambiental", *Cuestiones Constitucionales*, n.º 29, 2013, pp. 219 a 243, disponible en [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88531578007].

20 Naciones Unidas. *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*, cit.

21 Naciones Unidas. *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, cit.

Orellana[22] expresa que algunas regiones como América Latina y el Caribe han adoptado tratados de derecho humanos y han establecido cortes que conocen casos de violaciones de derechos humanos, como por ejemplo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual reconoce los derechos de acceso; su artículo 13 ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de manera que protege la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información.

Bajo los auspicios de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas, el Convenio sobre Acceso a la Información, participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales (Convenio de Aarhus de 1998) es este tratado multilateral es jurídicamente vinculante. En el artículo 1.° sobre el objetivo reafirma que cada parte garantizará los derechos de acceso, "a fin de contribuir a proteger el derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su salud y su bienestar". La estructura de este convenio ha permitido a las partes avanzar en el desarrollo de provisiones a través de derecho blando, ejemplo de ello es que en 2005 las partes concluyeron las Directrices de Almaty, dirigidas a promover el Principio 10 en los foros donde se traten temas ambientales[23].

Debido a lo anterior, se deduce que las personas tienen la posibilidad de conocer el estado del medio ambiente en determinado lugar, podrán expresar su opinión y exigir la rendición de cuentas sobre el desempeño de las autoridades y de la sociedad, ello con el fin de prevenir graves daños ambientales o una deficiente gestión ambiental. De ahí la importancia fundamental de mejorar la implementación en la práctica de los principios de acceso a la información ambiental, para que de esta forma se contribuya a una mejor gobernabilidad ambiental.

La participación social constituye un eje rector sobre el cual descansa la evolución del derecho ambiental, en ese sentido, cuando el Estado tiene la obligación de contar con los mecanismos e instituciones que garanticen ese acceso a la información se permite una adecuada toma de decisiones y acceso a la justicia.

Se debe tomar en consideración que los individuos tienen el derecho humano de un medio ambiente adecuado, pero para que ese dere-

22 Orellana. *Tipología de instrumentos de derecho* público ambiental internacional, cit., p. 26.

23 Ibíd., p. 14.

cho se concretice deben tener una participación que les permita tener el conocimiento de los aspectos ambientales, del deterioro, fragilidad e impacto que sufre el entorno a partir de las acciones humanas. Por lo que al tener las autoridades la obligación de organizar, actualizar y compartir la información relativa a sus funciones, se permite impulsar esas acciones tendientes a identificar riesgos ambientales y como consecuencia la toma decisiones para reducirlos o eliminarlos.

Rey Santos plantea que la institucionalización de este derecho supone: "... la previa adopción del principio de transparencia en el obrar administrativo, la paulatina eliminación de los secretos públicos hasta los trámites en que ello sea posible y la apertura hacia los controles indirectos de la Administración por los administrados" [24].

Por tanto, el derecho a la información ambiental es el derecho que tiene todo ciudadano a poder obtener la capacitación necesaria en materia medioambiental para poder protegerse a sí mismo y a la sociedad en general, tanto de los fenómenos naturales como también de todos los peligros que se estén gestando en el medio ambiente que representen una amenaza o no para él. Es el derecho que se tiene sobre la información medioambiental que posean los órganos y organismos y la administración pública en general.

Para que se pueda desarrollar con eficacia la información ambiental y su acceso, se hace necesario definir las obligaciones que le corresponden a cada sujeto, encontrando como referencia la Ley española 27/2006 cuando plantea que: "... la información ambiental y el acceso a la misma tiene una vertiente activa, la cual consiste en la difusión por las autoridades públicas de la información ambiental y una vertiente pasiva, la cual consiste en el acceso a la información ambiental previa solicitud" [25]. Así mismo, Casado se refiere a que "ambas facetas son indispensables para que los ciudadanos puedan disfrutar de un medio ambiente adecuado reconocido en el artículo 45 de la Constitución

24 Orlando Rey Santos. *Fundamentos del derecho ambiental*, La Habana, Ediciones onbc, 2012, p. 173.

25 Ley 27 de 18 de julio de 2006, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE), *Boletín Oficial del Estado*, n.° 171, de 19 de julio de 2006, disponible en [https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-13010-consolidado.pdf].

Española"[26]. Cuando las autoridades públicas asumen el papel de sujeto activo, en la medida en que están obligadas a difundir información ambiental sin que medie previa solicitud, en ese momento los ciudadanos son sujetos pasivos o simples destinatarios, de una información que no han tenido que solicitar.

La difusión de la información por las autoridades u organismos en materia ambiental debe estar regulada por una norma específica de esta materia, según plantea Casado:

> Como es el caso de España, con la Ley 27/2006 la que recoge en su articulado del 6 al 9, una serie de obligaciones específicas en materia de difusión ambiental y además se establece el contenido mínimo de la información objeto de difusión, la previsión de divulgación de casos de amenaza inminente para la salud humana o el medio ambiente[27].

En el acceso pasivo de la información ambiental, las autoridades públicas ofrecen respuesta a las solicitudes de información ambiental planteadas por cualquier persona, "el protagonista es el ciudadano, como solicitante de la información es la administración quien adopta el rol de sujeto pasivo, como obligada a suministrar la información ambiental que le han solicitado", según Casado[28]. Pero cuando se habla de cualquier persona debe reconocerse el derecho de acceso a la información ambiental no solo a las personas físicas, sino también a las jurídicas, ya sean públicas o privadas, no obstante, en la doctrina administrativa española (por ejemplo, Cerrillo Martínez[29], Martín Mateo[30] y Sánchez Morón[31]), entendió bajo la vigencia de la Ley 38 de 1995,

26 Lucía Casado Casado. "El acceso a la información ambiental en España: luces y sombras", *Derecho pucp*, n.° 70, 2013, disponible en [https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6753], p. 252.

27 Ídem.

28 Ídem.

29 Agustí Cerrillo i Martínez. "Los principios de los datos abiertos en la legislación española", *idp: Revista de Internet, Derecho y Política*, n.° 19, 2014, pp. 62 a 77, disponible en [https://raco.cat/index.php/IDP/article/view/n19-cerrillo].

30 Ramón Martín Mateo. "Silencio positivo y actividad autorizante", *Revista de Administracion Publica*, n.° 48, 1965, pp. 205 a 240, disponible en [https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/2242919650482O5.pdf].

31 Miguel Sánchez Morón. "Función, límites y control judicial de la dis-

"que no debían considerarse incluidas dentro de las personas jurídicas las administraciones públicas como sujeto activo, ya que sus faculta desde acceso a la información ambiental en poder de otras administraciones debían canalizarse a través de las relaciones interadministrativas, que imponen deberes recíprocos de intercambio de información"[32].

III. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE DESDE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE CUBA

Estudios como el de Cánovas, en su artículo "Tutela constitucional del medio ambiente", reconocen que:

> Con posterioridad a la Cumbre sobre Medio Ambiente y Desarrollo en Río de Janeiro, 1992, se produce la recepción de la temática ambiental en la mayoría de las constituciones adoptadas con posterioridad a esa fecha, o cuyo texto fue reformado para ese entonces. En la actualidad, más de cien constituciones reconocen el derecho a un ambiente limpio y saludable, imponen el deber a los Estados de prevenir el daño ambiental, o simplemente mencionan y la protección del ambiente o de los recursos naturales. Si fuéramos a agrupar estos contenidos conforme fueron apareciendo en la reciente historia del Derecho Constitucional Ambiental, habría que empezar con la imposición del deber al Estado de proteger el medio ambiente, o al menos algunos recursos naturales seleccionados por su importancia. Seguidamente, cabría mencionar la incorporación del derecho a un medio ambiente sano y equilibrado entre los derechos fundamentales, y a partir de allí, entonces se incursiona en otros ámbitos aparentemente más alejados de estos[33].

crecionalidad administrativa", *Ius et Veritas*, n.° 43, 2011, pp. 260 a 270, disponible en [https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12064].

32 Ley 38 de 12 de diciembre de 1995, sobre el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente, *Boletín Oficial del Estado*, n.° 297, de 13 de diciembre de 1995, disponible en [https://www.boe.es/eli/es/l/1995/12/12/38].

33 Daimar Cánovas González (comp.). *Panorama del derecho ambiental cubano: antología de la revista cubana del derecho ambiental*, La Habana, Sello Editorial ama, 2019.

El simple hecho de aparecer el medio ambiente como bien jurídico protegido en el texto constitucional, ya es relevante dada la trascendencia social del mismo y la intención de priorizarlo en relación con otros valores igualmente merecedores de protección. La Constitución de cualquier país puede definirse de cierta manera como la reunión de los bienes jurídicos más importantes en una sociedad y un tiempo determinado.

Como se ha puesto de relieve con acierto, la Constitución es expresión normativa, pero que igual consagra valores e ideales. Para Prieto son "... principios e intereses de los grupos, sectores o clases políticamente dominantes, los que los harán valer sobre toda la sociedad" [34]. Es en la constitución donde se definen esos valores fundamentales para la vida humana, que se produce y reproduce necesariamente en sociedad, pues de lo contrario dejaría de ser humana.

Cánovas asume que es "posible identificar igualmente los beneficios que provoca la recepción en la Constitución de la protección del medio ambiente, pero no puede olvidarse que la Constitución le da mayor visibilidad a los contenidos que tutela, lo que trasciende a través de la función educativa que siempre desempeña"[35]. La constitución constituye modelo de conducta para los ciudadanos, en cuanto encarna determinados valores, valores que, de permanecer relegados a las normas ordinarias, no serían suficientemente promovidos, aunque su consagración en la Carta Magna para nada sea garantía absoluta de su observancia.

Por otra parte, para Knight "en la Constitución la orientación garantista de la tutela de los derechos sociales no debe conculcar con los intereses económicos del Estado, pues este debe estar en relación directa con las aspiraciones sociales" [36]. En este sentido refiere además que "la constitución económica, la parte dogmática, y la parte orgánica constituyen el fondo o esencia de la razón de la trascendencia lógica de la progresividad de los derechos y el bienestar general de la

34 Mercedes Prieto. "Funciones de la Constitución", *Revista Jurídica*, año 5, n.° 9, 2004, p. 43.

35 Cánovas González (comp.). *Panorama del derecho ambiental cubano: antología de la revista cubana del derecho ambiental*, cit.

36 Idarmis Knight Soto. "Constitucionalidad, políticas públicas y exigibilidad de los derechos sociales. Su expresión en el contexto cubano", *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, vol. 24, n.° 1, 2018, p. 3.

sociedad"[37] y el derecho de protección del medio ambiente constituye un derecho progresivo, si tenemos en cuenta que este, a pesar de su reconocimiento, se garantizara de forma paulatina.

La constitucionalización de la protección ambiental muchas veces reviste la forma de la imposición de un deber general que prescinde de la licitud de cualquier conducta no opuesta frontalmente a una disposición normativa, pues sobre todos pesa este deber. Así, las facultades de cualquier titular estarían mediadas por el deber general de protección ambiental, esta es la estructura que asumió la Constitución cubana de 1976 cuando declaraba que para asegurar el bienestar de los ciudadanos, el Estado y la sociedad protegen la naturaleza e incumbe a los órganos competentes y además a cada ciudadano velar porque sean mantenidas limpias las aguas, la atmósfera, y que se proteja el suelo, la flora y la fauna.

La Carta Magna cubana en 1992 sufrió una reforma constitucional, la cual trajo consigo una serie de transformaciones en el orden económico, político y social, y al calor del proceso que se iniciara con la aparición en el texto de la Declaración de Río cuando expresa que "el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo ambientales de las generaciones presentes y futuras", se le da una nueva redacción al artículo 27 con respecto al medio ambiente, estableciendo que:

> El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país, que este reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo económico y social sostenible para ser más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras. Corresponde a los órganos competentes aplicar esta política, y seguidamente establece que es deber de los ciudadanos contribuir a la protección del agua, la atmósfera, la conservación del suelo, la flora, la fauna y todo el rico potencial de la naturaleza.

Según el precitado artículo 27 de la Constitución de la República, a decir de Cánovas: "Al establecer dicho texto la obligación del Estado y los ciudadanos de proteger el medio ambiente, el mismo se con-

37 Ídem.

sagra como un derecho constitucionalmente protegido, elevado a la categoría de principio configurativo del ordenamiento político y jurídico"[38]. Después este mismo autor hace referencia a Pascual Expósito, cuando reflexiona planteando que "en realidad, este derecho pudiera estimarse implícito como contrapartida del reconocimiento del deber del estado y de todo ciudadano para con la protección del medio ambiente"[39].

Lo anterior ha sido oído por el legislador y en la Constitución de la República de Cuba, refrendada el 24 de febrero del 2019 y promulgada el 10 de abril del propio año, se reconoce en su articulado, en el Capítulo II sobre Derechos, del Título V Derecho Deberes y Garantías, en su artículo 75 que "todas las personas tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y equilibrado...", haciendo referencia al principio que fuera invocado por las convenciones internacionales y poniéndose a tono con la Ley de Medio Ambiente en Cuba. A su vez, continúa en su segundo párrafo invocando el deber que tiene el Estado para con este derecho, cuando expresa que "el Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo sostenible de la economía y la sociedad para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras".

El legislador cubano cuando reconoce el derecho a un medio ambiente sano le incluye el adjetivo de equilibrado, a decir de Rey, "ello crea nuevos problemas metodológicos. Es sabido que la naturaleza no vive en equilibrio, sino que fluye constantemente" [40]. De igual modo lo hace la sociedad, por lo que la idea de equilibrado para este autor no es ni siquiera factible, tema que a pesar de ser interesante no constituye objeto de estudio en este trabajo.

Para el estudio de la garantía del derecho a una información adecuada se realizará el análisis de su presencia en el constitucionalismo cubano, y es allí cuando encontramos que en la Constitución cubana de 1976, en el artículo 53 reconocía a los ciudadanos libertad de palabra y prensa conforme a los fines de la sociedad socialista y que para ejercitarlo se brindan las condiciones materiales dado que la prensa, la radio, la televisión, el cine y otros medios de difusión masiva son

38 Cánovas González (comp.). *Panorama del derecho ambiental cubano: antología de la revista cubana del derecho ambiental*, cit.

39 Ídem.

40 Rey Santos. *Fundamentos del derecho ambiental*, cit.

de propiedad estatal o sociales, y esto asegura su uso al servicio exclusivo del pueblo trabajador y del interés de la sociedad. Del análisis jurídico de dicho artículo se infiere que la Constitución garantizaba a los ciudadanos la libertad de prensa, o sea la libertad a estar informado conforme a los fines de la sociedad socialista el cual constituye el límite jurídico a este derecho, pero no se trataba en la Constitución el término *derecho a la información* propiamente dicho, y mucho menos a la información ambiental.

A partir de la promulgación de la nueva Constitución de la República la cual fuera proclamada por la Asamblea Nacional del Poder Popular en fecha 10 de abril de 2019, se ha dispuesto por el legislador el derecho a la información con la característica de que esta debe ser *veraz, oportuna y transparente*, lo cual nos demuestra el desarrollo del pensamiento y la necesidad de ponerse a tono con el contexto nacional e internacional y lograr la verdadera participación ciudadana, ello se regula en los artículos siguientes:

- Artículo 53. Todas las personas tienen derecho a solicitar y recibir del Estado información veraz, objetiva y oportuna y a acceder a la quese genere en los órganos del Estado y entidades, conforme a las regulaciones establecidas.

- Artículo 61. Las personas tienen derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, las que están obligadas a tramitarlas y dar respuestas oportunas, pertinentes y fundamentadas en el plazo y según el procedimiento establecido en la ley.

- Artículo 78. Todas las personas tienen derecho a consumir bienes y servicios de calidad y que no atenten contra su salud, y a acceder a la información precisa y veraz sobre estos, así como a recibir u trato equitativo y digno de conformidad con la ley.

El reconocimiento del derecho del hombre y la mujer a disfrutar de un medio ambiente sano basado en el ejercicio de los derechos que lo complementan como son: el derecho una información ambiental adecuada y el derecho a una educación ambiental óptima, así como el derecho a la información. El reconocimiento de estos derechos en la nueva Constitución de la República constituye la respuesta del legislador a la necesidad de lograr la implementación y garantía de este derecho y para ello se hace necesario trabajar en concientizar a los

ciudadanos, la administración, las entidades públicas y privadas en la responsabilidad de todos en lograr implementar mecanismos, instrumentos para una efectiva información ambiental, ello pudiera verse en un futuro en una norma complementaria sobre la información transparente, donde lo ambiental esté presente.

IV. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL EN LA LEY 81 DEL MEDIO AMBIENTE EN CUBA

En la Ley 81 del Medio Ambiente, específicamente en el artículo 3.° inciso d), es donde primero se hace referencia a la información cuando la ley proclama que "es deber del Estado, los ciudadanos y la sociedad en general proteger el medio ambiente mediante el constante incremento de los conocimientos de los ciudadanos acerca de las interrelaciones del ser humano, la naturaleza y la sociedad"[41]. Nótese que la legislación ambiental reconoce la necesidad de que los ciudadanos estén informados para garantizar la protección del medio ambiente pero lo hace reconociéndolo como un deber del Estado, los ciudadanos y la sociedad, es decir, que estos garanticen dicha protección mediante el incremento de los conocimientos de los ciudadanos de los fenómenos, interacciones, procesos en fin de que los ciudadanos conozcan en principio y estén correctamente informados de cómo sus acciones afectan de un modo u otro al medio ambiente del cual forman parte.

Seguido, en el artículo 4.° inciso e) de la propia ley establece que "toda persona debe tener acceso adecuado conforme a lo legalmente establecido al respecto, a la información sobre medio ambiente que posean los órganos y organismos estatales", como uno de los principios en que se basan las acciones ambientales para un desarrollo sostenible, dándole igual tratamiento cual si fuese un deber del ciudadano, más que un derecho propio a que el Estado le facilite dicha información, sobre lo que acontece en el medio ambiente.

De forma continua, en el mismo artículo de la citada ley, en el inciso k) el legislador establece que "el conocimiento público de las actuaciones y decisiones ambientales y la consulta de la opinión de la ciu-

41 Ley 81 de 11 de julio de 1997, Ley General del Ambiente (Cuba), *Gaceta Oficial*, n.° 7 extraordinaria, de 11 de julio de 1997, disponible en [https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/ley-81-de-1997-de-asamblea-nacional-del-poder-popular].

dadanía, se asegurará de la mejor manera posible, pero en todo caso con carácter ineludible", lo que conlleva a reflexionar que en virtud de este artículo la legislación ambiental obliga a los ciudadanos, como lo dice en su texto de forma obligatoria, o sea, que estos no lo pueden pasar por alto, que no lo pueden evitar, a conocer las actuaciones y decisiones ambientales la cual plantea dicho artículo que será incluso garantizada de la "mejor manera posible", considerando que este término implica esfuerzos, pero deja ambigüedades en su interpretación. A su vez, el siguiente inciso l) expresa: "... toda persona natural o jurídica, conforme las atribuciones que la Ley le franquee deben contar con los medios adecuados y suficientes que le permitan accionar en la vía administrativa o judicial, según proceda, para demandar el cumplimiento de lo establecido en la presente Ley y en sus disposiciones complementarias".

En la actualidad, la Sala de lo Económico de los Tribunales Provinciales tienen competencia para analizar las cuestiones ambientales surgidas a partir de la contratación, sin embargo, en análisis realizado de estadísticas de los años 2015 a 2020, en la Sala de lo Económico del Tribunal de Pinar del Río[42] solo se han presentado cuatro casos, lo que demuestra el poco conocimiento y ejercicio de este derecho. Se considera que el no ejercicio de este derecho puede estar limitado, a decir de Delgado "al papel preponderante que juega la divulgación del derecho, como mecanismo indispensable para adquirir conocimiento jurídico permitiendo elevar la cultura jurídica y la educación de los ciudadanos"[43], y la necesidad de la información de las normas ambientales. Considera también dicha autora que una elevada cultura jurídica es la condición necesaria de la realización consciente y efectiva por cada ciudadano de su deber ante la sociedad y el Estado, posibilitando el conocimiento y estricto cumplimiento de las leyes[44].

Dentro de los objetivos de la Ley 81 en su artículo 9.°, establece el inciso d) "desarrollar la conciencia ciudadana en torno a los problemas del medio ambiente integrando la educación, la divulgación y la infor-

42 Se realiza entrevista a la presidenta de la Sala de lo Económico del Tribunal Provincial Popular de Pinar del Río, quien brinda esta información.

43 Marla Iris Delgado Knight. "Algunas reflexiones en torno a la legalidad, cultura jurídica y comportamiento ciudadano", *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, mayo de 2012, disponible en [https://www.eumed.net/rev/cccss/20/midk.html].

44 Ídem.

mación ambiental". Resulta interesante destacar que el legislador incluye dentro de los objetivos de la ley a la información ambiental como garante de una conciencia ciudadana ambiental, lo cual es relevante dado que para garantizar un medio ambiente sano, nada es más importante que el reconocimiento por parte de los ciudadanos de las necesidades del mismo, o sea, la toma de conciencia para lograr una vida adecuada y que no es posible lograrlo si estos no están informados de los problemas que afectan el medio ambiente y cómo los puede perjudicar.

En el Título III de la mencionada Ley, el cual se titula "Instrumentos de la política y la gestión ambiental", en el artículo 18 inciso f) se establece que "la política ambiental cubana se ejecuta mediante una adecuada gestión que utiliza como uno de sus instrumentos el Sistema de Información Ambiental"; regulándose en el capítulo V de la propia ley el Sistema Nacional de Información Ambiental, el cual tiene como objetivo en virtud del artículo 34 "garantizar al Estado, al gobierno, y a la sociedad en general la información requerida para el conocimiento, la evaluación y la toma de decisiones relativa al medio ambiente".

El organismo encargado de "dirigir y controlar las acciones del Sistema Nacional de Información Ambiental es el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente en coordinación con el Ministerio de Economía y Planificación y demás órganos y organismos competentes" (art. 35), así mismo, en el artículo 36 se establece que los órganos y organismos estatales tienen la obligación de mantener y facilitar al Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente toda la información contenida en los indicadores para el funcionamiento del Sistema Nacional de Información Ambiental a los efectos de evaluar y diagnosticar la situación ambiental existente de forma gratis y sin perjudicar los derechos de propiedad intelectual.

Por su parte, se preceptúa en el artículo 37 "que el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente establecerá los mecanismos y procedimientos para que la población pueda acceder a la información contenida en el Sistema, y que este procurará su difusión periódica mediante diferentes vías".

Para Fernández Márquez[45], en la práctica, el principio de acceso a la información ambiental, en Cuba aún está en una incipiente etapa de implementación, sin embargo, el Estado mediante diferentes me-

45 Argelia Fernández Márquez. "Acceso a la información ambiental en Cuba", *Cub@: Medio Ambiente y Desarrollo*, vol. 9, n.° 16, 2009, disponible en [https://cmad.ama.cu/index.php/cmad/article/view/126].

canismos e instrumentos ha diseñado una política informativa cumpliendo lo preceptuado en la norma ambiental y en la Constitución de la República, a continuación, hacemos referencia a algunos de ellos.

En la actualidad existen diferentes vías para garantizar el acceso a la información:

1. Internet, a través del portal web [www.medioambiente.cu] principal aplicación de consulta en línea sobre medio ambiente en el país, se crea en el 2001 y dentro de sus objetivos se encuentran: a) Ofrecer una herramienta eficaz para la toma de decisiones; b) Contribuir a la educación y concientización de los ciudadanos; c) Ocupar un vacío informativo en lo que se pudiera llamarla Internet nacional, en lo referente a la información ambiental; d) Mostrar al mundo los principales logros alcanzados por Cuba en la esfera ambiental.

2. La existencia de los portales provinciales dedican un espacio a la actividad ambiental ya la vez se tiene acceso a [www.medioambiente.cu].

3. Publicaciones: diferentes revistas que se encuentran indexadas las cuales publican artículos, resultado de investigaciones, como por ejemplo la *Revista Electrónica Cuba: Medio Ambiente y Desarrollo*.

4. Enlaces de interés: sitios y portales de los Organismos de la Administración del Estado -OACE-, de los Órganos Locales del Poder Popular, instituciones, redes, proyectos y provincias relacionados, entre otros, los cuales están interconectados al sitio [www.medioambiente.cu], accediendo además al sitio de ciudadanía ambiental - Cuba.

5. Materiales impresos: anualmente se publica el *Boletín Situación Ambiental Cubana* que proporciona información actualizada acerca de la evolución e insuficiencias y algunas tendencias que se hacen visibles en el campo ambiental. Cada cinco años se desarrolla con el apoyo del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente -PNUMA- la evaluación integrada del medio ambiente a partir de la metodología GEO que basa su análisis en el modelo: fuerzas motrices, presión, estado, impacto, respuesta.

La colaboración con la Oficina Nacional de Estadística en la producción de las siguientes publicaciones: a) Medio Ambiente en Cifras; b) Anuario Estadístico de Cuba; c) Primer Compendio de Estadísticas del Medio Ambiente.

6. Medios audiovisuales: la televisión emite mensajes del bien público medio ambiente. Se dispone de una videoteca ambiental (Cuba es miembro de la Red de Videotecas Ambientales de América Latina y el Caribe), donada por la Oficina Regional del PNUMA, a través de la cual se apoya a conferencistas, comunicadores, profesores, etc., así como a diferentes programas de la televisión.

7. Servicios de la Biblioteca Ambiental: a través de esta biblioteca de la Agencia de Medio Ambiente se ofrece servicio público de búsquedas de información por vía electrónica, telefónica o personal y los interesados pueden obtener información sobre diferentes temáticas ambientales. Se dispone de libros, publicaciones y otros documentos (impresos y digitales), videos sobre temas ambientales, CD y multimedia para la consulta.

En sentido general se constata el escaso uso por parte del público de estos sitios y portales digitales, además no existe una interacción en los mismos. En materia de información ambiental es válido reconocer que contamos con algunos recursos, sin embargo, el derecho de acceso a la información ambiental es más bien limitado, la Ley de Medio Ambiente establece principios generales en torno a la implementación de los derechos de acceso, pero estos no han tenido un respaldo legal adecuado, pues no se cuenta con una ninguna ley que implemente este acceso.

Es válido apuntar que, en la actualidad, dentro del cronograma legislativo de Cuba se encuentra la presentación del Anteproyecto de la Ley de Transparencia y Acceso de la Información, la cual será presentada por el Ministerio de Ciencia Tecnología y Medio Ambiente y como parte de este proceso de desarrollo del sistema de información ambiental, se trabaja en la definición de los indicadores ambientales para la toma de decisiones y se proponen algunas directrices para su efectiva regulación.

V. PROPUESTA DE DIRECTRICES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL COMO PARTE DEL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO EN LA LEGISLACIÓN CUBANA

En febrero de 2010 en Bali, Indonesia, el Consejo de Administración del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente aprobó las Directrices de Bali[46] para guiar la elaboración de las legislaciones nacionales en la protección de los derechos de acceso. Estas incluyen 26 directrices organizadas bajo los tres pilares del Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro: Información, Participación y Justicia; su objetivo era llenar los vacíos y fortalecer el marco legal interno de los países. Se reconoce que el propósito de estas directrices voluntarias es proporcionar una orientación general a los Estados, que con ellas no se debe enmendar la legislación o las prácticas nacionales que contemplan un mayor acceso a la información que las que prevén estas directrices.

Es con la Ley 81 de 11 de julio de 1997 "Del Medio Ambiente", que el reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano adquiere un carácter expreso en nuestro sistema legal. La intención y relevancia de la plasmación de ese derecho se ofrece desde el preámbulo de la ley cuando advierte que: "Es necesario consagrar, como un derecho elemental de la sociedad y de los ciudadanos, el derecho a un medio ambiente sano y a disfrutar de una vida saludable y productiva, en armonía con la naturaleza, en tanto los seres humanos constituyen el objetivo esencial del desarrollo sostenible"[47].

Como se ha expresado en acápites anteriores, la Constitución de la República de Cuba refrendada en 24 de febrero del 2019, reconoce en su articulado en el Capítulo II sobre Derechos, del Título V Derecho Deberes y Garantías, en su artículo 75, el derecho que tienen todas las personas a disfrutar de un medio ambiente sano y equilibrado, haciendo referencia al principio que fuera invocado por las con-

46 Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. "Directrices para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en asuntos ambientales", adoptado por el Consejo de UNEP en la Decisión SS.XI/5, parte A de 26 de febrero 2010, disponible en [http://www.pnuma.org/sociedad_civil/reunion2013/documentos/STAKEHOLDER%20PARTICIPATION/2010%20Directrices%20Bali%20Acceso.pdf].

47 Ley 81 de 11 de julio de 1997, cit.

venciones internacionales y poniéndose a tono con la Ley de Medio Ambiente en Cuba.

Así mismo, esta invoca la necesidad de información que tiene la ciudadanía cuando en su articulado recoge dentro del Título v, Capítulo II Derechos, artículo 53: Todas las personas tienen derecho a solicitar y recibir del Estado información veraz, objetiva y oportuna, y a acceder a la que se genere en los órganos del Estado y entidades, conforme a las regulaciones establecidas. Se muestra así la necesidad de la trasparencia en la información que caracterizan la información, veraz, objetiva y oportuna, a lo cual se suman los beneficios del sistema oral, del debate jurídico, teniendo en cuenta que "oralidad y Derecho muestran un nexo ineludible, desde los propios orígenes de la retórica"[48].

Para poder ostentar este derecho se hace necesario implementar el derecho a la información ambiental como uno de los presupuestos para la realización óptima del derecho a un medio ambiente sano. En cierta medida, lo que se pretende con la presentación de estas directrices es reformular la norma marco o lograr con ellos implementar una norma que regule la información ambiental como garantía al derecho a un medio ambiente sano, y dentro de ellas proponemos los siguientes:

1. Reconocer como información pública ambiental cualquier información producida, obtenida, en poder o bajo control de los organismos públicos, así como las actas de las reuniones oficiales y expedientes de la administración pública y las actividades de entidades y personas que cumplan funciones públicas relacionadas con el ambiente, los recursos naturales y el desarrollo sostenible. Ello constituiría un deber del Estado en garantizar que sus autoridades públicas reúnan y actualicen periódicamente la información ambiental, se regulará la sistematicidad con que se actualizará la información ambiental, así como la periodicidad en que se difunda.

2. En cuanto a quiénes deben proporcionar la información relacionada con la calidad ambiental, las nuevas inversiones, los procesos de evaluación de impacto ambiental se considera que deben ser todas las personas naturales y jurídicas públicas y privadas, pues en la

48 Lisett Daymaris Páez Cuba. "La oralidad: su repercusión para la ciencia jurídica y la enseñanza del derecho", *Enunciación*, vol. 25, n.° 2, 2020, disponible en [https://revistas.udistrital.edu.co/index.php/enunc/article/view/16005], p. 210.

norma marco se reconoce que es responsabilidad del Ministerio de Ciencia Tecnología y Medio Ambiente, los demás organismos del aparato estatal, brindar esta información, sin embargo, hoy existen en nuestro tejido económico actual un grupo de entes que pudieran aportar informaciones relevantes para el sistema ambiental en el territorio nacional.

3. Al reconocer el acceso a la información como un derecho en la Constitución de la República y en la norma marco ambiental, partiendo primero de garantizarla a través de instrumentos de política y gestión ambiental y lograr su instrumentación y funcionamiento, se debe en norma jurídica independiente garantizar este derecho y cumplimentando el principio de sectorialización y centralización del marco institucional, para las informaciones ambientales disponer que el organismo rector es el Ministerio de Ciencia Tecnología y Medio Ambiente como órgano facultado. Se tendrá en cuenta que este organismo tiene delegaciones en todas las provincias del país y en los municipios, agencias municipales, las cuales tendrán la facultad de ofrecer, gestionar y publicar la información ambiental, logrando con ello acercarle al público este trámite, no obstante, este organismo como órgano rector podrá establecer cuáles serían las informaciones que los demás organismos u organizaciones podrían gestionar.

4. El derecho a solicitar, consultar y recibir información pública ambiental. Se considera que toda persona natural o jurídica colectiva, en este caso como sujeto activo, podrá ejercer ese derecho, además tendrá el derecho a recibir dicha información de forma completa, veraz, adecuada, oportuna y gratuita. Sobre el tema de las gratuidades, pudiera establecerse que el contenido de la información así lo sea, no obstante, la entrega de esta en el soporte que se disponga deberá ser costeada por el solicitante a un costo mínimo y la recaudación generada se ingresaría al Fondo para la Protección del Medio Ambiente, el que se encuentra legalmente establecido en el país[49].

49 La creación del Fondo por ley, se materializó mediante la Resolución Conjunta 1-99 de 7 de junio de 1999 de los ministros de Finanzas y Precios y Economía y Planificación y esta establece una junta multisectorial para su atención y facultó al Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente para reglamentar su funcionamiento; en esta resolución se indican las fuentes y destinos de los ingresos del Fondo.

5. La forma de solicitud de la información ambiental podrá ser escrita, verbal o electrónica. Se considera por las autoras que no debe ser necesario tener que acreditar los motivos por los que se solicita dicha información, cumpliendo parte de las directrices de Bali, reconociendo el carácter público de las informaciones, sin embargo, se debe evitar solicitudes irrelevantes, pues no tiene caso preguntar solo por preguntar. Sea cual sea el motivo por el que el ciudadano solicita la información, la misma no se le podría negar, quien solicite deberá indicar su identidad y/o representación en el supuesto de tratarse de personas jurídicas, sus datos de contacto con el propósito de que el solicitante sea consultado de ser necesario y su firma.

6. La norma deberá especificar la excepción de la obligación de facilitar la información ambiental, así como cuáles serían las informaciones que las autoridades públicas no podrían difundir. En este caso nos encontramos en la doble faceta del derecho de acceso a la información ambiental: la de suministro pasivo y la de suministro activo de la información.

7. La norma pudiera además contar con los plazos mínimos y máximos de entrega de dicha solicitud de información, además si la autoridad considerara la denegación de esta solitud, se notificará en escrito fundado que expondrá los motivos y se dará paso a informar el procedimiento de recurso que pudiera interponerse contra la resolución emitida por la autoridad competente.

CONCLUSIONES

El derecho a la información es un derecho humano fundamental que implica la garantía de acceder a la información que poseen los órganos de la administración pública que permite el debate público y abierto de todos los aspectos relativos a la actuación de los gobiernos, lo que sin duda resulta un elemento indispensable para el fortalecimiento de la democracia y más importante aún, para el logro efectivo de un medio ambiente sano.

Este derecho tiene su origen y sus primeras raíces en la Conferencia de Estocolmo, muy trascendente para el Derecho Ambiental Internacional ya que sentó las bases para la su conformación y la con-

cientización ambiental ciudadana, específicamente en el Principio 23 de la Declaración y en el Principio 10 de la Cumbre de Río de Janeiro.

En la Constitución que se refrendó en 24 de febrero de 2019, aparece el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado de todas las personas y el derecho a la información veraz, objetiva y oportuna. Sin embargo, en la Constitución cubana de 1976 no aparecía regulado el derecho a la información ambiental como un derecho de cada ciudadano, al remitirse a la Ley 81, ley fundamental vigente en materia de medio ambiente, la cual reconoce este principio como principal garante del derecho a disfrutar de un medio ambiente sano.

Con respecto al análisis de la normativa ambiental, es necesario destacar que la ley no brinda un concepto de derecho a la información ambiental, pero que es clara en la regulación y protección del mismo, dándole tratamiento como deber y como derecho ineludible de cada ciudadano. Además, en la misma se establece un Sistema Nacional de Información Ambiental dirigido y controlado por el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente que forma parte de los instrumentos de gestión ambiental cubanos, y que es el principal garante de la información ambiental a los ciudadanos, la cual se realiza de manera periódica y mediante diferentes vías. Sin embargo, se hace necesario el estudio y aprobación de una norma adjetiva que desarrolle los procedimientos para una efectiva garantía del derecho a la información ambiental.

Luego de una revisión teórica y su análisis en la praxis jurídica, se han presentado algunas directrices a tener en cuenta para la promulgación de una norma sobre la información ambiental, teniendo como premisa fundamental lograr el derecho a un medio ambiente sano en el ordenamiento jurídico ambiental cubano.

BIBLIOGRAFÍA

Cánovas González, Daimar. "La tutela constitucional del ambiente", *Revista Cubana de Derecho Ambiental*, año VI, n.° 15, 2015, pp. 1 a 38, disponible en [https://cuba.vlex.com/vid/tutela-constitucional-ambiente-792302225].

Cánovas González, Daimar (comp.). *Panorama del derecho ambiental cubano: antología de la revista cubana del derecho ambiental*, La Habana, Sello Editorial AMA, 2019.

Caraballo Maqueira, Leonel. *El pensamiento ambiental cubano*, La Habana, Dirección Jurídica del citma, 2007.

Casado Casado, Lucía. "El derecho de acceso a la información ambiental a través de la jurisprudencia", *Revista de Administración Pública*, n.° 178, 2009, pp. 281 a 322, disponible en [https://recyt.fecyt.es/index.php/rap/article/view/46472].

Casado Casado, Lucía. "El acceso a la información ambiental en España: luces y sombras", *Derecho pucp*, n.° 70, 2013, pp. 241 a 278, disponible en [https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6753].

Cerrillo i Martínez, Agustí. "Los principios de los datos abiertos en la legislación española", *idp. Revista de Internet, Derecho y Política*, n.° 19, 2014, pp. 62 a 77, disponible en [https://raco.cat/index.php/idp/article/view/n19-cerrillo].

Crespo Hernández, Olga Lisbeth; Alie Pérez Véliz y Ana Rosa Andino Rubial. "Tratamiento del género como derecho fundamental: retos y perspectivas en la formación de juristas", *Ra Ximhai*, vol. 4, n.° 2, 2008, pp. 79 a 103, disponible en [https://www.redalyc.org/pdf/461/46140205.pdf].

Declaración de Bizkaia sobre el Derecho al Medio Ambiente, Bilbao, España, 12 de febrero de 1999, disponible en [https://www.carbonell-law.org/NuevoDiseno/ozonomio/revista6/Legislacion/bizcaia.pdf].

Delgado Knight, Marla Iris. "Algunas reflexiones en torno a la legalidad, cultura jurídica y comportamiento ciudadano", *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, mayo de 2012, disponible en [https://www.eumed.net/rev/cccss/20/midk.html].

Fernández Márquez, Argelia. "Acceso a la información ambiental en Cuba", *Cub@: Medio Ambiente y Desarrollo*, vol. 9, n.° 16, 2009, disponible en [https://cmad.ama.cu/index.php/cmad/article/view/126].

Franco del Pozo, Mercedes. *El derecho humano a un medio ambiente adecuado*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2000.

García Fernández, Jorge Mario y Orlando Rey Santos. *Foros de negociación e instrumentos jurídicos internacionales en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible*, La Habana, Publicaciones Acuario, Centro Félix Varela, 2005.

Herrera Espinoza, Agustina; Paloma Ileana Moreno Ovando y Reyna Itzel Escobedo Fernández. "El acceso a la información ambiental", *Cuestiones Constitucionales*, n.° 29, 2013, pp. 219 a 243, disponible en [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88531578007].

Knight Soto, Idarmis. "Constitucionalidad, políticas públicas y exigibilidad de los derechos sociales. Su expresión en el contexto cubano", *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, vol. 24, n.° 1, 2018.

Ley 38 de 12 de diciembre de 1995, sobre el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente (España), *Boletín Oficial del Estado*, n.° 297, de 13 de diciembre de 1995, disponible en [https://www.boe.es/eli/es/l/1995/12/12/38].

Ley 81 de 11 de julio de 1997, Ley General del Ambiente (Cuba), *Gaceta Oficial*, n.° 7 extraordinaria, de 11 de julio de 1997, disponible en [https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/ley-81-de-1997-de-asamblea-nacional-del-poder-popular].

Ley 27 de 18 de julio de 2006, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE) (España), *Boletín Oficial del Estado*, n.° 171, de 19 de julio de 2006, disponible en [https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-13010-consolidado.pdf].

Martín Mateo, Ramón. "Silencio positivo y actividad autorizante", *Revista de Administración Pública*, n.° 48, 1965, pp. 205 a 240, disponible en [https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/224291965048205.pdf].

Martín Mateo, Ramón. "Democracia directa, democracia virtual", *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, n.° 6, 1998, pp. 229 a 250.

Naciones Unidas. *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972, disponible en [https://www.un.org/es/conferences/environment/stockholm1972].

Naciones Unidas. *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, disponible en [https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm].

Novoa Monreal, Eduardo. *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos*, México D. F., Siglo xxi, 1979.

Orellana, Marcos A. *Tipología de instrumentos de derecho público ambiental internacional*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2014, disponible en [https://repositorio.cepal.org/handle/11362/37184].

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. *Declaración sobre responsabilidades de las generaciones actuales para con las futuras*, 29 Conferencia General, París, 12 noviembre 1997, disponible en [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000110827_spa?posInSet=2&queryId=7e66861b-9179-4304-b532-32cea37d4960].

Páez Cuba, Lisett Daymaris. "La oralidad: su repercusión para la ciencia jurídica y la enseñanza del derecho", *Enunciación*, vol. 25, n.° 2, 2020, pp. 206 a 219, disponible en [https://revistas.udistrital.edu.co/index.php/enunc/article/view/16005].

Pérez Matos, Nuria Esther. "El derecho a la información en Cuba: consideraciones éticas y jurídicas en un entorno cambiante", *Bibliotecas. Anales de investigación*, vol. 10, 2014, pp. 37 a 53, disponible en [http://revistas.bnjm.cu/index.php/BAI/article/view/227].

Prieto, Mercedes. "Funciones de la Constitución", *Revista Jurídica*, año 5, n.° 9, 2004.

Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. "Directrices para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en asuntos ambientales", adoptado por el Consejo de UNEP en la Decisión SS.XI/5, parte A de 26 de febrero 2010, disponible em [http://www.pnuma.org/sociedad_civil/reunion2013/documentos/STAKEHOLDER%20PARTICIPATION/2010%20Directrices%20Bali%20Acceso.pdf].

Rey Santos, Orlando. *Fundamentos del derecho ambiental*, La Habana, Ediciones ONBC, 2012.

Sánchez Morón, Miguel. "Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa", *Ius et Veritas*, n.° 43, 2011, pp. 260 a 270, disponible en [https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12064].

Viamontes Guilbeaux, Eulalia (coord.). *Derecho ambiental cubano*, 2.ª ed., La Habana, Edit. Félix Varela, 2007.

CAPÍTULO

DECIMOCTAVO

La concretización de los derechos sociales y económicos de los migrantes venezolanos por el Estado brasileño

João Luis Macedo Silva Cardoso[1]

Thiago Oliveira Moreira[2]

INTRODUCCIÓN

La República Bolivariana de Venezuela em la actualidad está pasando por una grave crisis económica, política y social. Si bien las raíces de esta crisis remontan al final del gobierno del expresidente Hugo Chávez Frías[3], ella ganó una nueva magnitud en 2015, pues la derrota del Partido Socialista Unido de Venezuela en las elecciones parlamentarias de ese año agravó la tensión entre el gobierno y los grupos de oposición.

1 Alumno del curso de Máster en Derecho de la Universidade Federal do Rio Grande do Norte -UFRN-. Correo [joao_luismacedo99@hotmail.com] ORCID [https://orcid.org/0000-0001-6588-6218].

2 Profesor adjunto de la Universidade Federal do Rio Grande do Norte -UFRN-. Doctor y Magíster en Derecho, Universidad do País Vasco -UPV/EHU-. Máster en Derecho, UFRN. Jefe del Departamento de Derecho Privado de la UFRN. Vicecoordinador del Programa de Posgrado en Derecho de la UFRN. Correo [thiago.moreira@ufrn.br] ORCID [https://orcid.org/0000-0001-6010-976X].

3 Sabaneta, Venezuela, 28 de julio de 1954 – Caracas, 5 de marzo de 2013.

En este contexto, la supresión de libertades individuales, la escasez de productos de primera necesidad y el aumento de la violencia han desencadenado un flujo migratorio sin precedentes en la historia reciente de América Latina. Debido a cuestiones geográficas y culturales, la mayoría de esos migrantes se han dirigido a Colombia y Perú. No obstante, no se puede negar que Brasil también ha sido afectado por la presente diáspora, ya que ha recibido una cantidad expresiva de venezolanos recientemente.

Teniendo en cuenta lo expuesto, es imprescindible responder a la siguiente cuestión: ¿el Estado brasileño ha garantizado la efectiva protección de los derechos sociales y económicos de los venezolanos que residen en su territorio? La hipótesis inicial de esta investigación científica es la de que el referido Estado receptor todavía no ha tutelado tales derechos de manera satisfactoria, en virtud de un déficit en cuanto a la aplicación del derecho internacional y del derecho doméstico.

En ese sentido, este artículo tiene el propósito de examinar en qué medida los derechos sociales y económicos de ese grupo han sido concretizados por los poderes ejecutivo, legislativo y judicial de Brasil. Para alcanzar ese objetivo, inicialmente será necesario discutir los orígenes de la diáspora en cuestión, así como exponer el impacto que ella ha tenido en el territorio brasileño.

En un segundo momento, serán analizados los principales enunciados normativos que consagran los derechos sociales y económicos de esas personas en al ámbito de los Sistemas Onusiano e Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Enseguida, serán hechos algunos comentarios sobre la forma como tales derechos son salvaguardados por el orden jurídico brasileño, en especial por la Constitución Federal de 1988 y por las Leyes 8.742 de 1993, 9.474 de 1997, 13.445 de 2017 y 13.982 de 2020.

Por fin, es imprescindible averiguar de qué manera el Estado brasileño ha asegurado el cumplimiento de los documentos jurídicos mencionados en el párrafo antecedente. Considerando la finalidad de este texto y sus limitaciones metodológicas, serán hechas consideraciones generales sobre algunos casos en los cuales se debatió –en el campo judicial o extrajudicial– sobre la efectivización de los derechos a la salud, a la asistencia social, a la educación y a las garantías laborales.

Este estudio tiene un carácter aplicado y va a ser desarrollado a partir del método de abordaje deductivo. Además, se va a tratar el presente asunto bajo una perspectiva cualitativa, utilizando como técnicas de procedimiento la pesquisa documental y la pesquisa biblio-

gráfica. Así, será investigado el contenido de los enunciados normativos previamente citados y será realizada una revisión de la literatura específica, priorizando la doctrina latinoamericana.

La elección de este tema se justifica debido a que la mayoría de los venezolanos que han migrado hacia Brasil se encuentran en una situación de vulnerabilidad. Por ende, se puede esperar que este artículo contribuya, aunque de modo indirecto, para que la comunidad académica y las autoridades estatales tengan una mejor comprensión acerca de la importancia de la protección de los derechos sociales y económicos de eso individuos, la cual presupone la correcta aplicación del derecho internacional y del derecho brasileño.

I. LOS ORÍGENES DE LA DIÁSPORA VENEZOLANA Y SU IMPACTO EN EL TERRITORIO BRASILEÑO

Por tradición, Venezuela era conocida por abrigar una expresiva cantidad de migrantes de otros Estados[4]. Sin embargo, en los últimos años la inestabilidad de ese país ha resultado en un proceso de emigración en masa, que constituye la mayor diáspora de la historia reciente de América Latina. De hecho, los datos de la Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela[5] indican que en agosto de 2021, más de 5,6 millones de venezolanos vivían fuera de su patria.

Si bien los orígenes de la actual crisis institucional venezolana remontan al final del mandato del expresidente Hugo Chávez, el 2015 suele ser considerado el marco inicial del flujo migratorio en cuestión[6]. En ese año, el Partido Socialista Unido de Venezuela –psuv– no obtuvo la mayoría de los votos en las elecciones parlamentarias, lo

4 Claudia Vargas Ribas. "La migración en Venezuela como dimensión de la crisis", *Pensamiento Propio*, n.° 47, 2018, disponible en [http://www.cries.org/wp-content/uploads/2018/09/009-Vargas.pdf], p. 92.

5 Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela. *rmrp 2021 para refugiados y migrantes de Venezuela: plan de respuesta regional (enero - diciembre 2021)*, 2021, disponible en [https://www.r4v.info/es/document/rmrp-2021-es].

6 Thiago Oliveira Moreira. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*, Curitiba, Instituto Memória Editora, Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2019, p. 445.

que intensificó las tensiones entre el régimen de Nicolás Maduro y sus opositores[7].

Es igual de importante recordar que los precios del petróleo ya estaban en una tendencia de desvalorización desde el 2014, en virtud del aumento de la producción de otros países y de la ralentización del desarrollo de la economía de China[8]. A consecuencia de ello, la tasa de inflación creció exponencialmente y el poder adquisitivo de la población disminuyó[9].

Esa crisis ha ganado mayores proporciones desde entonces, y por esa razón, muchos venezolanos en la actualidad están en una situación de grave inseguridad alimentaria[10]. Además, como ha señalado la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos[11], la desestructuración económica ha comprometido el sistema de salud de Venezuela, que sufre con la escasez de medicinas y vacunas, con la mala estructura de las unidades hospitalarias y con la reducción de profesionales calificados para trabajar en esa área.

7 Sarah Rosa. "Os impactos da crise da Venezuela no Brasil: questões humanitárias e transfronteiriças", en Mohammed ElHajji (org.). *VI Simpósio de Pesquisa sobre Migrações: Cadernos de resumos*, Río de Janeiro, UFRJ, Périplos, 2019, pp. 339 y 340.

8 Flavio Salgado Bustillos. "Capitalismo rentístico, revolución bolivariana y la crisis del imaginario de clase media venezolana", *Temas Sociales*, n.° 46, 2020, pp. 66 a 96, disponible en [http://www.scielo.org.bo/pdf/rts/n46/n46_a04.pdf].

9 Alejandra Naser, Álvaro Ramírez-Alujas y Daniela Rosales (eds.). *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*, Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2017, disponible en [https://www.cepal.org/es/publicaciones/44769-gobierno-abierto-al-estado-abierto-america-latina-caribe], p. 70.

10 João Luis Macedo Silva Cardoso y Thiago Oliveira Moreira. "O (des)respeito aos direitos humanos dos migrantes venezuelanos no contexto da pandemia da Covid-19", en André de Carvalho Ramos, Thiago Oliveira Moreira y Tatyana Scheila Friedrich (coords.). *Direitos humanos dos migrantes e pandemia*, Curitiba, Instituto Memória, 2021, p. 18.

11 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. "Conclusiones preliminares de la visita a la República Bolivariana de Venezuela de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre el impacto negativo de las medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos" (comunicado de prensa), 12 de febrero de 2021, disponible en [https://www.ohchr.org/es/2021/02/preliminary-findings-visit-bolivarian-republic-venezuela-special-rapporteur-negative-impact].

El antedicho organismo internacional también ha destacado que en la presente coyuntura, muchos venezolanos están reduciendo drásticamente sus gastos en vestuario y educación. Así mismo, los factores económicos y políticos expuestos en este texto han contribuido para un incremento de las tasas de criminalidad en Venezuela. En ese sentido, es relevante destacar que según el más reciente informe del Observatorio Venezolano de Violencia[12], ese Estado está enfrentando una "epidemia de violencia" que en 2020, fue 11 veces más letal que la pandemia de por COVID-19.

Más aún, los ciudadanos y las entidades que critican el desempeño del gobierno han sido perseguidos de manera sistemática. Así como la crisis económica de Venezuela, las violaciones de las libertades de expresión y de prensa perpetradas por las autoridades de ese país han sido públicamente reconocidas por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. En efecto, el 14 de enero de 2021, la portavoz de esa Oficina, MARTA HURTADO, externó su preocupación con los "... constantes y crecientes ataques contra organizaciones de la sociedad civil, defensores de los derechos humanos y periodistas en Venezuela"[13].

Así, para muchos venezolanos, la emigración es considerada una medida necesaria para garantizar su propria supervivencia[14]. Sin

12 OBSERVATORIO VENEZOLANO DE VIOLENCIA. *Informe Anual de Violencia 2020 - Entre las epidemias de la violencia y del Covid-19*, Caracas, LACSO, diciembre de 2020, disponible en [https://observatoriodeviolencia.org.ve/news/informe-anual-de-violencia-2020-entre-las-epidemias-de-la-violencia-y-del-covid-19], p. 2.

13 La importancia de las libertades de expresión y de prensa para el desarrollo de una sociedad fue discutida por AMARTYA SEN: "We have reason enough to want to communicate with each other and to understand better the world in which we live. Media freedom is critically important for our capability to do this. The absence of a free media and the suppression of people's ability to communicate with each other have the effect of directly reducing the quality of human life, even if the authoritarian country that imposes such suppression happens to be very rich in terms of gross national product"; AMARTYA SEN. *The idea of justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, pp. 335 y 336.

14 JOÃO CARLOS JAROCHINSKI SILVA, LILIANA LYRA JUBILUT y MILITZA ZULIMAR PÉREZ VELÁSQUEZ. "Proteção humanitária no Brasil e a Nova Lei de Migrações", en ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, LUÍS RENATO VEDOVATO y ROSANA BAENINGER (coords.). *Nova Lei da Migração: os três primeiros anos*, Campinas, Nepo/Unicamp, Observatório das Migrações em São Pau-

recursos para hacer longos viajes, la mayoría de ellos se trasladan a otros Estados latinoamericanos como Colombia y Perú. Como indica la Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela[15], esos dos Estados han abrigado 1.742.927 y 1.049.970 de venezolanos respectivamente, lo que corresponde a casi la mitad del total de personas involucradas en ese flujo.

Brasil, a su vez ha recibido 261.441 venezolanos, según los datos de la misma Plataforma[16]. Aunque ese número es significativamente inferior a los verificados en otros países de la región, esta ola migratoria también ha tenido grandes impactos en el territorio brasileño. En ese sentido, cabe señalar que el estado de Roraima –ubicado en la zona de frontera– ha sido particularmente afectado, puesto que es la puerta de entrada de la mayor parte de los migrantes venezolanos[17].

Para tener una noción más precisa de las consecuencias de la presente diáspora para el estado de Roraima, el Instituto de Pesquisa Económica Aplicada –IPEA– examinó ese asunto a partir de las informaciones fornecidas por organismos gubernamentales e internacionales. En un documento publicado en enero de 2021, ese Instituto[18] reveló que el crecimiento demográfico horizontal vinculado a la migración venezolana tuvo un impacto considerable en el área investigada, ya que contribuyó, por ejemplo, para la sobrecarga del sistema educacional público.

Del mismo modo, el funcionamiento de los centros de salud del referido Estado ha preocupado los gestores públicos. Si bien las deficiencias de tales centros son anteriores a la presente diáspora[19], el

lo/FADISP, 2020, pp. 47 a 65, disponible en [https://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/livros/leimig/lei_mig.pdf].

15 PLATAFORMA REGIONAL DE COORDINACIÓN INTERAGENCIAL PARA REFUGIADOS Y MIGRANTES DE VENEZUELA. *RMRP 2021 para refugiados y migrantes de Venezuela: plan de respuesta regional (enero - diciembre 2021)*, cit.

16 Ídem.

17 Ibíd., p. 61.

18 PAULA MOREIRA. *Imigração Venezuela - Roraima: evolução, impactos e perspectivas*, São Paulo, IPEA, 2020, disponible en [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10418/1/Imigracao_Venezuela_Roraima.pdf], p. 35.

19 RICKSON RIOS FIGUEIRA y JULIA PETEK DE FIGUEIREDO. "A pandemia de Covid-19 e seus impactos sobre a operação acolhida e a gestão da imigração venezuelana em Roraima", en ROSANA BAENINGER, LUÍS RENATO VEDOVATO y SHAILEN NANDY (coords.). *Migrações internacionais e a pandemia da Covid-19*, Campinas, Nepo/Unicamp, 2020, disponible en [https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/miginternacional.pdf], p. 386.

informe elaborado por el IPEA[20] relata que la intensificación de ese problema está relacionada al actual proceso migratorio, porque fue acompañado del expresivo aumento de la demanda por servicios de asistencia médica.

La edición más reciente del Atlas de la Violencia -la cual fue publicada por el IPEA en 2020- indica que la violencia en el Estado de Roraima también ha empeorado en los últimos años, y eso tiene conexión con el flujo migratorio en cuestión. En efecto, pese a que esa relación todavía no ha sido completamente dilucidada, ese Instituto[21] constató que la situación vivenciada en el país caribeño ha repercutido en la seguridad pública de Roraima no solo debido a la inmigración, sino también al fortalecimiento del tráfico transfronterizo.

No obstante, es imperioso reconocer que el aflujo de nacionales de Venezuela ha fomentado el crecimiento y estimulado la dinamización de la economía de Roraima. En el presente contexto, los establecimientos comerciales que trabajan con la venta minorista han sido particularmente beneficiados porque la intensa inmigración de venezolanos tuvo como consecuencia el incremento de la demanda local. En esa línea, GUEDES y OLIVEIRA[22] han subrayado que esta migración en masa ha sido responsable por el aumento de la recaudación del Impuesto sobre Operaciones relativas a la Circulación de Mercadorías y sobre Prestaciones de Servicios de Transporte Interestadual e Intermunicipal y de Comunicación -ICMS-, lo cual mitigó el impacto de la presente diáspora en las finanzas del antedicho estado.

Pese a que Roraima todavía es el Estado brasileño con el mayor número de personas originarias de Venezuela, otras localidades también han abrigado muchos migrantes de ese país, principalmente a partir de 2018. En ese año, con base en la Medida Provisoria n.º 820, el Poder Ejecutivo Federal instituyó la Operación Acogida, cuyos objetivos son

20 DANIEL CERQUEIRA y HELDER FERREIRA (coords.). *Atlas da Violência 2020*, São Paulo, IPEA, FBSP, IJSN, 2021, disponible en [https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/1375-atlasdaviolencia2021completo.pdf], p. 28.

21 MOREIRA. *Imigração Venezuela - Roraima: evolução, impactos e perspectivas*, cit., pp. 16 y 17.

22 ANA LUCIA GUEDES y WAGNER OLIVEIRA (coords.). *A economia de Roraima eo fluxo venezuelano: evidências e subsídios para políticas públicas*, Río de Janeiro, FGV, DAPP, 2020, disponible en [https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29097], p. 15.

crear espacios de recepción para esos individuos, ordenar la frontera y posibilitar la interiorización de una parte de ese contingente[23].

La conducción de la Operación Acogida se tornó posible debido a las parcerías que el Gobierno Federal firmó con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados -ACNUR-, con la Organización Internacional para las Migraciones -OIM-, con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia -UNICEF- y con algunas organizaciones de la sociedad civil -por ejemplo, el Instituto Migraciones y Derechos Humanos-[24]. Entre los agentes estatales que se han involucrado en esa Operación, el ejército tiene un papel de destaque, pues ha actuado de forma directa en los ámbitos de la logística, seguridad y salud[25].

De acuerdo con la Plataforma Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela[26], 56.272 venezolanos han sido contemplados por ese programa de interiorización hasta julio de 2021. En ese sentido, la referida Operación es reconocida como una política de acogimiento que logró garantizar la protección de los derechos básicos de miles de individuos vulnerables, aunque el protagonismo del ejército ha sido considerado un resquicio del abordaje militarista del fenómeno migratorio[27].

Hechas esas consideraciones preliminares, es indispensable investigar cuáles son las principales normas internacionales que tratan de los derechos sociales y económicos de esos migrantes. Considerando el recorte metodológico adoptado, este análisis se centrará en los enunciados jurídicos que pertenecen a los sistemas onusiano e interamericano.

23 Jarochinski Silva, Lyra Jubilut y Pérez Velásquez. "Proteção humanitária no Brasil e a Nova Lei de Migrações", cit., p. 59.

24 Rosita Milesi, Paula Coury y Julia Rovery. "Migração venezuelana ao Brasil: discurso político e xenofobia no contexto atual", *Revista Aedos*, vol. 10, n.º 22, 2018, pp. 53 a 70, disponible en [https://seer.ufrgs.br/aedos/article/view/83376].

25 João Freitas de Castro Chaves. "Panorama da resposta humanitária ao fluxo venezuelano no Brasil na perspectiva da Defensoria Pública da União", en Rosana Baeninger y João Carlos Jarochinski Silva (coords.). *Migrações Venezuelanas*, Campinas, Nepo/Unicamp, 2018, disponible en [https://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/livros/mig_venezuelanas/migracoes_venezuelanas.pdf], p. 94.

26 Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela. *RMRP 2021 para refugiados y migrantes de Venezuela: plan de respuesta regional (enero - diciembre 2021)*, cit.

27 Jarochinski Silva, Lyra Jubilut y Pérez Velásquez. "Proteção humanitária no Brasil e a Nova Lei de Migrações", cit., pp. 59 y 60.

II. LA TUTELA DE LOS DERECHOS SOCIALES Y ECONÓMICOS DE LOS MIGRANTES VENEZOLANOS EN EL ÁMBITO DE LOS SISTEMAS ONUSIANO E INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos es considerada el marco inicial del movimiento de universalización de la protección de los derechos humanos. Si bien su texto no tiene un carácter vinculante, una parcela significativa de la comunidad jurídica entiende que las disposiciones de esa Declaración se han incorporado a las costumbres internacionales o se han transformado en principios generales del derecho[28].

Esa Declaración prevé expresamente los derechos a la seguridad social (art. 22), al trabajo (art. 23), a la salud (art. 25) y a la educación (art. 26). Es innegable que los migrantes fueron contemplados por tales artículos, ya que no hacen referencia a la nacionalidad de los titulares de esos derechos. Eso es, en efecto, una evidencia de que la referida Declaración fue concebida de acuerdo con una perspectiva ética universalista[29].

Los dispositivos normativos citados en el párrafo anterior fueron reglamentados por el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales –PIDESC–, adoptado en 1966 y que entró en vigor en 1976[30]. A diferencia de la Declaración Universal, ese Pacto tiene una naturaleza jurídica vinculante e instituyó un mecanismo de monitoreo de los derechos consagrados en su texto[31].

28 Olivier de Schutter. *Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación*, Consejo de Derechos Humanos, 19.º período de sesiones, 19 de diciembre de 2011, disponible en [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Food/A.HRC.19.59.Add.5_SP.pdf], p. 16.

29 Alejandro Grimson. *Los límites de la cultura: crítica de las teorías de la identidad*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2020.

30 Rosana Baeninger, Luis Renato Vodovato y Shailen Nandy (coords.). *Migrações internacionais e a pandemia de COVID-19*, Campinas, Nepo/Unicamp, 2020, disponible en [https://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/livros/miginternacional/miginternacional.pdf], p. 23.

31 En lo que respecta al sistema de monitoreo de la aplicación del tratado en cuestión, Michael Shawn nota que inicialmente: "Under the Covenant itself, states parties were obliged to send periodic reports to ECOSOC. In 1978, a Sessional Working Group was set up, consisting of fifteen members

Según André de Carvalho Ramos[32], la creación del PIDESC representó un importante marco en la historia del derecho internacional, pues ese tratado confirió densidad normativa a derechos que hasta entonces eran considerados meras recomendaciones dirigidas a los Estados. A pesar de que muchos de esos derechos solo pueden ser concretizados de forma progresiva[33], el artículo 2.2 determina que deben ser ejercidos sin discriminación alguna. Así, ese dispositivo impone a los Estados parte una obligación inmediata y de resultado, que no puede ser violada bajo el pretexto de que no se dispone de muchos recursos[34].

Por lo tanto, Brasil y los demás Estados parte tienen el deber de aplicar las previsiones de ese Pacto a todos los individuos que se encuentran en su territorio, incluso a los migrantes venezolanos. Aunque jurídicamente posible, la restricción del goce de tales derechos por no nacionales tiene un carácter excepcional y presupone la existencia de factores objetivos que justifiquen ese tratamiento diferenciado, en virtud de lo que dispone el artículo 2.3[35].

elected by ECOSOC from amongst states parties for three-year renewable terms. The Group met annually and reported to the Council. It was not a success, however, and in 1985 it was decided to establish a new committee of eighteen members, this time composed of independent experts. Accordingly in 1987 the new Committee on Economic, Social and Cultural Rights commenced operation". Malcolm Shawn. *International law*, Cambridge, Harvard University Press, 2008, p. 309.

32 André de Carvalho Ramos. *Curso de direitos humanos*, São Paulo, Editora Saraiva, 2018, p. 172.

33 Ídem.

34 Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas. *Observación General n.º 20: la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, 2 de julio de 2009, p. 3. Para este órgano: "Non-discrimination is an immediate and cross-cutting obligation in the Covenant. Article 2, paragraph 2, requires States parties to guarantee non-discrimination in the exercise of each of the economic, social and cultural rights enshrined in the Covenant and can only be applied in conjunction with these rights. It is to be noted that discrimination constitutes any distinction, exclusion, restriction or preference or other differential treatment that is directly or indirectly based on the prohibited grounds of discrimination and which has the intention or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of Covenant rights"; Manisuli Ssenyonjo. *Economic, social and cultural rights in international law*, Londres, Bloomsbury Publishing, 2009, p. 116.

35 Oliveira Moreira. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*, cit., p. 178.

De la misma forma, es importante destacar que los intereses de los migrantes venezolanos son tutelados en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. De hecho, pese a la ausencia de mención expresa, es posible afirmar que las personas en situación de movilidad fueron contempladas por la mayoría de los derechos previstos en ese Sistema, puesto que en general, no son hechas restricciones respecto a la nacionalidad de sus titulares[36].

Para ilustrar lo que fue afirmado en el párrafo anterior, conviene recordar que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre utiliza la expresión "toda persona" al tratar de la titularidad de los derechos a la salud y al bienestar (art. XI), educación (art. XII), trabajo (art. XIV), descanso (art. XV) y seguridad social (art. XVI). La Convención Americana sobre Derechos Humanos, a su vez tiene un carácter igualmente inclusivo, porque su artículo 1.1 impone que sus Estados parte respeten los derechos reconocidos en ella sin hacer discriminaciones basadas en el origen nacional o en cualquier otro motivo[37].

A pesar de que la susodicha Convención trata de los derechos sociales y económicos de manera superficial, estos son regulados con más detalle por el Protocolo de San Salvador de 1988[38]. En lo que atañe a la titularidad de tales derechos, ese Protocolo también incluyó los migrantes, en la medida que su artículo 3.° prohibió categóricamente las distinciones fundadas en la nacionalidad. No se puede olvidar, además, que el preámbulo de ese enunciado normativo expuso la justificativa ética de esa inclusión, que tiene como premisa la idea de que "... los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana...".

De igual modo, la tutela de los no nacionales fue examinada en la Opinión Consultiva n.° 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Elaborado debido a una solicitación del gobierno de México, ese documento[39] resaltó la necesidad de que los Estados protejan a esos individuos a la luz del principio de la igualdad -que en

36 Ídem.

37 Ídem.

38 Silvio Beltramelli Neto. *Curso de direitos humanos*, San Pablo, GEN - Atlas, 2021, p. 390.

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-18/03*, de 17 de septiembre de 2003, disponible en [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf], p. 35.

la actualidad es considerado una norma imperativa e inderogable del derecho internacional–. Por consiguiente, aunque la condición migratoria de esas personas sea irregular, ellas no pueden ser privadas del goce de sus derechos humanos, inclusive los derechos laborales[40].

Además de las normas generales de los sistemas onusiano e interamericano, el derecho internacional tiene reglas y principios que se aplican a categorías específicas de migrantes, como los refugiados. Al tratar de ese asunto, es necesario recordar que la Convención de Ginebra de 1951 es el principal tratado internacional que reglamenta la situación de ese grupo, cuya existencia, según Agamben[41], representa el rompimiento de la correspondencia entre los conceptos de "individuo" y "ciudadano".

Profundamente influenciada por el contexto histórico en el cual fue elaborada[42], la Convención de Ginebra atribuyó una definición restrictiva al término "refugiado", contemplando exclusivamente las personas que, en virtud de acontecimientos anteriores al 1.º de enero de 1951, tenían fundados temores de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política. De la misma forma, el referido tratado estableció que para que sea reconocido como refugiado, un individuo no puede estar en el territorio de su país de origen ni ser capaz de valerse de la protección ofrecida por él.

En 1967 fue elaborado el Protocolo Relativo al Estatuto de los Refugiados, que eliminó la antedicha limitación temporal, así como la posibilidad de restricción geográfica mencionada en el artículo 1.B del texto original de la Convención de 1951[43]. Ese Protocolo también reforzó la importancia de la cooperación entre las autoridades estatales y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados –acnur–[44].

40 Antônio Augusto Cançado Trindade. *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Del Rey, 2013, p. 101.

41 Giorgio Agamben. *Homo sacer: el poder soberano y la nuda vida*, Valencia, Pre-Textos, 1998, p. 138.

42 Emma Haddad. *The refugee in international society: between sovereigns*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 148.

43 El artículo 1.B de la versión original de la Convención de Ginebra de 1951 autorizaba que los Estados partes limitasen el campo de aplicación de ese tratado a los acontecimientos ocurridos en Europa.

44 De Carvalho Ramos. *Curso de direitos humanos*, cit., p. 192.

El Protocolo, con todo mantuvo inalteradas las razones de la persecución que habían sido listadas en el documento principal. Por ello, el concepto jurídico de refugiado instituido por la Convención de 1951 todavía exige la demostración de la relación entre esa persecución y al menos uno de los cinco factores antes mencionados[45]. Aunque algunos migrantes venezolanos pueden encuadrarse en esas hipótesis, Oliveira Moreira[46] advierte que la mayoría de ellos han dejado su patria debido a la actual crisis económica, política y social. Por consiguiente, no pueden ser considerados refugiados de acuerdo con la definición establecida en la Convención de Ginebra de 1951.

Sin embargo, algunos textos normativos regionales han promovido una ampliación de dicha definición[47]. Uno de esos documentos es la Declaración de Cartagena de 1984, que considera como refugiados los individuos que han abandonado su patria "... porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público".

Considerando que la presente crisis venezolana ha resultado en la sistemática violación de los derechos sociales y económicos de sus nacionales, es evidente que ellos son refugiados según la Declaración de Cartagena. La inclusión de esas personas en tal categoría jurídica, sin duda tiene importantes consecuencias prácticas, en la medida que ocasiona la incidencia de un régimen jurídico más beneficioso que aquel destinado a los migrantes en general[48].

Teniendo en cuenta el recorte temático de este texto, conviene aludir al artículo 24 de la Convención de Ginebra, que enumera diversos derechos sociales y laborales los cuales deben ser conferidos a los refugiados. Esos derechos son más amplios que los previstos en el

45 Vincent Chetail. *International migration law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 170.

46 Oliveira Moreira. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*, cit., p. 450.

47 Liliana Lyra Jubilut. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*, San Pablo, Método, 2007, disponible en [https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/O-Direito-Internacional-dos-Refugiados-e-sua-Aplica%C3%A7%C3%A3o-no-Ordenamento-Jur%C3%ADdico-Brasileiro.pdf], p. 134.

48 Chetail. *International migration law*, cit., pp. 178 y 179.

PIDESC[49] y no pueden ser restringidos bajo la justificativa de que los Estados en desarrollo no tienen recursos suficientes para efectivarlos.

Pese a su naturaleza de *soft law*, la Declaración de Cartagena ha tenido un gran impacto en la realidad jurídica latinoamericana, ya que influenció la modificación de la legislación de 16 Estados, inclusive la de Brasil[50]. Por lo tanto, es crucial analizar la forma como el orden jurídico brasileño tutela los derechos de tales personas.

III. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES Y ECONÓMICOS DE LOS MIGRANTES VENEZOLANOS A LA LUZ DEL ORDEN JURÍDICO BRASILEÑO

El artículo 6.º de la Constitución Federal de Brasil de 1988 contiene una extensa lista de derechos prestacionales. Algunos de ellos tienen una titularidad específica, como los derechos a la asistencia social y a la protección de la maternidad y de la infancia. Empero, la mayoría de los derechos enunciados en ese artículo fueron previstos sin indicación de su titularidad, de ahí que se puede decir que deben beneficiar a todos que los necesitan[51].

En ese orden de ideas, SARLET[52] defiende que las palabras utilizadas por el Constituyente en el antedicho dispositivo indican su intención de atribuir tales derechos a todas las personas, respetando el principio de la universalidad. De hecho, ese posicionamiento se ve confirmado por el facto de que otros artículos de la Constitución emplean un lenguaje genérico para tratar de la titularidad de los derechos sociales y económicos[53].

Para demostrar lo que fue dicho en el párrafo precedente, es menester hacer referencia al artículo 196 de ese documento jurídico-político, que positiva el derecho fundamental a la salud. Como nota OLI-

49 JAMES C. HATHAWAY. *The rights of refugees under international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 771.

50 OLIVEIRA MOREIRA. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*, cit., p. 125.

51 DIMITRI DIMOULIS y LEONARDO MARTINS. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, São Paulo, Edit. Revista dos Tribunais, 2014, p. 79.

52 INGO WOLFGANG SARLET. *Direitos fundamentais*, Londrina, Edit. Thoth, 2022, p. 696.

53 DIMOULIS y MARTINS. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, cit., 79.

veira Moreira[54], ese pasaje de la Constitución establece que la salud es un derecho de "todos", razón por la cual tanto los brasileños como los no nacionales pueden ejercerlo. A propósito, conviene subrayar que esa equiparación es muy importante para la protección de los venezolanos que se han dirigido a Brasil, ya que muchos de ellos tienen enfermedades crónicas y han migrado debido a que no conseguían recibir asistencia médica adecuada en su país de origen[55].

De igual manera, los venezolanos que han venido a Brasil deben tener acceso a la asistencia social, incluso cuando su situación migratoria sea irregular[56]. En efecto, el artículo 203 de la Constitución Federal de 1988 no hace mención a la nacionalidad de los beneficiarios de la asistencia social, limitándose a preceptuar que esta será prestada a quien la necesite. Además de respetar la literalidad del texto normativo en cuestión, esa interpretación está en consonancia con el principio de la "supremacía del atendimiento de las necesidades sociales", que es expresamente citado en la Ley 8742 de 1993 y ampliamente reconocido por la doctrina[57].

El artículo 203 da la Constitución de 1988 también prevé la garantía de un salario mínimo mensual a las personas con discapacidad o ancianas que demuestren que no tienen medios de asegurar la propria subsistencia y que sus familias no pueden hacerlo. Conocida como Beneficio de Prestación Continuada –bpc–, esa garantía está en conformidad con el pensamiento de diversos exponentes de la teoría de la justicia, como Rawls[58] y Hayek[59].

Respetando la opción hecha por el Constituyente, la Ley 8742 de 1993 reglamentó la concesión del bpc sin hacer distinciones basadas

54 Oliveira Moreira. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*, cit., p. 377.

55 Elaine Moreira y Marcelo Torelly. *Soluções duradouras para indígenas migrantes e refugiados no contexto do fluxo venezuelano no Brasil*, Brasilia, Organización Internacional para las Migraciones (oim), 2020, disponible en [https://repository.iom.int/handle/20.500.11788/2293], p. 45.

56 Oliveira Moreira. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*, cit., p. 377.

57 Sergio Pinto Martins. *Fundamentos de direito da seguridade social*, São Paulo, Atlas, 2007, p. 148.

58 John Rawls. *A theory of justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, p. 243.

59 Friedrich A. Hayek. *The constitution of liberty*, Chicago, The University of Chicago Press, 1960, pp. 426 y 427.

en la nacionalidad. Además, el Supremo Tribunal Federal –STF– se pronunció sobre esa cuestión cuando juzgó el Recurso Extraordinario n.º 587.970, que tuvo como objeto el pago de ese beneficio social a personas no nacionales. La decisión proferida en ese caso destacó que tales individuos pueden recibir esa prestación, teniendo en cuenta la forma como la Carta Magna de Brasil ha tratado el tema. No obstante, como remarca Oliveira Moreira[60], el STF sostuvo que solo aquellos migrantes en situación regular pueden requerir el BPC, lo que constituye una discriminación jurídicamente injustificable.

Es imperioso añadir que en el contexto de la pandemia por COVID-19, el Congreso brasileño instituyó el "auxilio de emergencia" por medio de la Ley 13982 de 2020. Por regla general, ese auxilio consiste en el pago de R$ 600,00 a las personas mayores de 18 años que no tienen empleo formal y no reciben otros beneficios. Sin embargo, en conformidad con el artículo 2,º, §3.º de esa Ley, las personas proveedoras de familias monoparentales tienen derecho a R$ 1.200,00.

La Ley 13982 de 2020 no hizo mención a la nacionalidad de los titulares del "auxilio de emergencia". Es correcto decir pues, que los migrantes venezolanos que viven en Brasil deben tener acceso a ese beneficio siempre que atiendan a los criterios establecidos en dicha Ley, de la misma manera que los brasileños[61].

Al igual que la asistencia social, la educación es un derecho que puede ser ejercido por los venezolanos y por los otros migrantes que viven en Brasil. Esa afirmación tiene respaldo en el artículo 205 de la Constitución Federal de 1988, que explícitamente afirma que ese es un derecho de todos y un deber del Estado y de la familia. Por consiguiente, ese documento jurídico-político está en sintonía con los estándares internacionales, en especial en lo que atañe al carácter gratuito y no discriminatorio de la enseñanza[62].

En ese sentido, es imperioso notar que la educación es un derecho indispensable a la realización de otros derechos, en la medida que su privación puede impedir que las personas tengan un nivel de vida

60 Oliveira Moreira. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*, cit., p. 521.

61 Cardoso y Oliveira Moreira. "O (des)respeito aos direitos humanos dos migrantes venezuelanos no contexto da pandemia da Covid-19", cit., p. 310.

62 Ibíd., p. 550.

adecuado y comprometer su autonomía[63]. El disfrute de ese derecho por los migrantes venezolanos, por lo tanto, tiene un potencial emancipador[64].

También es fundamental recordar que la orden jurídica brasileña consagra las personas migrantes como titulares del derecho al trabajo[65]. Esa afirmación está fundada en el facto de que la Constitución no hizo referencia a la nacionalidad de los titulares de ese derecho, de ahí que en principio, todos fueron contemplados por él.

El artículo 5.º, XIII de la Carta Magna prevé la posibilidad de la que las leyes impongan restricciones al ejercicio de la libertad profesional. No obstante, tales limitaciones no deben estar relacionadas con el origen del trabajador, sino con las cualificaciones necesarias para la ejecución de oficios específicos. Así mismo, aunque el legislador tiene autorización constitucional para establecer condiciones para el ejercicio del derecho en cuestión, él debe hacerlo en conformidad con el criterio de la proporcionalidad[66].

En lo que atañe a la protección de los no nacionales en el plan infraconstitucional, uno no puede olvidar que, por influencia de la Declaración de Cartagena, la Ley 9474 de 1997 adoptó una definición amplia de refugiado, contemplando aquellos que han dejado su país debido a una grave y generalizada violación de derechos humanos. Desde 2019, el Comité Nacional para los Refugiados –CONARE–, correctamente ha admitido que los migrantes venezolanos son refugiados a la luz del artículo 1.º, III del referido enunciado legal. En

63 Baeninger, Vodovato y Nandy (coords.). *Migrações internacionais e a pandemia de COVID-19*, cit., pp. 548 y 549.

64 La posibilidad de que la educación sea utilizada como un instrumento de transformación social fue explorada por Paulo Freire. Para ese autor, cuando la educación tiene un carácter reflexivo y dialogal, ella impulsa la transformación social y posibilita la liberación de los socialmente oprimidos. Paulo Freire. *Pedagogia do oprimido*, Río de Janeiro, Paz e Terra, 1987, pp. 33 y 34.

65 Maria Carolina Gervásio Angelini de Martini y Viviane de Arruda Pessoa Oliveira. "Hospitalidade e migrações: o acesso aos direitos humanos fundamentais em tempos de pandemia", en Rosana Baeninger, Luís Renato Vedovato y Shailen Nandy (coords.). *Migrações internacionais e a pandemia da Covid-19*, Campinas, Nepo/Unicamp, 2020, disponible en [https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/miginternacional.pdf], p. 305.

66 Dimoulis y Martins. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, cit., 169.

consecuencia, a ellos se aplican los dispositivos específicos de esa Ley, incluso el artículo 6.º, según el cual los refugiados tienen derecho a una cartera laboral.

Además, no se puede dejar de mencionar que los venezolanos que han venido a Brasil pueden valerse de las provisiones de Ley 13445 de 2017. Esta tiene como uno de sus principios la equiparación de los migrantes y de los nacionales en lo que respecta al derecho al trabajo. De igual manera, refuerza el principio de la "no discriminación", estableciendo que los individuos oriundos de otros Estados deben tener acceso a la educación (arts. 3.º, XI y 4.º, X), a los servicios de salud (art. 4.º, VIII) y a la asistencia social (arts. 3.º, XI y 4.º, VIII).

Concluidas esas consideraciones, es imprescindible analizar la forma como los derechos sociales y económicos de los refugiados venezolanos han sido concretizados por el Estado brasileño.

IV. LA EFECTIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES Y ECONÓMICOS DE LOS REFUGIADOS VENEZOLANOS POR EL ESTADO BRASILEÑO

Como fue expuesto en las secciones anteriores, el derecho internacional y el orden jurídico de Brasil tutelan los derechos sociales y económicos de las personas en situación de movilidad. Sin embargo, el Estado no siempre ha asegurado el efectivo goce de esos derechos por los refugiados venezolanos, así que algunos procesos judiciales han sido instaurados con miras a garantizar la protección de esas personas[67].

Esa temática fue discutida, por ejemplo, en el ámbito de la acción directa de inconstitucionalidad –ADI– n.º 9000025-43.2020.8.23.0000, propuesta por la Prefectura del Municipio de Boa Vista en el inicio del año 2020. Tal acción judicial tuvo como objeto la Ley Municipal 2074 de 2019, cuyo artículo 2.º había determinado que los migrantes

67 A pesar de que el cumplimiento de esos derechos puede ocurrir en diferentes niveles, eso no compromete su "justiciabilidad". Por lo tanto, cuando la Constitución u otros enunciados jurídicos prevén tales derechos, los miembros del Poder Judicial tienen el deber funcional de protegerlos mediante la aplicación de las normas pertinentes, controlando la discrecionariedad de la administración pública (Gonzalo Aguilar Cavallo. "Los derechos sociales y las restricciones presupuestarias del Estado", *Revista da Faculdade de Direito* UFPR, vol. 65, n.º 3, 2020, pp. 147 y 148).

no podrían tener acceso a más del 50% de los servicios públicos municipales (atendimientos en unidades básicas de salud, recibimiento de medicinas y realización de exámenes)[68].

Uno de los vicios jurídicos citados en la petición inicial respecta a la competencia para la edición de ese enunciado normativo, porque la organización del funcionamiento de las unidades de salud no es una atribución del Poder Legislativo, sino del Poder Ejecutivo. Empero, el principal argumento de la parte autora fue el de que la referida Ley tiene un contenido totalmente incompatible con la Constitución Federal de 1988, pues esta, como ha sido subrayado en este texto, prevé que el acceso a los servicios de salud es un derecho de todos y un deber del Estado.

Después de examinar el pedido de concesión de una medida cautelar, el desembargador Almiro Padilha –relator de esa ADI– afirmó que esa Ley es inconstitucional. Los demás desembargadores del Tribunal de Justicia del Estado de Roraima asintieron con el voto del relator y, por ende, los efectos de la Ley Municipal 2074 de 2019 fueron suspendidos temporariamente[69]. Es necesario registrar que la medida cautelar concedida fue confirmada por la decisión definitiva proferida en 8 de julio de 2021, que estableció que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de esa Ley deberían ser retroactivos.

Las consecuencias de esa decisión han sido muy notables, en virtud de la actual situación de emergencia sanitaria global. De hecho, considerando la transmisibilidad y el grado de letalidad del virus Sars-Cov-2, no hay dudas de que la restricción determinada en la Ley Municipal 2074 de 2019 acentuaría la vulnerabilidad de los refugiados venezolanos y resultaría en la muerte de muchos de ellos.

Al discutir la protección de la salud de esas personas en el contexto de la pandemia por COVID-19, también es crucial mencionar que su vacunación ha sido objeto de discusiones jurídicas. Con fines de ejemplificación, es oportuno aludir al proceso judicial n.º 1001650-05.2021.4.01.3900[70]. Ese proceso fue instaurado por medio de una

68 El artículo 2.º, *caput* de la Ley Municipal 2074 de 2020 dispone, *in verbis*: "Fica assegurado o limite máximo de 50% (cinquenta por cento) dos serviços públicos de saúde (atendimentos em postos de saúde e hospital da criança, além de exames e medicamentos) disponibilizados a estrangeiros".

69 Tribunal del Estado de Roraima. *Prefectura de Boa Vista vs. Cámara Municipal*, Sentencia de 8 de julio de 2021.

70 Tribunal Regional de la 1ª Región. *Hugo Leonardo Padua Merces vs. Unión Federal*, decisión de segundo grado de 10 de agosto de 2021.

acción popular cuyo propósito era obligar a la Unión a incluir los indígenas Warao residentes en Belém en los grupos prioritarios del plan de inmunización colectiva, equiparando esos migrantes a los indígenas brasileños.

El pedido formulado en la petición inicial fue denegado por la jueza Hind Ghassan Kayath, debido a que el instrumento procesal utilizado no es jurídicamente adecuado para lograr el referido propósito. Ninguna de las partes interpuso una apelación; pero, en conformidad con el artículo 19 de la Ley 4717 de 1965, el caso fue remetido al Tribunal Regional Federal de la 1.ª Región, que confirmó la sentencia anterior y determinó la extinción del proceso[71].

Por lo demás, después del inicio del antedicho proceso, el Ministerio Público Federal publicó la Recomendación n.º 1 de 2021, documento en el cual defendió la necesidad de la equiparación que había sido solicitada. Como ha sido relatado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados[72], la Recomendación n.º 1 de 2021 fue observada por el municipio de Belém, y por consiguiente, los migrantes venezolanos de la etnia Warao tuvieron prioridad en el proceso de vacunación, de la misma forma que los indígenas que tienen la nacionalidad brasileña.

En cuanto al acceso al "auxilio de emergencia", es posible decir que en general los refugiados venezolanos han recibido el mismo tratamiento que los nacionales de Brasil, en conformidad con la Ley 13982 de 2020 -que no establece distinciones basadas en el origen del beneficiario-. En ese orden de ideas, conviene recordar que, respecto al enunciado legal en cuestión, en parte puede ser considerado una consecuencia de la actuación extrajudicial de la Defensoría Pública de la Unión que, en el inicio de la pandemia, exhortó a las autoridades federales a desarrollar programas sociales que no excluyeran a las personas migrantes, principalmente las más vulnerables[73].

71 Ídem.

72 Agência da onu para Refugiados. "Vacinação de indígenas Waraos em Belém (pa) e de idosos em abrigos de Boa Vista (rr)", Newsletter, febrero de 2021b, disponible en [https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2021/03/ACNUR-Brasil-Newsletter-Fevereiro.pdf], p. 2.

73 Freitas de Castro Chaves. "Panorama da resposta humanitária ao fluxo venezuelano no Brasil na perspectiva da Defensoria Pública da União", pp. 65 y 66.

Con el objetivo de investigar la concretización de los derechos humanos de los venezolanos residentes en Brasil, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas[74] condujo un estudio sobre ese tema, utilizando un cuestionario para colectar datos de 1.503 individuos que pertenecen a ese grupo. El informe resultante de esa pesquisa fue publicado en julio de 2021, e indicó que entre abril y mayo de ese año, 63% de los miembros de la muestra seleccionada fueron contemplados por el "auxilio de emergencia". Empero, el ACNUR indicó que posiblemente algunos de los venezolanos que no requirieron tal auxilio no sabían que tenían derecho a él.

Así mismo, según ese informe del ACNUR[75], 33% de las familias con niños en edad escolar afirmaron que tienen por lo menos un hijo o hija fuera de la escuela. Si bien el progresivo retorno a las clases presenciales ha disminuido la evasión de los refugiados venezolanos, ese organismo internacional[76] enfatizó que las autoridades todavía necesitan lidiar con el problema del hacinamiento de las instituciones educativas. Como ha notado el Instituto para la Pesquisa Económica Aplicada[77], ese problema es particularmente grave en la ciudad de Pacaraima, que ha recibido un expresivo número de venezolanos en los últimos años, pero no ha logrado efectivar su acceso a la educación mediante políticas públicas.

La inserción de los venezolanos en el mercado laboral y la protección de sus derechos también han sido analizadas por los organismos internacionales que han monitoreado la situación de tales personas. En el susodicho estudio, el ACNUR[78] identificó que la mayor parte de los venezolanos encuestados no tenían trabajo o estaban inseridos en el sector informal. A pesar de que la exclusión de ese grupo del mercado formal ya era una realidad antes del inicio de la pandemia, el

74 Agência da onu para Refugiados. "Relatório de Monitoramento de Proteção", abril-maio de 2021, disponible en [https://www.r4v.info/es/node/88107], pp. 1 y 2.

75 Ibíd., p. 5.

76 Ídem.

77 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. "Conclusiones preliminares de la visita a la República Bolivariana de Venezuela de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre el impacto negativo de las medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos", cit., pp. 34 y 35.

78 Agência da onu para Refugiados. "Relatório de Monitoramento de Proteção", cit., p. 5.

impacto socioeconómico por la emergencia sanitaria ha tornado aún más preocupante la condición de esos individuos[79].

Más allá de la dificultad para obtener un trabajo formal, es imprescindible reconocer que los venezolanos que viven en Brasil están particularmente vulnerables a la exploración y a la violación de derechos laborales. Eso queda evidente por medio del análisis de la acción civil pública n.º 0000135-24.2020.5.11.0052, que fue propuesta por el Ministerio Público del Trabajo contra el propietario de una estancia ubicada en el estado de Roraima. En ese sitio, un venezolano ejercía trabajos degradantes, análogos a la esclavitud[80].

El 15 de abril de 2021, la 2.ª Vara del Trabajo de Boa Vista profirió una sentencia en ese caso, determinando que la parte demandada pagara los valores retrasados, proporcionara los equipamientos de protección individual necesarios a sus empleados y garantizara la salubridad de las instalaciones de su estancia[81]. Además, la decisión judicial en cuestión exigió el pago de una indemnización de R$10.000,00, pues las infracciones notificadas resultaron en un daño moral a la colectividad[82].

El caso examinado aún no ha transitado en juzgado y, por consiguiente, la sentencia mencionada puede ser reformada por un tribunal superior. Empero, la proactiva actuación del Ministerio del Trabajo demuestra el esfuerzo de los órganos pertenecientes al sistema de justicia para tutelar los derechos básicos de esa comunidad, con miras a garantizar el respeto a la legislación doméstica y al derecho internacional.

CONCLUSIÓN

Como ha sido subrayado en este artículo, la República Bolivariana de Venezuela está inmersa en una grave crisis económica, política y social. La presente inestabilidad vivenciada en ese país ha resultado en una migración masiva, que constituye la mayor diáspora de la historia

79 Ibíd., pp. 5 y 6.

80 Ministerio Público Federal. *Recomendación n.º 1. Recomendación del Ministerio Público Federal sobre la inclusión de los indígenas venezolanos de la etnia Warao en plan de vacunación emergencial contra la Covid-19*, 2021, pp. 2 y 3.

81 Ibíd., pp. 9 y 10.

82 Ibíd., p. 10.

reciente de América Latina. Aunque Brasil no es el principal destino de ese grupo, también ha sido afectado por esta ola migratoria, ya que ha acogido a miles de venezolanos desde 2015.

Conviene mencionar que los derechos sociales y económicos de tales migrantes son regulados por diversas normas estatales e internacionales. Como fue demostrado en la sección III de este texto, tales derechos son tutelados en el ámbito del sistema onusiano de protección de los derechos humanos. De hecho, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales de 1966 enuncian diversos derechos prestacionales y no restringen su ejercicio a las personas que tienen una dada nacionalidad.

De igual manera, los derechos sociales y económicos de los migrantes venezolanos residentes en Brasil son protegidos en la esfera del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. En efecto, al positivar esos derechos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y el Protocolo de San Salvador de 1988, no hacen mención a los orígenes de sus titulares, razón por la cual sus provisiones también deben ser aplicadas a los no nacionales.

Además de la protección general prevista en los susodichos sistemas, no se puede olvidar que existen documentos jurídicos que consagran derechos sociales y económicos a categorías especiales de migrantes, como los refugiados. Si bien los venezolanos que han migrado para Brasil no se encuadran en las hipótesis establecidas por la Convención de Ginebra de 1951, ellos deben ser considerados refugiados a la luz de la definición expandida de la Declaración de Cartagena de 1984. Teniendo en cuenta esa inclusión, es imperioso reconocer que ellos deben beneficiarse del régimen jurídico específico de esa categoría, lo cual tiene garantías que no son concedidas a los migrantes en general.

Así mismo, la Constitución Federal de Brasil tutela los derechos sociales y económicos de ese grupo, puesto que no los atribuye exclusivamente a las personas que poseen la nacionalidad brasileña. En sintonía con la Carta Magna de 1988, las Leyes 8742 de 1993, 9474 de 1997, 13445 de 2017 y 13982 de 2020 también salvaguardan tales derechos, equiparando los refugiados oriundos de Venezuela a los ciudadanos brasileños.

A pesar de que esos individuos han sido contemplados por tales instrumentos jurídicos, sus derechos prestacionales aún no han sido

concretizados. En realidad, han sido constatadas diversas violaciones a eses derechos, las cuales han sido cometidas por los Poderes Ejecutivo y Legislativo, así como por particulares. A menudo, esos quebrantamientos han motivado la actuación extrajudicial y judicial de los órganos que pertenecen al sistema brasileño de administración de la justicia, como la Defensoría Pública de la Unión y el Ministerio Público del Trabajo. En ese orden de ideas, es menester admitir que los referidos órganos han actuado de manera proactiva para asegurar la protección de esas personas, observando las normas domésticas e internacionales listadas en los párrafos antecedentes.

Considerando todo lo que ha sido expuesto, es correcto decir que la pregunta formulada en la introducción de este artículo debe ser respondida de forma negativa. Por ende, es crucial que los Poderes Ejecutivo y Legislativo garanticen la efectivización del derecho internacional y del derecho doméstico de Brasil, inspirándose en la actuación de la Defensoría Pública de la Unión y del Ministerio Público del Trabajo. Es oportuno añadir que si las autoridades estatales continúen incumpliendo tales normas, es posible que Brasil sea condenado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

Agamben, Giorgio. *Homo sacer: el poder soberano y la nuda vida*, Valencia, Pre-Textos, 1998.

Agência da onu para Refugiados. "Relatório de Monitoramento de Proteção", abril-maio de 2021, disponible en [https://www.r4v.info/es/node/88107].

Agência da onu para Refugiados. "Vacinação de indígenas Waraos em Belém (pa) e de idosos em abrigos de Boa Vista (rr)", *Newsletter*, febrero de 2021, disponible en [https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2021/03/acnur-Brasil-Newsletter-Fevereiro.pdf].

Aguilar Cavallo, Gonzalo. "Los derechos sociales y las restricciones presupuestarias del Estado", *Revista da Faculdade de Direito ufpr*, vol. 65, n.° 3, 2020, pp. 139 a 171.

Baeninger, Rosana; Luis Renato Vodovato y Shailen Nandy (coords.). *Migrações internacionais e a pandemia de covid-19*, Campinas, Nepo/Unicamp, 2020, disponible en [https://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/livros/miginternacional/miginternacional.pdf].

Beltramelli Neto, Silvio. *Curso de direitos humanos*, San Pablo, gen - Atlas, 2021.

Cançado Trindade, Antônio Augusto. *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Del Rey, 2013.

Cardoso, João Luis Macedo Silva y Thiago Oliveira Moreira. "O (des)respeito aos direitos humanos dos migrantes venezuelanos no contexto da pandemia da Covid-19", en André de Carvalho Ramos, Thiago Oliveira Moreira y Tatyana Scheila Friedrich (coords.). *Direitos humanos dos migrantes e pandemia*, Curitiba, Instituto Memória, 2021.

Cerqueira, Daniel y Helder Ferreira (coords.). *Atlas da Violência 2020*, São Paulo, ipea, fbsp, ijsn, 2021, disponible en [https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/1375-atlasdaviolencia2021completo.pdf].

Chetail, Vincent. *International migration law*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas. *Observación General n.º 20: la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, 2 de julio de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva oc-18/03*, de 17 de septiembre de 2003, disponible en [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/bdl/2003/2351.pdf].

De Carvalho Ramos, André. *Curso de direitos humanos*, São Paulo, Editora Saraiva, 2018.

De Martini, Maria Carolina Gervásio Angelini y Viviane de Arruda Pessoa Oliveira. "Hospitalidade e migrações: o acesso aos direitos humanos fundamentais em tempos de pandemia", en Rosana Baeninger, Luís Renato Vedovato y Shailen Nandy (coords.). *Migrações internacionais e a pandemia da Covid-19*, Campinas, Nepo/Unicamp, 2020, pp. 296 a 311, disponible en [https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/miginternacional.pdf].

De Schutter, Olivier. *Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación*, Consejo de Derechos Humanos, 19.º período de sesiones, 19 de diciembre de 2011, disponible en [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Food/A.HRC.19.59.Add.5_SP.pdf].

De Schutter, Olivier. *International human rights law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.

Dimoulis, Dimitri y Leonardo Martins. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, São Paulo, Edit. Revista dos Tribunais, 2014.

Freire, Paulo. *Pedagogia do oprimido*, Río de Janeiro, Paz e Terra, 1987.

Freitas de Castro Chaves, João. "Panorama da resposta humanitária ao fluxo venezuelano no Brasil na perspectiva da Defensoria Pública da União", en Rosana Baeninger y João Carlos Jarochinski Silva (coords.). *Migrações Venezuelanas*, Campinas, Nepo/Unicamp, 2018, pp. 93 a 103, disponible en [https://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/livros/mig_venezuelanas/migracoes_venezuelanas.pdf].

Grimson, Alejandro. *Los límites de la cultura: crítica de las teorías de la identidad*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2020.

Guedes, Ana Lucia y Wagner Oliveira (coords.). *A economia de Roraima eo fluxo venezuelano: evidências e subsídios para políticas públicas*, Río de Janeiro, FGV, DAPP, 2020, disponible en [https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29097].

Haddad, Emma. *The refugee in international society: between sovereigns*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Hathaway, James C. *The rights of refugees under international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.

Hayek, Friedrich A. *The constitution of liberty*, Chicago, The University of Chicago Press, 1960.

Jarochinski Silva, João Carlos y Liliana Lyra Jubilut. "Venezuelanos no Brasil ea Covid-19", en *Migrações internacionais ea pandemia de Covid-19*, Campinas, Nepo/Unicamp, 2020, pp. 417 a 425, disponible en [https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/miginternacional.pdf].

Jarochinski Silva, João Carlos; Liliana Lyra Jubilut y Militza Zulimar Pérez Velásquez. "Proteção humanitária no Brasil e a Nova Lei de Migrações", en André de Carvalho Ramos, Luís Renato Vedovato y Rosana Baeninger (coords.). *Nova Lei da Migração: os três primeiros anos*, Campinas, Nepo/Unicamp, Observatório das Migrações em São Paulo/fadisp, 2020, pp. 47 a 65, disponible en [https://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/livros/leimig/lei_mig.pdf].

Lyra Jubilut, Liliana. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*, San Pablo, Método, 2007, disponible en [https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/O-Direito-Internacional-dos-Refugiados-e-sua-Aplica%C3%A7%C3%A3o-no-Ordenamento-Jur%C3%ADdico-Brasileiro.pdf].

Martins, Sergio Pinto. *Fundamentos de direito da seguridade social*, São Paulo, Atlas, 2007.

Mazzuoli, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*, 5.ª ed., Río de Janeiro, Editora Forense, 2018.

Milesi, Rosita; Paula Coury y Julia Rovery. "Migração venezuelana ao Brasil: discurso político e xenofobia no contexto atual", *Revista Aedos*, vol. 10, n.º 22, 2018, pp. 53 a 70, disponible en [https://seer.ufrgs.br/aedos/article/view/83376].

Milesi, Rosita y Paula Coury. "Acolhida, proteção e integração de venezuelanos no Brasil: a atuação do Instituto Migrações e Direitos Humanos (IMDH)", en *Migrações Venezuelanas*, Campinas, Nepo/Unicamp, 2018, pp. 72 a 77, disponible en [https://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/livros/mig_venezuelanas/migracoes_venezuelanas.pdf].

Ministerio Público Federal. *Recomendación n.º 1. Recomendación del Ministerio Público Federal sobre la inclusión de los indígenas venezolanos de la etnia Warao en plan de vacunación emergencial contra la Covid-19*, 2021.

Moreira, Elaine y Marcelo Torelly. *Soluções duradouras para indígenas migrantes e refugiados no contexto do fluxo venezuelano no Brasil*, Brasilia, Organización Internacional para las Migraciones (OIM), 2020, disponible en [https://repository.iom.int/handle/20.500.11788/2293].

Moreira, Paula. *Imigração Venezuela - Roraima: evolução, impactos e perspectivas*, São Paulo, IPEA, 2020, disponible en [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10418/1/Imigracao_Venezuela_Roraima.pdf].

Naser, Alejandra; Álvaro Ramírez-Alujas y Daniela Rosales (eds.). *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*, Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2017, disponible en [https://www.cepal.org/es/publicaciones/44769-gobierno-abierto-al-estado-abierto-america-latina-caribe].

Observatorio Venezolano de Violencia. Informe Anual de Violencia 2020 - Entre las epidemias de la violencia y del Covid-19, Caracas, LACSO, diciembre de 2020, disponible en [https://observatoriodeviolencia.org.ve/news/informe-anual-de-violencia-2020-entre-las-epidemias-de-la-violencia-y-del-covid-19].

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. "Comentario de la portavoz de la Oficina de la onu para los Derechos Humanos Marta Hurtado sobre Venezuela" (comunicado de prensa), 14 de enero de 2021, disponible en [https://www.ohchr.org/es/2021/01/comment-un-rights-office-spokesperson-marta-hurtado-venezuela].

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. "Conclusiones preliminares de la visita a la República Bolivariana de Venezuela de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre el impacto negativo de las medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos" (comunicado de prensa), 12 de febrero de 2021, disponible en [https://www.ohchr.org/es/2021/02/preliminary-findings-visit-bolivarian-republic-venezuela-special-rapporteur-negative-impact].

Oliveira Moreira, Thiago. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*, Curitiba, Instituto Memória Editora, Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2019.

Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela. *rmrp 2021 para refugiados y migrantes de Venezuela: plan de respuesta regional (enero - diciembre 2021)*, 2021, disponible en [https://www.r4v.info/es/document/rmrp-2021-es].

Pinto Martins, Sergio. *Fundamentos de direito da seguridade social*, São Paulo, Atlas, 2007.

Rawls, John. *A theory of justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.

Rios Figueira, Rickson y Julia Petek de Figueiredo. "A pandemia de Covid-19 e seus impactos sobre a operação acolhida e a gestão da imigração venezuelana em Roraima", en Rosana Baeninger, Luís Renato Vedovato y Shailen Nandy (coords.). *Migrações internacionais e a pandemia da Covid-19*, Campinas, Nepo/Unicamp, 2020, pp. 381 a 390, disponible en [https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/miginternacional.pdf].

Rosa, Sarah. "Os impactos da crise da Venezuela no Brasil: questões humanitárias e transfronteiriças", en Mohammed ElHajji (org.). *VI Simpósio de Pesquisa sobre Migrações: Cadernos de resumos*, Río de Janeiro, UFRJ, Périplos, 2019, pp. 336 a 340.

Salgado Bustillos, Flavio. "Capitalismo rentístico, revolución bolivariana y la crisis del imaginario de clase media venezolana", *Temas Sociales*, n.° 46, 2020, pp. 66 a 96, disponible en [http://www.scielo.org.bo/pdf/rts/n46/n46_a04.pdf].

Sarlet, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais*, Londrina, Edit. Thoth, 2022.

Sen, Amartya. *The idea of justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.

Shawn, Malcolm. *International law*, Cambridge, Harvard University Press, 2008.

Silva Cardoso, Marcel. *Os aspectos jurídicos da política migratória brasileira adotada no contexto da diáspora venezuelana* (tesis de conclusión de curso), Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal/RN, 2021.

Ssenyonjo, Manisuli. *Economic, social and cultural rights in international law*, Londres, Bloomsbury Publishing, 2009.

Tribunal del Estado de Roraima. *Prefectura de Boa Vista vs. Cámara Municipal*, Sentencia de 8 de julio de 2021.

Tribunal Regional de la 1ª Región. *Hugo Leonardo Padua Merces vs. Unión Federal*, decisión de segundo grado de 10 de agosto de 2021.

Tribunal Regional del Trabajo de la 11ª Región. *Ministerio Público del Trabajo vs. Patrick Luis Barroso Morgado*, Sentencia de 15 de abril de 2021.

Vargas Ribas, Claudia. "La migración en Venezuela como dimensión de la crisis", *Pensamiento Propio*, n.° 47, 2018, pp. 91 a 128, disponible en [http://www.cries.org/wp-content/uploads/2018/09/009-Vargas.pdf].

CAPÍTULO

DECIMONOVENO

Los derechos sociales en el escenario de postpandemia: la actividad jurisdiccional y otros nuevos medios para su efectividad

María Paula Garat[1]

INTRODUCCIÓN

Si bien no es posible determinar en qué fecha culminará la actual pandemia, entendemos necesario tomar un punto de vista optimista, pensar que en un corto tiempo llegará a su fin y colocarnos, entonces, luego de su terminación.

En ello no hace falta ahondar en las consecuencias que la realidad actual está aparejando para los Estados y, más específicamente, para los de América Latina. En este marco, y yendo a un escenario de postpandemia, nos preguntamos cuál será el contexto a los efectos de analizar la efectividad de los derechos sociales. Seguramente los

1 Doctora en Derecho (PhD) (*cum laude*), por la Universidad de Sevilla, España (2019), y Magíster en Derecho Constitucional (Premio Extraordinario) por la Universidad de Sevilla, España (2015). Visitante profesional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013). Desde el año 2012 es integrante del Departamento de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

Estados habrán incrementado sus problemas económicos, en algunos recortes, en problemáticas de empleo, de viviendas o de la educación. En fin, se aparejarán diversas y distintas temáticas sociales.

La importancia de la tutela de los derechos sociales no es novedosa y tampoco requiere profundización. Se recuerda, no obstante, lo propugnado por Habermas al definir a la democracia deliberativa y al enfatizar en la existencia de ciertos derechos para su verdadera configuración. Sostenía este autor que:

> La idea decisiva es que el principio democrático se debe al entrelazamiento del "principio del discurso" con la forma jurídica. Este entrelazamiento lo entiendo como una génesis lógica de derechos, que puede reconstruirse paso por paso. Comienza con la aplicación del "principio del discurso" al derecho a las libertades subjetivas de acción –derecho que es constitutivo de la forma jurídica como tal– y acaba con la institucionalización jurídica de condiciones para un ejercicio discursivo de la autonomía política mediante la que la autonomía privada, que en un primer momento solo queda puesta en términos abstractos, puede ser objeto de desarrollo y configuración jurídicos. De ahí que el principio democrático solo pueda aparecer como núcleo de un sistema de derechos...[2].

Dentro de estos derechos y sin ahondar en la categorización que este autor realiza, Habermas incluye a los "derechos fundamentales a que se garanticen condiciones de vida que vengan social, técnica y ecológicamente aseguradas en la medida en que ello fuere menester en cada caso para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades de los derechos civiles mencionados..."[3].

La efectividad de los derechos sociales deviene, entonces, esencial. Sin embargo, está siempre asociada a dificultades y desafíos financieros y presupuestarios y no caben dudas que estos argumentos se acrecentarán en una postpandemia. No obstante, la efectividad de estos derechos también dependerá de otros aspectos.

2 Jürgen Habermas. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Manuel Jiménez Redondo (trad.). Madrid, Trotta, 2010, p. 187.

3 Ibíd., p. 189.

Nos propomenos en esta oportunidad concentrarnos en esos otros aspectos, a nuestro juicio por demás significativos para tutelar los derechos sociales en este marco. Por una parte, referiremos a los desafíos que presenta la actividad jurisdiccional en esta materia; por otra, analizaremos la interrogante de si existen otros medios que pueden aportar para exigir el cumplimiento de estos derechos, sea desde la actividad jurisdiccional o desde otros ámbitos estatales.

I. LOS DERECHOS SOCIALES Y LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

En el marco de la investigación sobre razonamiento constitucional en Latinoamérica (Proyecto CORE LATAM) fueron seleccionadas las 40 sentencias sobre procesos de inconstitucionalidad más significativas de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, desde el comienzo de su labor y hasta el año 2019. De ellas, solo 13 contienen mención a temas de derechos económicos, sociales, culturales o ambientales -DESCA-. Desde el 2010 solo una se relaciona con esta temática, al abordar el derecho a la salud[4].

Lo anterior no es más que una muestra de la escasez de análisis jurisprudencial de estos derechos, al menos en Uruguay y al menos en el marco de la selección efectuada. Ante ello, cabe preguntarnos cuáles son los desafíos en la actividad jurisdiccional para la tutela de estos derechos. A nuestro entender, son diversos y en distintos aspectos.

En primer lugar, condicionamientos de tiempo. Los procesos judiciales tienden por lo general a ser largos, y la necesidad de protección de un derecho social requiere de una inmediatez. Un aspecto determina al otro.

En el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -CADH- y en aplicación de sus artículos 8.° y 25, todos los Estados del sistema debieran poseer una acción rápida, sencilla y efectiva para superar lo anterior. Si bien muchos Estados sí lo prevén, en ello ingresan el segundo y el tercer punto: los temas jurídicos y el rol del juez.

Se entiende por temas jurídicos los vaivenes y resortes que ha tenido la jurisprudencia en lo que respecta a la eficacia directa de estos

4 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE URUGUAY. Sentencia Definitiva n.° 396 de 5 de octubre de 2016, ponente: JORGE OMAR CHEDIAK GONZÁLEZ.

derechos. Ello puede observarse en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -Corte IDH- que ha tenido una larga evolución, primero tutelando estos derechos en el ámbito de la protección de otros (p. ej., Suárez Peralta *vs*. Ecuador)[5] y luego, más recientemente, avanzando hacia la protección autónoma y a través del artículo 26 de la CADH, como ha ocurrido en los casos Lagos del Campo *vs*. Perú[6], Poblete Vilches *vs*. Chile[7] y Muelle Flores *vs*. Perú[8].

En consecuencia con lo anterior, los tribunales internos también presentaron cuestionamientos a la efectividad directa de los derechos sociales, o bien los pusieron en duda con argumentos económicos o presupuestarios[9].

En ello, entonces el entendimiento del rol del juez y hasta dónde puede llegar la actividad jurisdiccional en esta temática se vuelve más que relevante. En Uruguay, las acciones de amparo son generalmente rechazadas, con fundamento en excepciones incorporadas por la ley[10].

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Peralta *vs*. Ecuador (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 21 de mayo de 2013, Serie C, n.° 261, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf].

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Lagos del Campo *vs*. Perú (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 31 de agosto de 2017, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf].

7 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Poblete Vilches y otros *vs*. Chile (fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C, n.° 349, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf].

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Muelle Flores *vs*. Perú (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 6 de marzo de 2019, Serie C, n.° 375, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf].

9 María Paula Garat. "El compliance de las empresas: un instrumento para el cumplimiento normativo y una garantía para los derechos fundamentales", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 68, n.° 271, 2018b, pp. 555 a 575, disponible en [http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/65375]; Pietro Masala. "El impacto de la crisis económica y de la reforma constitucional de 2012 en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana en materia de ponderación entre derechos sociales prestacionales y la estabilidad presupuestaria", *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, n.° 20, 2016, pp. 223 a 255, disponible en [https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/54266].

10 Martín Risso Ferrand, María Paula Garat, Stefanía Rainaldi,

Por tanto, y si bien teóricamente sería aquella acción "rápida, sencilla y efectiva", en la realidad no es tal, en tanto son varias las limitantes que la jurisprudencia emplea para su rechazo, a la vez que son pocas las acciones que se plantean, exceptuando algunas pocas materias.

A lo anterior se le adiciona lo que hemos antes anticipado como un tercer aspecto: el rol del juez. El pasaje del Estado legalista de derecho al Estado constitucional de derecho no posee aún todas sus implicancias en lo que refiere al desarrollo del rol del juez, que, en algunas materias, continúa autorrestringiendo su actividad y con recelo de caer en el denominado "activismo judicial".

Por supuesto que la actividad del juez debe estar enmarcada dentro del ordenamiento jurídico y, quizás, en algunos casos cabrá concluir en que no corresponde la protección al derecho en cuestión según es requerida o demandada. No obstante, se observa poco en la práctica que el análisis del caso parta de la determinación de cuáles son los derechos involucrados, de cuál es su ámbito de protección, de cuáles son sus límites, de si son legítimas las restricciones que se proponen y, en definitiva, de si corresponde lo demandado. Por el contrario, y vinculado con el punto anterior, la autorrestricción, los argumentos jurídicos relacionados a su vez con los económicos o presupuestarios, entre otros, hacen que la protección sea muchas veces rechazada sin adentrar en los puntos antes mencionados.

Corresponde, por tanto, ahondar en una necesaria profundización de lo anterior, y en ello y también, en una diferenciación entre los distintos DESCA y su protección. En Uruguay la Constitución es más protectora aún que las convenciones regionales o internacionales en materia de salud, al establecer que "el Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan solo a los indigentes o carentes de recursos suficientes" (Constitución uruguaya, art. 44). Si bien al principio la jurisprudencia rechazaba las acciones de amparo por las que se solicitaba la tutela del derecho a la salud con el otorgamiento, por parte del Estado, de un medicamento de alto costo, luego esta profundización que se entiende necesaria, hizo que al menos parte de la jurisprudencia cambiara de conclusión y se constaten, en la actualidad, varios fallos favorables a la protección.

Martín Guerra, Melanie Kazarez y Emanuel Pintos. "La acción de amparo en Uruguay. Complemento de investigación", *Revista De Derecho*, n.° 22, 2020, pp. 160 a 177, disponible en [https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/2246].

En materia de vivienda el análisis debiera ser distinto, en tanto la disposición aplicable es otra. La Constitución uruguaya también contiene una disposición específica en la materia que requiere de cierto hacer del Estado -a nuestro juicio cuyo cumplimiento o incumplimiento debe ser controlado por el juez- aunque distinta de la anterior: "Todo habitante de la República tiene derecho a gozar de vivienda decorosa. La ley propenderá a asegurar la vivienda higiénica y económica, facilitando su adquisición y estimulando la inversión de capitales privados para ese fin" (Constitución uruguaya, art. 45).

Recientemente la jurisprudencia ha otorgado algunas acciones de amparo requiriéndose al Estado dotar de una solución habitacional a la persona o familia reclamante. Sin embargo, a nuestro juicio, y conforme a una perspectiva que parta del Estado constitucional de derecho, hubiera correspondido un análisis en clave de sentencias estructurales. No es objeto del presente adentrar en los casos concretos y su fundamentación, pero sí notar que el rol del juez es por demás relevante en la protección de los DESCA y en ese rol la profundización en cuáles son los derechos aplicables y, en especial, en cuáles son las disposiciones relevantes -y qué contenido poseen-, son de extrema importancia.

También en Uruguay hubo un caso paradigmático en tanto un juez ordenó a una institución educativa a pasar de año escolar a una menor, sentencia que luego fue revocada por el Tribunal de Apelaciones[11].

Lo anterior hace notar que aún resta mucho por ahondar en lo que respecta al rol del juez. Tal como lo anticipamos, la autorrestricción no tiene cabida y genera una consecuencia negativa en la protección de los DESCA, aunque también el tan rechazado "activismo". Para evitar lo anterior, se entiende necesario partir de los derechos involucrados, de sus posibles límites, y profundizar en el análisis del caso, de las disposiciones relevantes, de su contenido, significancia y aplicación al supuesto concreto.

Por otra parte, en un segundo escenario que involucra a la actividad jurisdiccional, los DESCA también poseen relevancia en la aplicación de herramientas y postulados que hacen a la interpretación del principio de igualdad, de proporcionalidad y del plazo razonable.

En los tres casos se recurre a distintos "tests" para determinar si una medida cumple con dichos principios y garantías, o bien si no los

11 URUGUAY. TRIBUNAL DE APELACIONES DE FAMILIA DE TERCER TURNO. Sentencia Definitiva n.º 16 de 6 de febrero de 2008, ponente: EDUARDO NICASIO BORGES DUARTE.

supera. En estos, una posible afectación de los DESCA posee significancia, tanto para analizar la causa de distinción o la finalidad legítima en el marco del principio de igualdad; del fin y de su afectación en el marco del principio de proporcionalidad; como también de la afectación de la duración del proceso en cuanto al estudio de la garantía del plazo razonable, este último siendo el cuarto requerimiento analizado por la Corte IDH en este marco.

II. OTROS MEDIOS DE PROTECCIÓN

En lo anterior nos concentramos en la actividad jurisdiccional, aunque a esta última arriban solo algunos de los casos, sin embargo, en la realidad hay muchos más que por distintas razones no llegan a los juzgados, pero también requieren de protección.

En base a ello nos preguntamos si existen, y de paso presentamos algunos nuevos medios de garantía. No son "nuevos" propiamente, aunque sí lo novedoso es su vinculación con el derecho constitucional y con la efectividad de los derechos.

En primer lugar, es posible adoptar medidas desde el sistema tributario. Por un lado, crear o modificar impuestos para hacerlos más personales y menos reales. En la actualidad y producto de la pandemia, son muchos los análisis sobre la perspectiva de género que debiera tener el sistema tributario y la consideración de la mujer y del género en algunos impuestos para, justamente, hacerlos más personales. También en la protección de los DESCA, la consideración de los gastos familiares para estos, debieran tener una especial atención en este campo impositivo.

Por otra parte, las exoneraciones tributarias han servido a lo largo de la historia para el fomento o el desincentivo de determinadas actividades. En este marco, el sistema tributario se convierte en un instrumento para fomentar y promover la protección a ciertos derechos; en los DESCA y a modo de ejemplo: la vivienda, derechos laborales, prácticas ambientales, entre otras.

También las empresas y sus prácticas son relevantes en la promoción de la efectividad de derechos. No solo el cumplimiento de la normativa aplicable, sino de cierto estándar y su exigencia los cocontratantes, proveedores, entre otros, hace que la efectividad se acreciente. El *compliance* de las empresas en estos puntos resulta de importancia

y es otro medio que hace a la efectividad de los DESCA, a su exigencia y a su control[12].

A lo anterior podríamos adicionarle otras medidas. En la actualidad y producto de la pandemia, hemos visto cómo la modernización tecnológica es necesaria y requerida, además, para la puesta en práctica de ciertos derechos, en especial en determinados escenarios. Sin la tecnología, la educación se hubiera visto impedida de continuar en el actual contexto de pandemia. A ello se adicionan otros derechos que demuestran la trascendencia que la conectividad y el desarrollo tecnológico también tienen en este campo.

Lo anterior parece alejarnos del quehacer jurisdiccional, o aún estatal. Sin embargo, se encuentra un punto de conexión entre estos "nuevos" medios que hacen o pueden hacer a la efectividad de los DESCA y el rol estatal.

El Estado debe fomentar estos medios ya no tan convencionales que hacen a la protección de los derechos. La actividad jurisdiccional también puede contribuir con este fomento. Para mencionar un ejemplo, en Uruguay la Suprema Corte de Justicia cuestionó si los tributos departamentales podían o no, tener un fin extrafiscal[13]. Entendemos ello, un ejemplo de cómo la actividad jurisdiccional repercute –tanto positiva, como negativamente– en el análisis antes efectuado.

CONCLUSIONES

A modo de conclusión, nos proponemos volver al inicio de lo que se ha planteado. Es decir, a la importancia de los derechos sociales, de su protección, no solo como derechos por demás trascendentes por su contenido en sí mismo, sino también entendiendo a su protección como necesaria en una sociedad democrática.

¿Es posible referir a una verdadera democracia sin tutela de derechos sociales? Corresponde repasar en ello, el entendimiento de la democracia deliberativa que líneas más arriba se ha citado de HABERMAS y su vinculación con los derechos y con los derechos sociales.

12 GARAT. "El compliance de las empresas: un instrumento para el cumplimiento normativo y una garantía para los derechos fundamentales", cit.

13 URUGUAY. TRIBUNAL DE APELACIONES DE FAMILIA DE SEGUNDO TURNO. Sentencia Definitiva n.º 167 de 15 de septiembre de 2020, ponente: PATRICIA ELIZABETH HERNÁNDEZ SÁNCHEZ.

Tanto en el ámbito jurisdiccional como en otros ámbitos, la protección y efectividad de los derechos sociales es más que trascendente. Por ello, profundizamos en algunas de las problemáticas que en la actualidad se plantean en esta materia, en especial en Uruguay. Nos concentramos también en presentar algunas "nuevas" medidas que podrían poseer un impacto positivo en la tutela de estos derechos, y de su posible impulso y vínculo tanto con la actividad estatal en general, como en concreto, con la jurisdiccional.

Entendemos a lo anterior como verdaderamente trascendente para lograr la efectividad de los derechos sociales y, en suma, contribuir a una verdadera democracia. De seguro será necesario analizar y profundizar estos puntos aún mucho más en un escenario de postpandemia.

BIBLIOGRAFÍA

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Valle Jaramillo y otros *vs.* Colombia (fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C, n.° 192, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_192_esp.pdf].

Caso Suárez Peralta *vs.* Ecuador (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 21 de mayo de 2013, Serie C, n.° 261, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf].

Caso Lagos del Campo *vs.* Perú (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 31 de agosto de 2017, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf].

Caso Poblete Vilches y otros *vs.* Chile (fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C, n.° 349, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf].

Caso Muelle Flores *vs*. Perú (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 6 de marzo de 2019, Serie C, n.° 375, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf].

Corte Suprema de Justicia de Uruguay. Sentencia Definitiva n.º 396 de 5 de octubre de 2016, ponente: Jorge Omar Chediak González.

Ferrajoli, Luigi. "Pasado y futuro del Estado de derecho", en Miguel Carbonell (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2009.

Garat, María Paula. "El compliance de las empresas: un instrumento para el cumplimiento normativo y una garantía para los derechos fundamentales", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 68, n.° 271, 2018b, pp. 555 a 575, disponible en [http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/65375].

Garat, María Paula. "La exigibilidad de los derechos económicos y sociales en el ámbito interamericano y su realidad en Uruguay", *Revista de Derecho Público*, n.° 53, 2018a, pp. 19 a 36, disponible en [http://www.revistaderechopublico.com.uy/ojs/index.php/Rdp/article/view/89].

Garat, María Paula. "Are taxes and economic measures connected with the effectiveness of human rights?", *International Bar Association*, 2020, disponible en [https://www.ibanet.org/article/C3C830FB-A810-4D0D-9EF1-3CAE52551E28].

Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Manuel Jiménez Redondo (trad.). Madrid, Trotta, 2010.

Harding, Michelle; Grace Perez-Navarro y Hannah Simon. "Tax, gender blind is not gender neutral: why tax policy responses to covid-19 must consider women", *ecoscope*, 1.° de junio de 2020, disponible en [https://oecdecoscope.blog/2020/06/01/in-tax-gender-blind-is-not-gender-neutral-why-tax-policy-responses-to-covid-19-must-consider-women/].

Masala, Pietro. "El impacto de la crisis económica y de la reforma constitucional de 2012 en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana en materia de ponderación entre derechos sociales prestacionales y la estabilidad presupuestaria", *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, n.° 20, 2016, pp. 223 a 255, disponible en [https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/54266].

Risso Ferrand, Martín; María Paula Garat, Stefanía Rainaldi, Martín Guerra, Melanie Kazarez y Emanuel Pintos. "La acción de amparo en Uruguay. Complemento de investigación", *Revista De Derecho*, n.° 22, 2020, pp. 160 a 177, disponible en [https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/2246].

Uruguay. Tribunal de apelaciones de familia de primer turno. Sentencia Definitiva n.º 68 de 4 de mayo de 2021, ponente: Álvaro Ricardo Messere Ferraro.

Uruguay. Tribunal de apelaciones de familia de segundo turno. Sentencia Definitiva n.º 167 de 15 de septiembre de 2020, ponente: Patricia Elizabeth Hernández Sánchez.

Uruguay. Tribunal de apelaciones de familia de segundo turno. Sentencia Definitiva n.º 9 de 3 de mayo de 2021, ponente: Eduardo Nelson Cavalli Asole.

Uruguay. Tribunal de apelaciones de familia de tercer turno. Sentencia Definitiva n.º 16 de 6 de febrero de 2008, ponente: Eduardo Nicasio Borges Duarte.

CAPÍTULO VIGÉSIMO

Exigiblidad de los derechos económicos, sociales y culturales

Alfonso Jaime Martínez Lazcano[1]

INTRODUCCIÓN

Las obligaciones convencionales en materia de los Derechos Económicos Sociales y Culturales -DESC- de los Estados tienen como principales fuentes: la Declaración Universal de los Derechos Humanos -DUDH- de 1948; de manera específica el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC- de 1966, en vigor a partir de 1976; el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[2] de 2008, vigente desde 2013 y la interpretación que realiza el Comité de Derechos Eco-

1 Investigador del Sistema Nacional de Investigadores Conacyt Nivel I, Doctor en Derecho Público, Profesor e Investigador de la Universidad Autónoma de Chiapas y Profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Vicepresidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Director de la Revista Jurídica Primera Instancia. Correo [alfonso.martinez@unach.mx] ORICID [https://orcid.org/0000-0003-0367-4716].

2 Establece un sistema de mecanismo de denuncias individuales el cual México no ha suscrito.

nómicos, Sociales y Culturales -CESCR- de la Organización de las Naciones Unidas, a través de Observación Generales, y para los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos -SIDH- también, la Convención Americana de Derechos Humanos -Convención ADH- de 1969, exigible desde 1978 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" de 1988, efectivo a partir de 1999 y la jurisprudencia interamericana.

Los DESC representan la respuesta convencional de forma pacífica[3] y jurídica, para disminuir en lo posible las desventajas sociales en las que se encuentran personas y grupos[4] vulnerables, que por sus condiciones socioeconómicas no tienen oportunidades reales ni acceso a bienes y servicios elementales para la subsistencia y desarrollo, como lo son la alimentación, el agua potable, medidas de saneamiento, educación, trabajo con salario digno, seguridad social, vivienda, medio ambiente sano, entre otros.

El cumplimiento cabal de los DESC implica un ineludible rediseño en la administración pública, porque en la mayoría de los países de Latinoamérica existen desigualdades extremas. Cabe resaltar que esta no es la región más pobre del planeta, pero compite con África por el título de la más desigual. Entre los 14 más desiguales a nivel global figuran Honduras (6), Colombia (7), Brasil (8), Guatemala (9), Panamá (10) y Chile (14) (JUSTO 2016, 1-3). Esencialmente porque el Estado acepta una serie de obligaciones convencionales, debe instituir los servicios necesarios de calidad para dotar a la colectividad de las prestaciones que permitan tener una vida digna, para cada ser humano o colectividad que se encuentre dentro de su jurisdicción, en esencia es la función y razón de ser de cualquier Estado que se precie de ser democrático y más aún del Estado social de derecho.

La pobreza y la marginación son los enemigos principales de los DESC, en los que viven grupos de personas en circunstancias adversas y con menos recursos, viven en un estado de carencias, de falta de

3 Las obligaciones que asumen los Estados respecto a los DESC han sido banderas de revoluciones para cambiar las condiciones socioeconómicas de los menos favorecidos.

4 En México la cifra en situación de pobreza en 2014 fue de 55,3 millones de habitantes de acuerdo con el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, cifra que representaba el 46,2% de la población general del país.

oportunidades, de vivienda, de servicios médicos, de alimentos (hambre y desnutrición), de agua, de trabajo, grandes porcentajes de analfabetismo, de delincuencia, de corrupción.

Es importante señalar que el compromiso de los DESC implica un cambio en la función del Estado liberal (gendarme) al Estado social de derecho, que si bien en la Constitución mexicana no se dice expresamente como en la colombiana, que es un Estado social de derecho, la obligación constitucional y convencional de observar los derechos humanos regidos por los principios de interdependencia e indivisibilidad implica garantizar el mínimo vital a cada individuo de la colectividad.

> ... el individuo cuenta con las condiciones mínimas para desarrollar un plan de vida autónomo y de participación activa en la vida democrática del Estado (educación, vivienda, salud, salario digno, seguridad social, medio ambiente, etcétera), por lo que se erige como un presupuesto del Estado democrático de derecho, pues si se carece de este mínimo básico, las coordenadas centrales del orden constitucional carecen de sentido [...] condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria o de necesidades insatisfechas que limiten sus libertades, de tal manera que este derecho abarca todas las medidas positivas o negativas necesarias para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano, por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna[5].

Todo ello basado en la dignidad humana, la cual implica que cada uno de los miembros de la humanidad vale por sí mismo, sin importar su nacionalidad, el grupo al que pertenece, la clase social donde se desenvuelve, a su familia, que a pesar de que se diga que somos iguales, esto debe ser considerado en cuanto a las oportunidades y no para destruir la individualidad de cada ser humano.

5 Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. "Derecho al mínimo vital. Concepto, alcances e interpretación por el juzgador" (tesis), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro 17, t. II, febrero de 2013, p. 1.345, disponible en [https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2002743].

> El hombre vale por ser lo que es y el que es –o sea, una persona, singular, concreta, irrepetible, distinta de todas las demás de su misma especie–, y no por ser miembro o parte de un grupo, sea éste una familia, o una clase social, o una nación, o el pueblo, ni mucho menos por serlo del Estado[6].

I. TRATADOS INTERNACIONALES

En México, las normas, principios y directrices suscritos por el Ejecutivo[7] y aprobadas por el Senado[8] se denominan tratados internacionales, estas disposiciones integran el derecho positivo mexicano, desde su aceptación dejan de ser normas supranacionales[9] o extranjeras y se convierten en normas internas de fuente convencional de aplicación directa.

> El principio de eficacia directa o autoejecutividad de los derechos humanos implica que estos tienen aplicación directa, sin que la falta o defectuosa regulación de los de-

6 Germán J. Bidart Campos. *Teoría general de los derechos humanos*, México, D.C., unam, 1993, disponible en [http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9888], p. 242.

7 "Las facultades y obligaciones del presidente son las siguientes: Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado...". Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, de 5 de febrero de 1917, disponible en [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf], art. 89, fracción x.

8 Son facultades exclusivas del Senado: "... aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que el Ejecutivo Federal suscriba, así como su decisión de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos...". Ibíd., art. 76, fracción i, párr. 2.°.

9 El concepto supranacional debe revisarse ya que los actos que tienen esta característica por lo general son unilaterales, emitidos por las grandes potencias o con su influencia, no son acordados libremente por los Estados como las normas convencionales.

> rechos contenida en normas secundarias o reglamentarias deba servir de excusa para la plena vigencia de estos[10].

Los tratados internacionales de derechos humanos –TIDH– no crean relaciones jurídicas recíprocas exigibles entre los Estados, sino que dotan de derechos y libertades a las personas que se encuentran dentro de la jurisdicción de cada nación, quienes a raíz del tratado deben implantar nuevos parámetros de protección, además de legitimar a las personas en lo individual y colectivo, para exigir el cumplimiento de los compromisos convencionales ante órganos creados por los mismos Estados, que deben ser imparciales y especializados, los cuales son constituidos para supervisión y vigilancia de cumplimiento de los TIDH.

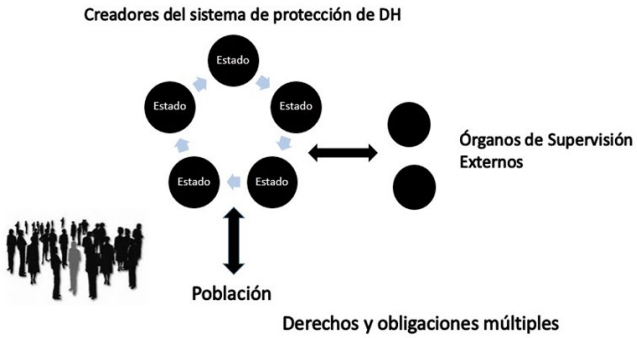
De esta forma, los TIDH no establecen derechos y obligaciones entre los Estados que pudieran ser exigibles recíprocamente, porque de hecho no los hay[11], ya que todos los integrantes del pacto universal y regional, que les corresponda por la ubicación geográfica, tienen un fin común: proteger a los habitantes de sus respectivos países. El objeto y fin de la Convención Americana, es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos[12].

10 José Pedro Aguirre Arango. "La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Revista de Derechos Humanos (Guatemala)*, año v, n.° 8, 2007, disponible en [https://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/cursos/2017/files/la_interpretac._de_la_convenci%C3%B3n_americ._sore_derechos_hum-oscar_cubas.pdf], p. 77.

11 En forma parecida a las sociedades en las que los socios unen sus esfuerzos y capitales para un fin común, y los derechos de sus integrantes son idénticos o similares, así como sus obligaciones.

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay (fondo, reparaciones y costas)", Sentencia de 31 de agosto de 2004, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf].

FIGURA 1. Protección sistemática de los derechos humanos



Las normas convencionales son creadas por especialistas elegidos por los Estados parte, sujetas a la condición suspensiva de aceptación libre y soberana de los países de tenerlas como fuente del derecho nacional, al elevarlas al estatus de tratados internacionales.

> De fuente internacional penetra e ingresa en el derecho interno (estatal) para formar parte de él, ingresa desde afuera, con lo que la voluntad del Estado (colaboradora indudable en esa recepción del derecho internacional por el interno que se expresa en la ratificación internacional de los tratados) no es el único ni último hontanar de los derechos humanos que se reconocen en el orden normológico[13].

Prácticamente, los agentes del Estado dentro de su competencia, en este caso, están legitimados para pactar estipulaciones a favor de terceros (población), ya que estos últimos no participan de forma directa, aunque se pudiera decir que sí en un régimen democrático, por ser representantes de los Estados.

En el derecho convencional de los derechos humanos, las diferencias son sustantivas en relación a otro tipo de tratados internacionales, porque la aprobación de los derechos y libertades de las personas son correlativamente obligaciones de los gobernantes, es indudable que se encuentran en diferentes planos de vinculación entre los sujetos del

13 Bidart Campos. *Teoría general de los derechos humanos*, cit., p. 416.

derecho convencional de los derechos humanos: los Estados parte, los órganos de supervisión, el ser humano y las colectividades.

En el sistema universal es el CESCR el órgano de supervisión de que los Estados parte cumplan con el PIDESC a través de informes periódicos, peticiones o denuncias.

> Todos los Estados parte deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan esos derechos. Inicialmente, los Estados deben presentar informes a los dos años de la aceptación del Pacto y luego cada cinco años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado parte en forma de "observaciones finales"[14].

Además, el CERCR tiene como competencia el recibir y considerar comunicaciones, es decir, peticiones individuales o colectivas, así como denuncias, como resultado de estas emite recomendaciones a los Estados parte que hayan aceptado el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

A nivel regional, en América, los órganos de supervisión son la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos -Comisión IDH-, la Corte Interamericana de Derechos Humanos -Corte IDH- y los jueces de todos los Estados parte del SIDH.

14 NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, disponible en [https://www.ohchr.org/sites/default/files/cescr_SP.pdf].

Uno de los compromisos convencionales de alto impacto en los Estados parte es el impedir que las normas de derecho interno impidan su eficacia, para ello deben de derogarlas o modificar aquellas que sean contrarias a los TIDH, y en caso de que no sean derogadas, dejarlas de aplicar a través del control difuso de convencionalidad.

> Los Estados deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados en los que sean parte[15].

En el ámbito jurisdiccional, el control difuso de convencionalidad implica la obligación a todos los operadores jurídicos de dar preferencia a las disposiciones convencionales creadas y utilizadas por el SIDH, así como a la interpretación emitida por la Corte IDH ante cualquier acto u omisión que tenga una trasgresión a las reglas, principios y directrices convencionales o por existir parámetros menores de protección a los derechos humanos en el derecho interno de los Estados parte, lo que se conoce también como el efecto útil de las disposiciones convencionales.

II. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Los DESC tienen sus raíces en la ideología socialista y comunista, en su momento KARL MARX criticó los derechos consagrados en la Declaración de Hombre y del Ciudadano de 1789, que incluía solo derechos civiles y políticos sin considerar a los DESC, tal postura se aprecia en su obra *Sobre la cuestión judía*:

> Los llamados derechos humanos, los *droits de l'homme*, no son otra cosa que los derechos del miembro de la sociedad burguesa, es decir del hombre egoísta, separado del hombre y de la comunidad[16].

15 NACIONES UNIDAS. *Observación general n.° 9: La aplicación interna del Pacto*, 3 de diciembre de 1998, disponible en [https://www.refworld.org.es/docid/47ebcf342.html], p. 3.

16 KARL MARX. *Páginas malditas: sobre la cuestión judía y otros textos*, Madrid, Reapropiación Ediciones, 2019.

Acertada visión de Marx, ya que los derechos del hombre solo limitaban a proteger a la parte de la sociedad que se encontraba o se encuentra en condiciones de adquirir y mantener riqueza, menospreciando u olvidándose de la gran mayoría de la población que no había corrido con la "suerte" de nacer con las mismas oportunidades de desarrollo, así se proclamó la "libertad de los pobres".

En el Preámbulo de la DUDH se declara:

> El reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de los derechos iguales e inalienables es el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo[17].

Los derechos civiles y políticos se dividen en dos subcategorías, llamados derechos "escudos" o derechos de resistencia, por tener como fin el fijar límites al poder.

Los DESC, a su vez se subdividen en tres categorías: derechos económicos, derechos sociales y derechos culturales, que en esencia tienen el valor de la no discriminación.

Derechos económicos

- Derecho al desarrollo
- Derecho al trabajo
- Libertad de comercio

Derechos sociales

- Derecho a la protección social en caso de necesidad (seguridad social, incapacidades temporales y permanentes, jubilación, riesgos de trabajo)
- Derecho a un medio ambiente sano
- Derecho a la alimentación
- Derecho a la vivienda digna
- Derecho a la sanidad
- Derecho a la educación

17 Naciones Unidas. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, disponible en [https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf].

Derechos culturales

- Derecho al arte
- Derecho a la cultura
- Derecho a participar en la vida cultural
- Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones
- Derechos de autor a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas

Así, los DESC han evolucionado de manera diferente a los derechos civiles y políticos, no solo desde el punto de vista histórico, sino en cuanto su exigencia jurídica.

> En tal virtud, en 1951, la Asamblea General de la ONU, acordó que el sistema para llevarlos a la práctica tenía que ser distinto, y que los derechos económicos, sociales y culturales debían conseguirse progresivamente, mientras que los civiles y políticos debían asegurarse inmediatamente[18].

Más adelante, el CESCR de la Organización de las Naciones Unidas precisó que los DESC son también, al igual que los derechos civiles y políticos, de aplicación inmediata y que corresponde a los órganos jurisdiccionales de los Estados parte y no a los poderes ejecutivo o legislativo, en cada caso, fijar su alcance, es decir, el deber de tutela judicial de los DESC.

> El Pacto no niega la posibilidad de que puedan considerarse de aplicación inmediata los derechos que contiene en sistemas en que se prevé tal opción. Es más, en el momento de su redacción se rechazaron con firmeza los intentos de incluir en el Pacto una disposición específica en el sentido de que no tenía aplicación inmediata. En la mayoría de los Estados, la determinación de que la disposición de un tratado es, o no es, de aplicación inmediata corresponde a los tribunales, no al poder ejecutivo ni al

18 Aristeo García González. "La dignidad humana, núcleo duro de los derechos humanos fundamentales", *Revista de la Universidad Michoacana de San Nicolás Hidalgo*, año XI, n.° 102, 2015, p. 24.

> legislativo. Para poder desempeñar efectivamente esta función hay que informar a los jueces y a los tribunales competentes de la naturaleza y las consecuencias del Pacto y de la importante función que desempeñan los recursos judiciales en su aplicación. Por ejemplo, cuando las actuaciones judiciales afectan a gobiernos, estos deben fomentar las interpretaciones de las leyes nacionales que den efecto a sus obligaciones derivadas del Pacto. Del mismo modo, en la formación judicial se debe tener en cuenta la justiciabilidad del Pacto. Es especialmente importante evitar cualquier suposición *a priori* de que las normas no deben considerarse de aplicación inmediata. De hecho, muchas de ellas están redactadas en unos términos que son, por lo menos, tan claros y concretos como los de otros tratados sobre derechos humanos, cuyas disposiciones consideran generalmente los tribunales de aplicación inmediata[19].

Los DESC tiene la finalidad de auxiliar a las personas en situación de vulnerabilidad constriñendo a los Estados parte de crear políticas de atención a la comunidad en general mediante acciones concretas que disminuyan la desigualdad social.

> La Corte [IDH] se ha pronunciado en el sentido de establecer que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, debido a los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la extrema pobreza o marginación[20].

19 NACIONES UNIDAS. *Observación general n.° 9: La aplicación interna del Pacto*, cit.

20 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde *vs.* Brasil" (excepciones preliminares, fondo,

Los DESC tienen como todos los derechos humanos un factor coincidente, la lucha contra la discriminación, la cual no está supeditada a la existencia de los recursos económicos ni a desarrollarse de forma gradual, es decir, el trato igualitario con inclusión de los beneficios sociales a los grupos desfavorecidos o vulnerables:

> La prohibición de la discriminación, consagrada en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos; se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente[21].

III. PRINCIPIOS DE INTERDEPENDENCIA E INDIVISIBILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

La división de derechos humanos se reflejó en el tratamiento y desarrollo diferente a través de dos tratados internacionales: el PIDESC y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta segregación de los derechos humanos encuentra su unificación o amalgama cuando se reconocen los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

Los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos son los parámetros básicos para lograr la protección judicial de los DESC, no solo son equiparados a los derechos civiles y políticos, sino articularlos a todos de forma global, si se viola un derecho específico se afecta a todo el sistema de protección.

El preámbulo del PIDESC dice:

---

reparaciones y costas), Sentencia de 20 de octubre de 2016, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf].

21 Sergio Eduardo Herrera Torres. "Acceso a la justicia ambiental", en María de Lourdes Hernández Meza, Ana Laura Acuña Hernández y María del Carmen Carmona Lara (coords.). *20 años de procuración de justicia ambiental en México: un homenaje a la creación de Procuraduría Federal de Protección al Ambiente*, México, D.F., UNAM y Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, 2012, pp. 107 a 128, disponible en [http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12082].

> Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos[22].

Fue en la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Teherán, 1968), en la que se proclamó su indivisibilidad, afirmando que la realización plena de los derechos civiles y políticos sería imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales[23].

Más tarde, la Declaración y Programa de Acción de Viena –DPAV–, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, para muchos el documento de derechos humanos de mayor importancia elaborado en el último cuarto del siglo XX, en esta se reafirma que no deben existir distinciones entre los derechos humanos, los cuales a raíz de la Guerra Fría[24] se contemplaban en forma separada, por un lado los derechos civiles y políticos y por otro los DESC, para concluir que todos los derechos humanos son indivisibles e interdependientes.

Así, la DPAV prevé en el primer apartado del quinto punto:

> Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios his-

22 NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, cit.

23 JUAN ALONSO TELLO MENDOZA. "Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", *Derecho & Sociedad*, n.° 34, 2010, disponible en [https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13359], p. 373.

24 La Guerra Fría abarcó el periodo que comprende del fin de la Segunda Guerra Mundial hasta la desintegración de la Unión Soviética en 1991, entre los países de ideológica comunistas y capitalistas, respectivamente liderados por la Unión Soviética y los Estados Unidos de América.

> tóricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales[25].

Sin embargo, esta división en cuanto a su supervisión, en cierto modo subsiste dentro del sistema universal de derechos humanos, al existir dos comisiones creadas: una por el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual entró en vigor en marzo de 1976, y otra por el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con vigencia a partir de mayo de 2013.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a partir de la reforma de junio de 2011 dispone:

> Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos[26].

Esta disposición ha sido interpretada por los tribunales mexicanos en relación al caso "Masacre de Mapiripán *vs*. Colombia", resultó por la Corte IDH:

> Principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos. En qué consisten [...] la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso de la masacre de Mapiripán *vs*. Colombia) ha señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la

25 NACIONES UNIDAS. *Declaración y Programa de Acción de Viena*, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, de 25 de junio de 1993, disponible en [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf].

26 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, de 5 de febrero de 1917, cit., art. 1.°, párr. 3.°.

> evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, interpretación evolutiva que es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De ahí que dichos derechos, dentro de sus límites, son inalterables, es decir, que su núcleo esencial es intangible; por ello, la Norma Fundamental señala que ni aun en los estados de excepción se "suspenden", pues en todo caso, siempre se estará de conformidad con los principios del derecho internacional humanitario; ii) interdependencia e indivisibilidad: que están relacionados entre sí, esto es, no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados. Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; esto es, complementarse, potenciarse o reforzarse recíprocamente...[27].

En el Capítulo III de la Convención ADH, en el artículo 26 que versa sobre el desarrollo progresivo se prevé:

> 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[28].

27 Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. "Principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos. En qué consisten" (tesis), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 19, t. III, abril de 2013, p. 2.254, disponible en [https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2003350].

28 Organización de los Estados Americanos. *Convención Americana*

Respecto a la interdependencia, la Corte IDH ha determinado, citando a la Corte Europea de Derechos Humanos:

> ... la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. Al respecto, resulta oportuno citar la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos que, en el caso Airey señaló que:
>
> El Tribunal no ignora que la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica. Por otro lado, el Convenio Europeo debe interpretarse a la luz de las condiciones del presente [...] y ha sido diseñado para salvaguardar al individuo de manera real y efectiva respecto de los derechos protegidos por este Convenio [...] Si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio[29].

sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 a 22 de noviembre de 1969, disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf].

29 Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Acevedo Buendía y otros ('cesantes y jubilados de la Contraloría') *vs*. Perú" (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 1.° de julio de 2009, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf].

IV. ACCESO A LA JUSTICIA

Sin el acceso a la justicia no es posible garantizar ningún derecho, que la sociedad conozca la verdad de los hechos cuando se presenten violaciones graves a los derechos humanos, tampoco lograr la reparación integral a las víctimas ni sancionar a los perpetradores de derechos humanos. En contrapartida, su falta de eficacia permite que crezca la impunidad y las violaciones a los derechos fundamentales al grado de llegar a ser una práctica generalizada por su repetición y agravamiento.

> El acceso a la justicia como un derecho fundamental que guarda gran importancia no solo por ser un derecho humano en sí mismo, sino también porque es a través de él que se garantiza el respeto -o en su caso, reparación- de todos los demás[30].

Para mejorar los niveles de justicia se requiere que la jurisdicción sea independiente e imparcial, que sus miembros sean seleccionados por su habilidad, perfil y probado desempeño ético y contar con una preparación[31] adecuada para ocupar un cargo en la judicatura; que el proceso se desarrolle como un medio idóneo, oportuno y razonable para proteger a la especie humana de la especie humana, con instancias accesibles y procedimientos sin tanto formalismo que vulneren el derecho en pugna[32]; así como permitir que los operadores de justicia no sean molestados, intimidados, amenazados e inclusive privados de la vida, además de que los justiciables cuenten con medios de im-

30 Juana María Ibáñez. *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2015, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/tablas/32077.pdf], p. 7.

31 Parte de las condenas de la Corte IDH obligan en algunos casos a los Estados parte a capacitar a sus operadores jurídicos sobre los parámetros interamericanos de protección de derechos humanos, como una especie de garantía de no repetición.

32 Fue adicionado el 15 de septiembre de 2017 en el tercer párrafo del artículo 17 de la Constitución este principio: Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.

pugnación sencillos y eficaces, disponibles siempre de forma previa al menoscabo de todo derecho sustantivo y procesal.

El artículo 8.º de la DUDH dispone: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley"[33].

El debido proceso involucra no solo un continuo acatamiento a las reglas y principios de carácter procesal, también implica cumplir con determinados valores, ya que sin su observancia el proceso es nulo.

> Debido Proceso (no solamente al seguimiento de ciertas formas, sino principalmente a la plena vigencia de los valores que se encuentran detrás o buscan protegerse con este concepto), y, por qué no decirlo, de la visión del Derecho y lo jurídico que se maneja en Estados Unidos, la cual como todos sabemos no se limita a las prescripciones hechas por algún legislador[34].

El juez competente o natural es un ingrediente fundamental del acceso a la justicia, se relaciona con el derecho humano al debido proceso, implica que todo órgano jurisdiccional para conocer de un asunto debe necesariamente estar facultado para ello, es decir, ser competente, presupuesto procesal, de acuerdo con COUTURE, citado por OVALLE FAVELA son: "Aquellos antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal"[35]. En resumen, son los requisitos indispensables para que se integre el proceso y sea factible emitir la sentencia que vaya al fondo del asunto. Durante todo el procedimiento (tanto en primera como en segunda instancia), aunado a que el tribunal debe estar constituido previamente a los hechos materia de la *litis*, incluir en las normas del procedimiento un recurso sencillo y eficaz para impugnar las decisiones judiciales, que la forma de juzgar sea pública aunado al principio de contradicción, que sus

33 NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, cit., art. 8.º.

34 MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ. "Derecho a la jurisdicción y debido proceso", *Estudios Constitucionales*, vol. 2, n.º 1, 2004, pp. 99 a 121, disponible en [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82020103].

35 EDUARDO J. COUTURE cit. en JOSÉ OVALLE FAVELA. *Derecho procesal civil*, México, D.F., Oxford University Press, 1995, p. 82.

decisiones se funden en los fines de la norma sustantiva, que impere la razón y que las partes sean atendidas con equidad, lo cual en su conjunto son elementos idóneos para garantizar la imparcialidad e independencia judicial.

Así, "el debido proceso y el juez competente o natural, como parte integrante de éste, constituyen derechos básicos en la protección del ser humano"[36].

El artículo 8.°, punto primero de la Convención ADH, denominado "De las garantías judiciales" al referirse a los derechos procesales, destaca la calidad de los órganos jurisdiccionales de ser competente:

> Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter[37].

El artículo 25 de la Convención ADH exige no solo una adecuada regulación en la materia, sino el garantizar un acceso efectivo y rápido a un recurso jurídico. Ahora bien, HERRERA TORRES[38], apunta que el derecho internacional de los derechos humanos determina como contenido sustantivo mínimo del derecho de acceso a la justicia, el siguiente:

- Acceso a la jurisdicción
- A un juez competente, imparcial y predeterminado por la ley
- A la tutela judicial efectiva

36 FLORABEL QUISPE REMÓN. "El derecho al juez natural -como derecho humano- y los tribunales militares en Colombia", *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad*, n.° 5, 2014, pp. 116 a 138, disponible en [https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/issue/view/378].

37 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cit.

38 HERRERA TORRES. "Acceso a la justicia ambiental", cit., pp. 188 y 189.

- A un juicio justo
- A la igualdad ante la ley y los tribunales de justicia
- A la no discriminación por motivo de raza, nacionalidad, condición social, sexo, ideología política o religión
- A la presunción de inocencia
- Irretroactividad de la ley penal
- Responsabilidad penal individual
- Derecho a la defensa y asistencia letrada
- A comunicarse con su defensor en forma confidencial, sin demora y sin censura
- Disponer del tiempo necesario y de los medios adecuados para su defensa
- A ser informado de manera inmediata y comprensible de sus derechos
- A conocer los motivos de la detención y la autoridad que lo ordena
- A ser juzgado dentro de un plazo razonable
- A no ser juzgado dos veces por el mismo delito
- A no ser encarcelado por el incumplimiento de deudas o de obligaciones contractuales
- A no ser obligado a declarar, ni a confesarse culpable
- A un intérprete o traductor
- A la protección contra todo tipo de detención ilegal
- Al *habeas corpus* o al amparo

- A un recurso efectivo ante tribunales superiores competentes, independientes e imparciales
- A que en un proceso penal se asegure que la libertad será reconocida y respetada por regla general y la prisión preventiva constituya una medida de excepción
- A la no aplicación de la pena de muerte
- Indemnización por error judicial
- Prohibición y protección efectiva contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes
- Prohibición y protección efectiva contra las ejecuciones sumarias o arbitrarias
- En caso de detención en el extranjero a la notificación consular inmediata

La tutela judicial de los DESC, no es solo una pretensión ética y humanitaria, ahora también lo es jurídica, por lo cual es factible el demandar el cumplimiento de todas las subcategorías que los integran, lo que implica el derecho humano de acceso a la justicia, aunado a la necesaria existencia de tribunales con la competencia para dirimir controversias cuyo contenido del proceso sea violación o no de los DESC de manera imparcial, pronta, gratuita y completa, así como el instrumento idóneo que sirva para la solución de este tipo de litigios.

Partiendo de la integridad de los derechos humanos, podemos argumentar que los DESC tienen el mismo peso ético, jurídico y político que los derechos civiles y políticos[39]. Además de la protección de carácter judicial, es factible tutelar los DESC a través de las autoridades administrativas por medio de los recursos administrativos o el juicio de nulidad.

39 DIEGO MAURICIO HERNÁNDEZ. "Los movimientos sociales populares y el horizonte de lucha por los DESC. Reivindicación, resignación y realización autónoma", en PABLO ELÍAS GONZÁLEZ MONGUÍ (coord.). *Derechos económicos, sociales y culturales. Cátedra Gerardo Molina*, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, 2009, pp. 413 a 460 disponible en [https://www.corteidh.or.cr/tablas/26759.pdf].

> El derecho a un recurso efectivo no debe interpretarse necesariamente en el sentido de que exige siempre un recurso judicial. Los recursos administrativos en muchos casos son adecuados, y quienes viven bajo la jurisdicción de un Estado parte tienen la expectativa legítima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto. Esos recursos administrativos deben ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces. También es conveniente muchas veces establecer un derecho último de apelación judicial con respecto a los procedimientos administrativos de este tipo[40].

La evolución de la cultura jurídica ha creado determinados derechos que no son exclusivos y estrictamente individuales, sino que la afectación de estos impacta a un conjunto de personas determinadas o indeterminadas. Por ejemplo, el derecho a un medio ambiente sano[41], saneamiento, salud, educación, libertad sindical, entre otros.

Los DESC representan en su mayoría intereses o derechos colectivos e inclusive difusos, y por lo tanto deben ser tutelados en un proceso que la sentencia favorezca a todos sus integrantes por medio de procesos colectivos, que en su mayoría la trasgresión es más grave ya que se deben a defectos estructurales de la administración pública.

> El problema del respeto a los derechos colectivos y a los intereses de la comunidad no es un problema de simple legalidad, de confrontación de un acto con el universo normativo superior al cual estaba sujeto, no es en estricto sentido un problema normativo. Es mucho más que eso[42].

40 Naciones Unidas. *Observación general n.° 9: La aplicación interna del Pacto*, cit.

41 Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, cit., art. 4.°, párr. 5.º).

42 Jaime Orlando Santofimio Gamboa. *Acciones populares y medidas cautelares en defensa de los derechos e intereses colectivos*, Bogotá, Externado, 2010, p. 65.

Es factible dividir los medios de protección de los DESC en administrativos y judiciales. Los primeros a través de recursos administrativos o el juicio de nulidad, y los segundos, por medio de las recientes acciones colectivas reguladas en su aspecto adjetivo por el Código de Procedimientos Civiles y por la Ley de Amparo.

> Las cuestiones referentes a los derechos del hombre necesitan, por ende, con un sistema o con otro, ser judiciales –o justiciables–, es decir, poder ingresar a conocimiento y decisión de la jurisdicción (constitucional, dada la materia) para que esta resuelva la pretensión a que el justiciable ha dado acceso mediante el ejercicio de su derecho a la jurisdicción que, no obstante, a su carácter instrumental, es uno de los derechos primordiales de la persona humana[43].

En México el amparo colectivo es un medio de defensa jurisdiccional que tiene la finalidad de proteger, en caso de violación a los derechos humanos, a un grupo en el cual sus integrantes pueden estar determinados y ser identificables en cuanto a su número e identidad o ser indeterminado el número de los afectados, en derechos que no le pertenecen a una sola persona sino que son de naturaleza social, como pueden ser un núcleo de población, un sindicato, una población penitenciaria o derechos que pertenecen todos, como el medio ambiente sano que afecta a un indefinido número de personas (intereses difusos).

> El juicio de amparo colectivo es una figura posible a la luz de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y de amparo de junio de 2011, en extrema vinculación con la incorporación de las acciones colectivas en 2010; y su objeto recae en la violación a los derechos colectivos constitucionales de fuente nacional como internacional, pero también a aquellos derechos que no siendo colectivos de origen se manifiestan en una colectividad, conocidos como individuales homogéneos[44].

43 Bidart Campos. *Teoría general de los derechos humanos*, cit.

44 Karla Elizabeth Mariscal Ureta. "Perspectiva del amparo colectivo mexicano frente al derecho a un medio ambiente sano", *Revista Jurídica Primera Instancia,* n.° 6, vol. 3, 2016, disponible en [https://www.primerainstancia.com.mx/wp-content/uploads/2016/09/REVISTA-6-Art%C3%ADculo-2.pdf], p. 44.

Además, con la creación del amparo colectivo, se flexibiliza la legitimación para concurrir al proceso para tutelar DESC, al establecer el interés, además del jurídico, el legítimo.

El interés legítimo es aquel que otorga la facultad para concurrir ante un órgano jurisdiccional a solicitar la protección de un derecho que se tiene no en forma exclusiva, sino que se comparte con una pluralidad de afectados que pueden ser determinables o indeterminables. "Los medios elegidos para dar cumplimiento al Pacto [PIDESC] tienen que garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo"[45].

Por último, hay que distinguir dos planos, uno la existencia de medios de control de tutela de los DESC, y dos, la labor que realizan la jurisdicción y la administración pública, esta última en actos materialmente jurisdiccionales, al resolver casos cuya *litis* sea protección concreta de los DESC.

> La exigibilidad judicial y la justiciabilidad son dos conceptos distintos que constituyen dos momentos claves del proceso jurisdiccional para la tutela de los derechos sociales fundamentales. Nos referimos a la exigibilidad judicial de un derecho social cuando existen mecanismos jurisdiccionales puestos a disposición del sujeto afectado en su derecho para poder exigir su satisfacción o restitución a un tribunal jurisdiccional, mientras que la justiciabilidad del derecho social está referida a la actividad jurisdiccional llevada a cabo por los tribunales jurisdiccionales para la satisfacción del derecho social que exige reconocimiento o restitución[46].

45 NACIONES UNIDAS. *Observación general n.° 9: La aplicación interna del Pacto*, cit., p. 7.

46 DIANA ROCÍO ESPINO TAPIA. "Derechos sociales y justiciabilidad en la teoría constitucional de inicios del siglo XXI", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.° 36, 2017, disponible en [https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/10860], p. 80.

V. ALCANCE EN MÉXICO DE LA TUTELA DE LOS DESC

No hay duda de que los DESC deben ser tutelados vía judicial y administrativa para lograr su eficacia, que cada situación debe analizarse para cumplir con los parámetros de protección basado en el principio *pro homine,* lo importante es ahora indagar, cuál ha sido la experiencia nacional en la aplicación de estos litigios en los cuales se invoca el PIDESC y las Observaciones Generales del CESCR por los órganos jurisdiccionales federales, en temas como agua potable, salud, educación, vivienda digna, interés legítimo, medio ambiente, seguridad social, para cual se presenta la siguiente muestra:

> Derecho humano a la provisión de agua potable. La obligación de proporcionar agua potable es una obligación [que el] Estado debe realizar de forma inmediata, aun y cuando no exista red general ni se haya efectuado el dictamen de factibilidad[47].

> En un caso concreto directamente vinculado el derecho a la salud [...] una determinación de la vulneración de aquél, el juzgador [...] cuando hay[a] una lesión clara a la integridad de la persona, como es la mala práctica médica, las autoridades políticas, administrativas y especialmente judiciales, deben asegurar e implementar la expedición razonable y prontitud en la resolución del caso [...] tomar todas las medidas necesarias para salvaguardar el derecho humano al nivel más alto posible de salud [...] otorgar servicios de salud de calidad en todas sus formas y niveles[48].

47 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. "Derecho humano a la provisión de agua potable. La obligación de proporcionarla es una obligación del Estado que se debe realizar de forma inmediata, aun y cuando no exista red general ni se haya efectuado el dictamen de factibilidad" (tesis), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 39, t. III, febrero de 2017, p. 2.189, disponible en [https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2013753].

48 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. "Derecho a la salud. Algunas formas en que las autoridades deben reparar su violación" (tesis), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 24, t. I, noviembre de 2015, p. 969, disponible en [https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2010420].

> Derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa [...] tiene las siguientes características: (a) debe garantizarse a todas las personas; (b) no debe interpretarse en un sentido restrictivo; (c) para que una vivienda se considere "adecuada" requiere contar con los elementos que garanticen un nivel mínimo de bienestar a quien la habite, esencialmente, una infraestructura básica adecuada, que proteja de la humedad, la lluvia, el viento, así como riesgos estructurales, con instalaciones sanitarias y de aseo, un espacio especial para preparar e ingerir los alimentos, espacio adecuado para el descanso, iluminación y ventilación adecuadas, acceso al agua potable, electricidad, y drenaje [...] dentro de las cuales está asegurar a la población recursos jurídicos y mecanismos judiciales para que los gobernados puedan reclamar su incumplimiento, cuando las condiciones de las viviendas no sean adecuadas o sean insalubres[49].

> Equilibrio ecológico y protección al ambiente [...] cualquier persona física y moral de las comunidades afectadas; dicha afectación debe consistir en un daño presente o inminente a los recursos naturales, a la flora o la fauna silvestre, a la salud pública o a la calidad de vida [...] supone un avance en el reconocimiento del interés jurídico de las personas que no sean las destinatarias del acto administrativo, pues se trata de la implementación de un mecanismo de defensa para la protección de los intereses difusos que constituyen una parte componente de la eficacia vertical de un derecho fundamental[50].

49 Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. "Derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa. Su contenido a la luz de los tratados internacionales" (tesis), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, t. I, abril de 2014, p. 801, disponible en [https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006171].

50 Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. "Equilibrio ecológico y protección al ambiente. Legitimación activa de las personas físicas y morales para interponer el recurso de revisión previsto en el artículo 180 de la ley general relativa, vigente hasta el 28 de enero de 2011" (tesis), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 7, t. I, abril de 2012, p. 874, disponible en [https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/160160].

> Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que uno de los derechos fundamentales tutelados por nuestro sistema jurídico es el derecho al libre desarrollo de la personalidad, expresión jurídica del principio de autonomía personal, de acuerdo con el cual, al ser valiosa en sí misma la libre elección individual de planes de vida e ideales de excelencia humana, el Estado tiene prohibido interferir indebidamente con su elección y materialización, debiendo limitarse a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno elija, así como impedir la interferencia injustificada de otras personas en su consecución [...] el objetivo de la educación debe ser el desarrollo de las capacidades del ser humano y el fomento de los derechos humanos y otros valores democráticos[51].

> El derecho a la seguridad social está reconocido como uno de los derechos humanos de eficacia internacional, que participa con los demás de las características de universalidad, inalienabilidad, indivisibilidad e interdependencia, en cuanto contribuye a asegurar que las personas alcancen una vida plena y digna, cuyo reconocimiento a nivel normativo impone a los Estados la obligación de respetarlos, protegerlos y satisfacerlos y, concretamente, a los operadores de las normas que los consagran, de utilizar el principio *pro homine* en su interpretación [...] En este sentido, debe tenerse presente que tratándose de los derechos etiquetados como "sociales", los pactos internacionales imponen a los Estados un conjunto de deberes que pueden considerarse el "núcleo duro" del derecho y luego, esperan de ellos que amplíen su eficacia, preponderantemente, en la medida en que lo permitan las condiciones económicas del país[52].

51 Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. "Derecho a la educación básica. Su contenido y características" (tesis), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 47, t. I, octubre de 2017, p. 178, disponible en [https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015295].

52 Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. "Seguridad social. El régimen de la pensión por jubilación satisface la exigencia del

A MANERA DE CONCLUSIONES

1. Los DESC son las herramientas jurídicas para combatir frontalmente la pobreza.

2. Todo derecho humano en lo particular se encuentra interrelacionado con los demás, así el derecho a la vida, con el derecho a la salud, con el derecho a la vivienda, con el derecho a la libertad, con el derecho a la educación, al medio ambiente sano, a la seguridad social, a las libertades políticas, a la seguridad jurídica, porque es fundamental ver al hombre como un todo y no como un ser desconectado de sí mismo.

3. En un Estado democrático social de derecho se debe garantizar a cada individuo las condiciones mínimas para desarrollar un plan de vida autónomo y de participación activa en la vida democrática del Estado (educación, vivienda, salud, salario digno, seguridad social, medio ambiente, etc.), si se carece de este mínimo básico, las coordenadas centrales del orden constitucional carecen de sentido.

4. Los DESC representan una revolución pacífica y jurídica para reivindicar los derechos humanos de la población vulnerable.

5. Todo derecho humano debe contar con un recurso sencillo y eficaz para su protección, sea de carácter administrativo o judicial.

6. No debe discutirse si los DESC son o no campo para la tutela judicial o administrativa, por ser una obligación convencional directa de los Estados su protección.

7. Le corresponde a los órganos jurisdiccionales y administrativos de manera especial hacer respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

---

núcleo duro del derecho humano relativo" (tesis), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 7, t. II, abril de 2012, p. 1.963, disponible en [https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2000668].

BIBLIOGRAFÍA

Aguirre Arango, José Pedro. "La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Revista de Derechos Humanos (Guatemala)*, año v, n.° 8, 2007, pp. 73 a 97, disponible en [https://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/cursos/2017/files/la_interpretac._de_la_convenci%C3%B3n_americ._sore_derechos_hum-oscar_cubas.pdf].

Bidart Campos, Germán J. *Teoría general de los derechos humanos*, México, D.C., unam, 1993, disponible en [http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9888].

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, de 5 de febrero de 1917, disponible en [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf].

Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Acevedo Buendía y otros ('cesantes y jubilados de la Contraloría') *vs.* Perú" (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 1.° de julio de 2009, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf].

Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay (fondo, reparaciones y costas)", Sentencia de 31 de agosto de 2004, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf].

Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde *vs.* Brasil" (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 20 de octubre de 2016, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf].

Espino Tapia, Diana Rocío. "Derechos sociales y justiciabilidad en la teoría constitucional de inicios del siglo xxi", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.° 36, 2017, pp. 79 a 108, disponible en [https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/10860].

Fernández González, Miguel Ángel. "Derecho a la jurisdicción y debido proceso", *Estudios Constitucionales*, vol. 2, n.° 1, 2004, pp. 99 a 121, disponible en [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82020103].

García González, Aristeo. "La dignidad humana, núcleo duro de los derechos humanos fundamentales", *Revista de la Universidad Michoacana de San Nicolás Hidalgo*, año xi, n.° 102, 2015, pp. 1 a 29.

Hernández, Diego Mauricio. "Los movimientos sociales populares y el horizonte de lucha por los desc. Reivindicación, resignación y realización autónoma", en Pablo Elías González Monguí (coord.). *Derechos económicos, sociales y culturales. Cátedra Gerardo Molina*, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, 2009, pp. 413 a 460 disponible en [https://www.corteidh.or.cr/tablas/26759.pdf].

Herrera Torres, Sergio Eduardo. "Acceso a la justicia ambiental", en María de Lourdes Hernández Meza, Ana Laura Acuña Hernández y María del Carmen Carmona Lara (coords.). *20 años de procuración de justicia ambiental en México: un homenaje a la creación de Procuraduría Federal de Protección al Ambiente*, México, D.F., unam y Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, 2012, pp. 107 a 128, disponible en [http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12082].

Ibáñez, Juana María. *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2015, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/tablas/32077.pdf].

Justo, Marcelo. "¿Cuáles son los 6 países más desiguales de América Latina?", *bbc Mundo*, 9 de marzo de 2016, disponible en [https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/03/160308_america_latina_economia_desigualdad_ab].

Mariscal Ureta, Karla Elizabeth. "Perspectiva del amparo colectivo mexicano frente al derecho a un medio ambiente sano", *Revista Jurídica Primera Instancia,* n.° 6, vol. 3, 2016, pp. 38 a 52, disponible en [https://www.primerainstancia.com.mx/wp-content/uploads/2016/09/REVISTA-6-Art%C3%ADculo-2.pdf].

Marx, Karl. *Páginas malditas: sobre la cuestión judía y otros textos*, Madrid, Reapropiación Ediciones, 2019.

Naciones Unidas. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, disponible en [https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf].

Naciones Unidas. *Declaración y Programa de Acción de Viena*, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, de 25 de junio de 1993, disponible en [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf].

Naciones Unidas. *Observación general n.° 9: La aplicación interna del Pacto*, 3 de diciembre de 1998, disponible en [https://www.refworld.org.es/docid/47ebcf342.html].

Naciones Unidas. *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, disponible en [https://www.ohchr.org/sites/default/files/cescr_SP.pdf].

Organización de los Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 a 22 de noviembre de 1969, disponible en [https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf].

Ovalle Favela, José. *Derecho procesal civil*, México, D. F., Oxford University Press, 1995.

Quispe Remón, Florabel. "El derecho al juez natural -como derecho humano- y los tribunales militares en Colombia", *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad*, n.° 5, 2014, pp. 116 a 138, disponible en [https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/issue/view/378].

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Acciones populares y medidas cautelares en defensa de los derechos e intereses colectivos*, Bogotá, Externado, 2010.

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México

"Derecho a la educación básica. Su contenido y características" (tesis), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 47, t. I, octubre de 2017, p. 178, disponible en [https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015295].

"Derecho a la salud. Algunas formas en que las autoridades deben reparar su violación" (tesis), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 24, t. I, noviembre de 2015, p. 969, disponible en [https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2010420].

"Derecho al mínimo vital. Concepto, alcances e interpretación por el juzgador" (tesis), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro 17, t. II, febrero de 2013, p. 1.345, disponible en [https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2002743].

"Derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa. Su contenido a la luz de los tratados internacionales" (tesis), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, t. I, abril de 2014, p. 801, disponible en [https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006171].

"Derecho humano a la provisión de agua potable. La obligación de proporcionarla es una obligación del Estado que se debe realizar de forma inmediata, aun y cuando no exista red general ni se haya efectuado el dictamen de factibilidad" (tesis), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 39, t. III, febrero de 2017, p. 2.189, disponible en [https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2013753].

"Equilibrio ecológico y protección al ambiente. Legitimación activa de las personas físicas y morales para interponer el recurso de revisión previsto en el artículo 180 de la ley general relativa, vigente hasta el 28 de enero de 2011" (tesis), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 7, t. I, abril de 2012, p. 874, disponible en [https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/160160].

"Principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos. En qué consisten" (tesis), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 19, t. III, abril de 2013, p. 2.254, disponible en [https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2003350].

"Seguridad social. El régimen de la pensión por jubilación satisface la exigencia del núcleo duro del derecho humano relativo" (tesis), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 7, t. II, abril de 2012, p. 1.963, disponible en [https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2000668].

Tello Mendoza, Juan Alonso. "Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", *Derecho & Sociedad*, n.° 34, 2010, pp. 367 a 374, disponible en [https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13359].

CAPÍTULO

VIGÉSIMO PRIMERO

Situación actual de las personas migrantes e indígenas migrantes en México

Blanca Torres Espinosa[1]
Carlos E. Arcudia Hernández[2]
Sara Berenice Orta Flores[3]

INTRODUCCIÓN

Uno de los grandes retos de la humanidad ha sido el desplazamiento de un lugar a otro. En tiempos remotos el hombre fue nómada debido a que necesitaba alimentarse y requería del agua para su supervivencia; las primeras migraciones datan de hace 120 mil años cuando el hombre se desplazó de África a Euroasia[4]. Luego, al conocer la agri-

1 Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Profesora de tiempo completo en la UASLP, México. Correo [blancate2005@yahoo.es] ORCID [https://orcid.org/0000-0002-7935-4770].

2 Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Profesor de tiempo completo en la UASLP, México. Correo [https://orcid.org/0000-0001-9409-3014] ORCID [https://orcid.org/0000-0001-9409-3014].

3 Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Profesora de tiempo completo en la UASLP, México. Correo [berenice@uaslp.mx] ORCID [https://orcid.org/0000-0002-5894-1212].

4 ERIN BLAKEMORE. "La migración humana: consecuencia de guerras, desastres y, ahora, del clima", *National Geographic*, 11 de marzo de 2019, disponible en [https://www.nationalgeographic.es/historia/2019/03/la-migracion-humana-consecuencia-de-guerras-desastres-y-ahora-del-clima].

cultura, tuvo la posibilidad de lograr un estado sedentario, estos movimientos fueron naturales al principio para el hombre, adaptándose a las necesidades del momento.

Al lograr un relativo estado de bienestar al establecerse, los grupos tienen la necesidad de proteger sus territorios y defenderlo de invasores, los perdedores en batalla continúan con los desplazamientos, incluso más allá de las tierras que los vieron nacer, por lo que sin duda, es la historia de la migración humana.

Las principales causas de migración en el mundo son la pobreza, la guerra, la esclavitud, persecuciones políticas, falta de empleo en el país de origen, discriminación y razón de género, catástrofes naturales.

A lo largo de la historia de la humanidad, han existido grandes desplazamientos de seres humanos de un lugar a otro, pero entre los más destacados encontramos los siguientes:

1. El Imperio Romano (siglo III a. C)[5]

2. Conquistas europeas hacia América (finales siglo XIV y comienzo siglo XVI)

3. Primera Gerra Mundia (1914-1918) y Segunda Guerra Mundial (1939-1945)

4. Guerra Siria (2011)

5. Países de América Latina hacia Estados Unidos de América (siglo XX)

6. Personas migrantes del mundo hacia Estados Unidos de América (siglos XX y XXI)

7. Desplazamiento de los sirios hacia Europa (a partir del 15 de marzo de 2011, inicio de la Guerra en Siria)

5 Carlos Amunátegui Perelló. "Migraciones en la antigüedad. Reflexiones comparativas con su tratamiento jurídico en el presente", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, n.° 3, 2013, pp. 1.035 a 1.041, disponible en [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177030099015].

Lo anterior es en el ámbito internacional, por lo que a México se refiere, los grupos indígenas antes de la llegada de los españoles habían logrado cierto sedentarismo al saber técnicas de agricultura, ganadería y contar con suficiente agua para su desarrollo, tal es el caso de los Aztecas en el centro de México y los Mayas en la península de Yucatán, entre los grupos más conocidos. Durante la Conquista en 1519, hay desplazamientos forzosos de los grupos indígenas, en algunos casos huían hacia otras tierras, a la selva y cuevas para evitar el contacto, sin embargo, al paso del tiempo, fue inevitable el mestizaje[6].

En la actualidad, México se ha convertido en paso obligatorio de personas que van del sur hacia el norte de América con el fin de lograr entrar a los Estados Unidos, muchos de ellos han quedado varados en la frontera norte de México generando caos, situación de calle, enfermedades, delincuencia, pobreza, explotación laboral y sexual, tráfico de personas, drogadicción, entre otros problemas. Tan solo al inicio de la presente administración en México, a partir de 2018 han cruzado por México de sur a norte seis caravanas con gente extranjera, no se sabe exactamente el número de personas que han transitado por el territorio nacional, pero de acuerdo a la oficina regional para Centroamérica, Norteamérica y del Caribe dependiente de la ONU hay un estimado de 25 mil personas[7], y es un dato alarmante debido a que la mayoría no llevaba consigo recursos de ninguna especie, siendo el gobierno quien ha pagado por dichos sucesos incluso, permitiendo la entrada indiscriminada de la gente al territorio[8].

I. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES E INDÍGENAS EN LA FRONTERA NORTE DE MÉXICO

De acuerdo a la Comisión Económica para América Latina y el Caribe -CEPAL-, "la definición más aceptada en la actualidad indica que la migración es el cambio de residencia que implica el traspaso de algún límite geográfico u administrativo debidamente definido". Si el límite que se cruza es de carácter internacional (frontera entre países), la

6 Daniel Cosío Villegas. *Historia general de México: versión 2000*, México, El Colegio de México, 2000, pp. 235 y ss.

7 Noticias ONU. "Caravana migrante", 21 de enero de 2021, disponible en [https://news.un.org/es/story/2021/01/1486942].

8 Ídem.

migración pasa a denominarse "migración internacional". Si el límite que se atraviesa corresponde a algún tipo de demarcación debidamente reconocida dentro de un país (entre divisiones administrativas, entre área urbana y rural, etc.), la migración pasa denominarse "migración interna"[9].

Por lo anterior, se puede decir que la migración significa desplazamiento de un grupo de personas de un lugar a otro y que trae consigo el cambio de residencia de las personas, siendo los principales motivos, las guerras, la falta de oportunidades en su país de origen, pobreza extrema, falta de empleo, persecuciones políticas, enfermedades o represión en su país de origen.

II. ANTECEDENTES DE LA MIGRACIÓN EN MÉXICO

La migración en México está unida a un conjunto de diversos fenómenos, entre ellos, los problemas económicos, la pobreza, las desigualdades y la búsqueda de un mejor nivel de vida. La meta por llegar a los Estados Unidos no siempre se consigue al cruzar la frontera internacional. La migración dentro de territorio mexicano es la historia del ejercicio del derecho de las personas en busca de oportunidades en otro país, principalmente, Estados Unidos; sin embargo, se traduce a una cadena de abusos y violaciones a los derechos humanos.

Antes de la Independencia de México, Centroamérica formaba parte del territorio de la Nueva España y no estaban establecidas fronteras. Después de la Independencia en 1810, surgió la idea de países centroamericanos de unirse al Primer Imperio Mexicano de Agustín de Iturbide, caso específico el de Guatemala de Centroamérica a México.

Con la Independencia y durante el periodo en que México empezó a desarrollarse como un país, comenzaron los procesos para ofrecer a los extranjeros, la posibilidad de establecerse en territorio nacional. Al mismo tiempo, las fronteras comenzaron a establecerse.

El 18 de agosto de 1824, México decretó que se otorgaba seguridad jurídica e integridad física a los extranjeros en su persona y propiedades, siempre y cuando se sujetasen a las leyes del país[10].

9 CEPAL. "Migración", disponible en [https://www.cepal.org/es/subtemas/migracion].

10 Cosío Villegas. *Historia general de México: versión 2000*, cit., pp. 489 y ss.

Después de que México se estableció como un país independiente de España, los extranjeros provenían esencialmente de Europa, sobre todo de España, pero también de Francia, Italia, Irlanda, Inglaterra y Alemania. La entrada libre a México en dicha época fue aprobada por las autoridades sin mayores requisitos.

Fue el presidente Antonio López de Santa Anna[11], quien permitió que los territorios del norte de México fueran ocupados por familias estadounidenses de origen anglosajón e irlandés. Los estadounidenses cruzaron el río Arkansas y se establecieron en el Valle del Pecos y San Antonio de Béjar en Texas.

La migración a los Estados Unidos inicia en los antiguos territorios de México y Centroamérica entre 1836 y 1853. La migración surge debido a la necesidad de mano de obra para construir el ferrocarril en el oeste americano. Las líneas férreas necesitaban mano de obra, y por ello, se contrató a diferentes habitantes, tanto de México como de Centroamérica[12].

La historia de la migración es en realidad la apertura y el cierre de la mano de obra, lo cual depende de las necesidades económicas de los norteamericanos.

III. ¿POR QUÉ LA POBLACIÓN LATINOAMERICANA DESEA CRUZAR HACIA ESTADOS UNIDOS EN LA ACTUALIDAD?

La causa principal de emigración de la población mexicana para 2018 y 2019 era la búsqueda de trabajo. Cerca del 67,7% de los emigrantes internacionales mexicanos reportaron dicha causa como la razón de emigrar del país. Estudiar en el extranjero representó el 12,4% de la causa de emigración durante el mismo año, pero quiere decir que solo un sector privilegiado de la migración tiene acceso a dicha oportunidad[13].

11 Xalapa, 21 de febrero de 1794 - Ciudad de México, 21 de junio de 1876.

12 Instituto Nacional de las Mujeres. "La migración México-Estados Unidos: un enfoque de género", México, inm, octubre de 2007, disponible en [http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100918.pdf].

13 "Distribución porcentual de emigrantes internacionales en México en 2018, por causa de la emigración", *Statista*, México, julio de 2019, disponible en [https://es.statista.com/estadisticas/573098/motivos-de-la-emigracion-mexicana/].

Las principales causas de las migraciones son:

Causas políticas (personas perseguidas por razones políticas en su país) sobre todo de países centroamericanos

- Causas culturales
- Causas socio-económicas
- Causas familiares
- Causas bélicas y otros conflictos internacionales
- Catástrofes generalizadas
- Persecuciones por causas raciales y desplazamientos

Las personas que logran cruzar la frontera hacia Estados Unidos creen haber solucionado todos sus problemas, sobre todo cuando lo hacen de manera ilegal. Al intentar buscar empleo o vivienda se enfrentan a problemas muy graves de discriminación, enfermedades, racismo, robos, secuestros, falta de alimentos y dinero, además de no poder comunicarse por no hablar inglés, ya que la mayoría son personas con bajo nivel educativo y económico.

Como bien sabemos, las políticas migratorias en Estados Unidos cada día son más estrictas, siendo más rígidas durante la administración pasada de Donald Trump, negando el ingreso a su territorio o expulsando a toda aquel que es sorprendido caminando en las calles de forma ilegal.

Pero las zonas de riesgo no solo se encuentran en la frontera norte de México, sino también en la sur, ya que los centroamericanos se enfrentan a mafias como la de los Maras que cometen todo tipo de delitos sobre las personas.

IV. AUMENTO DE LOS GRUPOS MIGRATORIOS

Durante las décadas de 1940 y 1950, los grupos migrantes hacia los Estados Unidos estaban compuestos por trabajadores de bajo nivel económico y social[14], realizaban principalmente labores del campo durante ocho meses y después regresaban a su lugar de origen, en dichos años al parecer no existían graves problemas de sobrepoblación de mexicanos en Estados Unidos.

Sin embargo, partir de 1960 las cosas cambiaron drásticamente, ya que el flujo migratorio que era de 30 mil personas por año, pasó a ser en 1990 de acuerdo al Consejo Nacional de Población, de 315 mil personas durante el segundo quinquenio de la década de 1990, y a más de 400 mil en la actualidad[15].

Hoy en día, ante la crisis migratoria y la desesperación de la gente para entrar a los Estados Unidos, intentan cruzar desde los años 1980, por medio de traficantes de personas que les cobran incluso en dólares para llevarlos por caminos desérticos y peligrosos, donde son detectados por la patrulla fronteriza para ser deportados, e incluso con desenlaces catastróficos como la muerte.

Es difícil decir que hay soluciones a estos problemas para evitar el movimiento de personas, ya que es la economía que la principal causa del problema, sobre todo de la población mexicana y no se avisora una fecha cercana para lograr una igualdad salarial, mejores oportunidades de empleo, igualdad educativa, de vivienda y de salud entre otras razones, por lo que el fenómeno seguirá siendo una constante.

V. ¿QUÉ SUCEDE CON LOS GRUPOS INDÍGENAS EN ESTOS PROCESOS MIGRATORIOS?

De acuerdo a la Oficina Regional para Centroamérica, Norteamérica y el Caribe dependiente de la ONU debe entenderse como pueblo indígena

14 Rodolfo Tuirán Gutiérrez. "La migración mexicana hacia Estados Unidos: las reformas en puerta y los retos futuros", *Papeles de Población*, vol. 12, n.° 48, 2006, pp. 9 a 31, disponible en [https://rppoblacion.uaemex.mx/article/view/8669].

15 Consejo Nacional de Población. *La situación demográfica de México, 1997*, 2.ª ed., México, Secretaría de Gobernación, 1998, disponible en [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/233226/SDM_1997.pdf].

> todo aquel conglomerado de personas que en su conciencia son parte de una identidad o cultura en común. Por otra parte, comunidades indígenas son aquellos grupos de personas de un mismo pueblo o de varios, o las áreas geográficas donde se concentran. Por último, territorio indígena, es la extensión de terreno con el que cuentan estos pueblos en los países de residencia[16].

Los derechos humanos de los pueblos indígenas están protegidos de tres formas, los derechos reconocidos por los Estados e instrumentos internacionales; los derechos como migrantes regulados por las leyes nacionales e internacionales; y los derechos como indígenas garantizados por las leyes nacionales e internacionales.

A partir de 1990 la migración indígena incluye a mujeres y niños, antes y debido a que pertenecen a comunidades, no les era permitido abandonar su lugar de origen, a su familia ni sus costumbres –que eran y siguen siendo muy sólidas–[17].

Uno de los motivos de la migración indígena se debe a las desigualdades entre la ciudad y las zonas rurales, el desarrollo en ambos lugares no ha sido nunca el mismo, la falta de oportunidades y la economía hacen que la gente busque mejores condiciones de vida; otro motivo es la industrialización en Estados Unidos y en México (muy notorio a partir de los años 1970), lo que ha provocado falta de inversión y ayuda al campo nacional, por lo que las personas salen de sus comunidades en busca de trabajos que sean remunerados día a día y puedan sostener a sus familiar, situación trágica en la mayoría de los países latinoamericanos.

En el caso de México y de acuerdo al Instituto Nacional de las Mujeres, la mayoría de personas indígenas que migran de sus comunidades lo hace dentro del mismo territorio y busca llegar a las grandes ciudades para mejorar su situación económica y social, muchas de

16 Cristhian González. "5 aspectos clave sobre la migración de los pueblos indígenas", *oim Oficina Regional para Centroamérica, Norteamérica y el Caribe*, 3 de abril de 2019, disponible en [https://rosanjose.iom.int/es/blogs/5-aspectos-clave-sobre-la-migracion-de-los-pueblos-indigenas?page=3].

17 Erika Patricia Cárdenas Gómez. "Migración interna e indígena en México: enfoques y perspectivas", *Intersticios Sociales*, n.º 7, 2014, pp. 1 a 28, disponible en [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=421739500003].

ellas no intentan cruzar la frontera hacia los Estados Unidos, ya que, entre otros factores, el idioma, su nivel cultural, económico y la discriminación no les permite dar ese paso[18].

Sin embargo, el proceso migratorio de los hombres indígenas ha hecho que de forma natural las mujeres mexicanas cambien sus roles al interior de las familias, ya que ante la ausencia de un marido, la mujer se ha convertido en jefa de familia, adquiriendo mayores obligaciones con sus hijos y en el hogar, ha logrado reducir el número de hijos y en ciertos casos se ha podido involucrar en la toma de decisiones al interior de su comunidad, así mismo, en varios casos han podido acudir a la escuela, reduciendo así el analfabetismo en el país y verse inmersa en procesos políticos de su localidad.

Partida menciona que "la migración interna ha sido el principal determinante demográfico de la distribución territorial de la población de México a lo largo del siglo xx"[19].

Los grupos indígenas al migrar de su comunidad a partir de 1990, se dirigen principalmente a las grandes ciudades como México, Guadalajara, Monterrey y Sinaloa; sin embargo, en la actualidad se ha roto ese esquema, ya que las personas se dirigen a las ciudades o se mueven hacia los municipios donde haya mayor desarrollo y oportunidades, sobre todo laborales[20].

En materia laboral, las mujeres han contribuido en gran medida al desarrollo económico de México y en la manutención de sus familias; por ejemplo, las mujeres que han migrado a ciudades como México y Monterrey se dedican al ambulantaje, lo que ha ocasionado ocupación de las calles y crisis social al vivir en condiciones precarias; en el mejor escenario, las mujeres que han logrado trabajar en labores domésticas

18 Atene Durán González (coord.). *Memoria. Mujeres afectadas por el fenómeno migratorio en México: una aproximación desde la perspectiva de género*, México, Instituto Nacional de las Mujeres, 2007, disponible en [http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100912.pdf].

19 Virgilio Partida Bush. "La migración interna", en José Gómez de León Cruces y Cecilia Rabell Romero (coords.). *La población de México: tendencias y perspectivas sociodemográficas hacia el siglo xxi*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 403.

20 Miguel Ángel Rubio *et al.* "Desarrollo, marginalidad y migración", en Miguel Ángel Rubio, Saúl Millán y Javier Gutiérrez (coords.). *La migración indígena en México: estado del desarrollo económico y social de los pueblos indígenas de México*, México, D. F., Instituto Nacional Indigenista, pnud, 2000, p. 24.

cuentan con salario, alimentación y un espacio para vivir dentro de la casa donde han sido empleadas.

Otro grupo de mujeres que han migrado a Tlaquepaque Jalisco, han logrado incorporarse a labores comerciales dentro de los mercados locales, formando lazos estrechos con sus familias y paisanos que se encuentran en el mismo lugar. Incluso en las grandes ciudades las mujeres se han incorporado a labores industriales como la costura, la limpieza y como obreras, ocasionando casi siempre el no retorno a sus comunidades y logrando con ello su independencia y mejores condiciones de vida.

VI. ¿CUÁL ES LA NORMATIVA APLICABLE A LOS MIGRANTES INDÍGENAS EN LA FRONTERA NORTE DE MÉXICO?

México cuenta con una serie de normas que debe aplicar a los migrantes en todo momento, tanto en la frontera norte como en la sur, y salvaguardar el respeto a sus derechos humanos para cualquier persona incluyendo los grupos indígenas.

Cualquier Estado debe reconocer los derechos de los pueblos indígenas a la autodeterminación, a la tierra, el territorio y los recursos, a la nacionalidad, así como al derecho a la familia, la educación, la salud, la cultura y al lenguaje.

En el ámbito internacional, México adopta, entre otros, dos instrumentos internacionales que aplica para cualquier pueblo y persona indígena, como lo son:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. El Convenio es, hasta la fecha, el tratado internacional más avanzado en la materia.

El Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes n.° 169, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989. El Convenio incorpora una serie de disposiciones relativas, entre otros, a la administración de justicia y el derecho consuetudinario indígena; el derecho a la consulta y a la participación; el derecho a la tierra, territorio y recursos naturales; derechos sociales y laborales; educación bilingüe, y cooperación transfronteriza.

En el ámbito nacional, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala:

> Artículo 1.° En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección...
>
> [...]
>
> Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad...[21].

Por su parte, el artículo 2.° reconoce a los grupos indígenas y a las comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

En 2018 se crea el Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas y su ley, que tiene tres objetivos centrales: 1) La implementación de los derechos de los pueblos originarios, 2) Impulsar sus procesos de desarrollo integral y sostenible; y 3) Fortalecer sus culturas y lenguas. El Instituto también es el encargado de velar por el bienestar de las personas de origen indígena en las dos fronteras mexicanas.

Es aplicable la Ley Migratoria[22] (reformada el 20 de mayo de 2021) para aquellas personas extranjeras y extranjeras de origen indígena, siendo obligación de las autoridades a proporcionarles un trato digno y un traductor si es necesario, con el fin de regularizar su estancia legal en México.

21 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, de 5 de febrero de 1917, disponible en [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf].

22 Ley de Migración, *Diario Oficial de la Federación*, de 25 de mayo de 2011, disponible en [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LMigra.pdf].

A nivel estatal, se aplican las leyes para la protección de los grupos indígenas, en el caso de las fronteras norte y sur, donde se concentra la población migrante como es el caso de:

Chihuahua:

- Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas del Estado de Chihuahua, Sonora.
- Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas de Sonora.
- Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Baja California.

Chiapas:

- Ley de Derechos y Cultura Indígenas del Estado de Chiapas.

Quintana Roo:

- Ley de Derechos, Cultura y Organización Indígena del Estado de Quintana Roo.
- Ley de Justicia Indígena del Estado de Quintana Roo.

En la actualidad, el gobierno federal realiza un esfuerzo importante por lograr el respeto a los derechos humanos de cualquier persona migrante, siendo parte de este proceso las labores que realiza la Comisión Nacional de Derechos Humanos, señalando que por ninguna circunstancia se les debe negar a recibir y realizar llamadas telefónicas, la visita de sus familiares, organismos públicos de protección y defensa de los derechos humanos, representantes legales y autoridades consulares de su país.

También tienen derecho a recibir en el lugar en que se encuentren alojados, un trato acorde a su dignidad como personas. Las instalaciones migratorias deben cubrir estas exigencias y las autoridades deben dispensar un trato adecuado y respetuoso de sus derechos humanos. Todos los migrantes tienen derecho a recibir de manera gratuita cualquier tipo de atención médica urgente, necesaria para preservar su

vida, así como acceso a la educación tanto pública, como privada y velar por su situación migratoria en México[23].

De acuerdo al Instituto Nacional de Estadística y Geografía -INEGI-, durante 2015 y 2020, 802.807 personas salieron de México para ir a vivir a otros países. Las entidades que registran un mayor porcentaje de emigrantes internacionales son: Guanajuato (7,8%), Jalisco (7,5%) y Michoacán de Ocampo (6,3%). En caso opuesto, las entidades con menores porcentajes de emigrantes internacionales son: Tlaxcala (0,6%), Campeche (0,3%) y Baja California Sur (0,2%)[24]. En el caso de las personas que migran para realizar estudios en el extranjero, tenemos que la cifra es baja, se habla de un 6,7% de acuerdo al INEGI[25].

Como hemos analizado a lo largo de este escrito, los hombres son los que a lo largo de la historia se han caracterizado por ser los pioneros al cruzar la frontera de Estados Unidos, sin embargo, a partir de 1990 las mujeres han formado parte de este proceso ya que van en busca de empleo e intentan reunirse con su familia.

El mayor problema que hay con las personas que migran, sobre todo hacia los Estados Unidos, es que no cuentan con documentación oficial, las políticas y las leyes americanas se endurecen cada día más ante la sobrepoblación extranjera; pero por muy duro que parezca, las personas que logran obtener estancia legal son la base económica de sus familias, siendo incluso las mujeres las que mayor responsabilidad tienen cuando logran cierta estabilidad laboral[26].

Para el 2003 y 2004 y de acuerdo al Instituto Nacional de las Mujeres, las personas entrevistadas en la frontera norte de México (hombres y mujeres) que pretendían cruzar con o sin papeles, manifestaron que la actividad realizada en su lugar de origen es la misma que iban a desempeñar en Estados Unidos, que sería el ser campesinos u obreros, pero mejor pagados que en su país. Las personas de nacionalidad mexicana por lo general pueden conseguir empleo en su lugar de origen, el problema es que los salarios que perciben no sirven para sub-

23 Ibíd., art. 8.°.

24 Instituto Nacional de Estadística y Geografía. "Migración", disponible en [https://www.inegi.org.mx/temas/migracion/].

25 Instituto Nacional de Estadística y Geografía. "Cuéntame de México: migración", disponible en [https://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/migracion.aspx?tema=P].

26 Instituto Nacional de las Mujeres. "La migración México-Estados Unidos: un enfoque de género", cit.

sistir de forma personal ni mucho menos con su familia, por lo que en la actualidad en la familia el hombre y la mujer trabajan para llevar sustento a sus casas.

No obstante, existen infinidad de problemas al llegar a la frontera norte, no solo los mexicanos indocumentados desean pasar, hay grandes grupos de extranjeros que desean lo mismo; sin embargo, ante los grandes obstáculos que impone Estados Unidos, mucha gente se queda en la frontera sin recursos económicos, por lo que algunos desean trabajar en México, otros cometen delitos, hay trata de personas, e incluso homicidios, lo que ha provocado una crisis en la mayor parte de la frontera siendo lugares peligrosos e insalubres para estar.

Hay pocas mujeres migrantes procedentes del sur de México, hablantes de lengua indígena en la frontera (solo 6%). Este flujo incluye a mujeres y hombres, pero que en el momento de la investigación se encontraban en la frontera mexicana[27]; la mayor parte de las mujeres que trabajan y son residentes es Estados Unidos son originarias de los estados del norte de México como Sonora, Chihuahua, Tamaulipas y Baja California.

Los estados donde existe un mayor flujo migratorio de mujeres a los Estados Unidos son Michoacán, Jalisco, Guerrero y Guanajuato, y cuyos principales destinos son Los Ángeles, Chicago, San Francisco, Santa Ana y San José.

VII. BENEFICIOS Y PROBLEMAS DE LA MIGRACIÓN MÉXICO-ESTADOS UNIDOS

Cabe señalar que entre los beneficios más importantes de la migración extranjera a los Estados Unidos está la mano de obra en las empresas y el aumento de la productividad, el envío de dinero a sus países de origen, que de 2000 a 2006 pasaron de 6.580 millones a 23.800 millones de dólares[28], para el 2020 las remesas se incrementaron aún con la pandemia de COVID-19, por lo que México recibió 40.606 millones de dólares, representando el 3,8% del producto interno bruto mexicano, esto

27 Ídem.

28 Rodolfo Tuirán Gutiérrez, Jorge Santibáñez Romellón y Rodolfo Corona Vázquez. "El monto de las remesas familiares en México: ¿mito o realidad?", *Papeles de Población*, vol. 12, n.° 50, 2006, pp. 147 a 169, disponible en [https://rppoblacion.uaemex.mx/article/view/8652].

debido a las ayudas económicas que Estados Unidos otorgó a sus ciudadanos, los que a su vez enviaron apoyo a sus familiares en México[29].

El aumento de la migración femenina a partir de 1990, por lo que ambos países deberían solucionar la problemática creando mejores condiciones de vida para las personas, regularización de su situación migratoria, capacitación en el ámbito laboral, brindar seguridad social, ya que este grupo de personas representa una gran ayuda para el crecimiento de la economía estadounidense. Por lo que no siempre debe existir discriminación y rechazo, ya que los migrantes forman parte del desarrollo económico y social de América del Norte.

No obstante lo anterior, problemas graves hacen que las personas migren de países del sur de América hacia los Estados Unidos, o más bien, pretenden ingresar porque no siempre lo logran; las brechas que existen entre el norte y el sur son enormes, falta de oportunidades en el empleo, problemas demográficos y sociales, problemas ecológicos y gobiernos inestables e incluso dictatoriales, hacen que las personas no quieran seguir en sus países. Por eso es necesario crear nuevas políticas migratorias al interior de Estados Unidos y lograr acuerdos con México, intentar que haya mayores fuentes de empleo para la gente, ayudar a los países latinoamericanos a salir de la pobreza en la que se encuentran. Se supone que al llegar a la frontera mexicana los extranjeros están de paso antes de lograr cruzar a los Estados Unidos, pero no siempre es así, al no lograr su cometido o ser deportados generalmente a México, los extranjeros se quedan en la frontera norte incluso a vivir, demandando servicios como vivienda empleo y educación. A partir del 2020 se ha incrementado de forma alarmante los índices de contagio de COVID-19 debido a la falta de control sanitario de las personas y de las autoridades de salud. De hecho, se reconoce al proceso migratorio hacia los Estados Unidos como el más concurrido y más importante en el mundo[30].

Para el año 2000, señala que la mayoría de la población mexicana tiene familiares o algún grado de contacto con personas que viven en

29 Yolanda Morales. "México recibió 40.606 millones de dólares en remesas en el año de la pandemia", *El Economista*, 2 de febrero de 2021, disponible en [https://www.eleconomista.com.mx/economia/Mexico-recibio-40606-millones-de-dolares-en-remesas-en-el-ano-de-la-pandemia-20210202-0052.html].

30 Mark J. Miller y Stephen Castles. *La era de la migración: movimientos internacionales de población en el mundo moderno*, México, Porrúa, 2004.

los Estados Unidos, y que de los 2.443 municipios mexicanos, solo 93 no registraron actividad migratoria a los Estados Unidos que son los municipios de las regiones sureste y sur de México[31]. Esta cifra ha ido cambiando en estos últimos tres años debido a las caravanas migratorias que han cruzado México desde 2018 de sur a norte para intentar llegar a territorio estadounidense, en este presente septiembre de 2021 hay problemas graves de migrantes haitianos dispersos por todo el territorio mexicano (de forma específica en Ciudad Acuña, Coahuila) que sufren de pobreza y discriminación, siendo incluso víctimas de delitos. Está en camino una cuarta caravana de migrantes, y aproximadamente se presume que 10.000 de ellos están varados en el sur de Chiapas sin poder avanzar debido a su situación migratoria y no contar con documentación (la jornada del 4 de septiembre del 2021, pero es un estimado porque en realidad nadie sabe cuánta gente ha entrado de forma ilegal a México).

En la actualidad hay crisis migratoria en las fronteras con la llegada indiscriminada de haitianos al Puente Internacional de Ciudad Acuña, Coahuila. El 22 de septiembre de 2021 Estados Unidos inicia tramites de deportación de más de 15.000 personas a su país de origen, el Gobierno mexicano tendrá que colaborar en dichos trabajos, puesto que en el puente internacional mexicano hay una gran cantidad de extranjeros, así lo publica el *Diario El País* de España, es una noticia que ha dado la vuelta al mundo[32].

Algunos de los problemas más graves que se presentan en las fronteras, tanto de México como de Estados Unidos, es el tema del tráfico de drogas y armas, tráfico y trata de personas, explotación sexual, desaparición de personas, homicidios, feminicidios, robos y violaciones, entre otros delitos. Dichas prácticas se dan en ambos lados de la frontera, camufladas por las grandes migraciones, por lo que ambos países deberían trabajar más para disminuir el índice delictivo y brindar mayor seguridad a sus ciudadanos.

31 Tuirán Gutiérrez. "La migración mexicana hacia Estados Unidos: las reformas en puerta y los retos futuros", cit.

32 Constanza Lambertucci y Francesco Manetto. "México afronta otra crisis migratoria ante la intransigencia de Estados Unidos", *El País*, Ciudad Acuña, México, 21 de septiembre de 2021, disponible en [https://elpais.com/mexico/2021-09-22/mexico-afronta-otra-crisis-migratoria-ante-la-intransigencia-de-estados-unidos.html].

Por último, no solo la población mexicana migra a los Estados Unidos, hay personas de todo el mundo que intentan cruzar la frontera de forma terrestre, aérea y marítima de manera ilegal, actualmente México y el estado de Texas tienen uno de los mayores problemas migratorios de este 2021, ya que se encuentran varados en el puente migratorio de Ciudad Acuña aproximadamente 10.000 haitianos, y por su parte, Estados Unidos ha iniciado la repatriación de aproximadamente 15.000 de ellos, que no tienen documentos para permanecer en su territorio, por lo que se deben tomar medidas bilaterales urgentes para ayudar a este grupo de personas respetando sus derechos humanos.

CONCLUSIONES

La migración a los Estados Unidos inicia en los antiguos territorios de México y Centroamérica entre 1836 y 1853. La migración inicia debido a la necesidad de mano de obra para construir el ferrocarril en el oeste americano. Las líneas férreas necesitaban mano de obra barata y, por ello, se contrató a diferentes habitantes tanto de México como de Centroamérica.

La mayoría del fenómeno migratorio atiende a la búsqueda de mejores condiciones de vida para las personas, la globalización es un fenómeno que ha contribuido a los grandes desplazamientos.

Cerca del 67,7% de los emigrantes internacionales mexicanos reportaron que la causa de su migración es la búsqueda de empleo en los Estados Unidos, mientras que estudiar en el extranjero representó el 12,4% de la causa de emigración, no obstante, solo personas con alto nivel económico pueden hacerlo.

México si cuenta con leyes que protejan los derechos de cualquier migrante, sin embargo, aún falta mucho por hacer, sobre todo que dichas personas a su paso no sean víctimas de delitos; destacan: la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007; el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes n.° 169, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989; la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas; Ley Migratoria reformada en 2021, y las leyes vigentes en que cada uno de los estados mexicanos que regulan todo lo concerniente a los pueblos indígenas.

La principal causa de las migraciones indígenas al interior de México es la falta de oportunidades dentro de su comunidad, no hay desarrollo económico, social, educativo, de salud, de vivienda, y ni se diga la falta de infraestructura básica. Ante esta situación, las personas deciden salir con rumbo a las grandes ciudades para vender sus productos artesanales o encontrar un empleo fijo para sostener a sus familias.

No hay aún políticas bilaterales duraderas entre México y Estados Unidos para lograr que los flujos migratorios estén mejor regulados y que haya inversión económica con el fin de dar solución a esta problemática, incluso para salvaguardar los derechos humanos de las personas.

Es importante que México logre una mayor captación de capitales extranjeros que inviertan en nuestro país y se generen más empleos y mejores condiciones de vida para los ciudadanos mexicanos, no obstante, las cargas fiscales excesivas no favorecen dicha inversión.

Aproximadamente desde 1990 es notoria la migración de la población indígena desde sus comunidades de origen hacia las grandes ciudades mexicanas, sin embargo, hay poca población indígena con la intención de cruzar la frontera hacia los Estados Unidos debido a factores como la pobreza, el idioma, la discriminación y falta de aceptación social, por lo que en la actualidad la migración indígena es un fenómeno social y común al interior de México.

La población indígena mexicana registra una importante migración, pero no para cruzar a los Estados Unidos, sino más bien a las ciudades con mayor desarrollo en México como Monterrey, Ciudad de México, Sinaloa, Baja California Norte y Guadalajara; no obstante, en los últimos diez años el flujo migratorio en su mayoría es de sur a norte y hacia todo el país en busca de empleo y mejorar sus condiciones económicas.

Derivado de este estudio, concluimos que la migración extranjera ha sido de gran ayuda para los Estados Unidos, ya que la mano de obra ha contribuido al aumento en la productividad en las grandes empresas, sin dejar de mencionar que muchos obreros también trabajan en los campos contribuyendo a la economía y desarrollo interno del país.

Los beneficios económicos para México se ven reflejados en el envío de dinero que hacen las personas residentes y trabajadoras en los Estados Unidos a sus familias mexicanas, tan solo entre 2000 y 2006 dichas remesas pasaron de 6.580 millones a 23.800 millones de dólares; para el 2020 las remesas se incrementaron aún con la pandemia del COVID-19, por lo que México recibió 40.606 millones de dólares, representando el 3,8% del producto interno bruto mexicano, esto de-

bido a las ayudas económicas que el Gobierno norteamericano otorgó a sus ciudadanos, los que a su vez enviaron dinero como apoyo a sus familiares en México.

En este momento, México y el estado de Texas tienen uno de los mayores problemas migratorios en 2021, ya que se encuentran varados en el puente migratorio de Ciudad Acuña aproximadamente 10.000 haitianos, y por su parte Estados Unidos ha iniciado la repatriación de aproximadamente 15.000 de ellos que no tienen documentos para permanecer en su territorio, por lo que se deben tomar bilateralmente medidas urgentes para ayudar a este grupo de personas respetando sus derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

Amunátegui Perelló, Carlos. "Migraciones en la antigüedad. Reflexiones comparativas con su tratamiento jurídico en el presente", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, n.° 3, 2013, pp. 1.035 a 1.041, disponible en [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177030099015].

Blakemore, Erin. "La migración humana: consecuencia de guerras, desastres y, ahora, del clima", *National Geographic*, 11 de marzo de 2019, disponible en [https://www.nationalgeographic.es/historia/2019/03/la-migracion-humana-consecuencia-de-guerras-desastres-y-ahora-del-clima].

Cárdenas Gómez, Erika Patricia. "Migración interna e indígena en México: enfoques y perspectivas", *Intersticios Sociales*, n.° 7, 2014, pp. 1 a 28, disponible en [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=421739500003].

cepal. "Migración", disponible en [https://www.cepal.org/es/subtemas/migracion].

Consejo Nacional de Población. *La situación demográfica de México, 1997*, 2.ª ed., México, Secretaría de Gobernación, 1998, disponible en [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/233226/sdm_1997.pdf].

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, de 5 de febrero de 1917, disponible en [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf].

Cosío Villegas, Daniel. *Historia general de México: versión 2000*, México, El Colegio de México, 2000.

"Distribución porcentual de emigrantes internacionales en México en 2018, por causa de la emigración", *Statista*, México, julio de 2019, disponible en [https://es.statista.com/estadisticas/573098/motivos-de-la-emigracion-mexicana/].

Durán González, Atene (coord.). *Memoria. Mujeres afectadas por el fenómeno migratorio en México: una aproximación desde la perspectiva de género*, México, Instituto Nacional de las Mujeres, 2007, disponible en [http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100912.pdf].

González, Cristhian. "5 aspectos clave sobre la migración de los pueblos indígenas", *oim Oficina Regional para Centroamérica, Norteamérica y el Caribe*, 3 de abril de 2019, disponible en [https://rosanjose.iom.int/es/blogs/5-aspectos-clave-sobre-la-migracion-de-los-pueblos-indigenas?page=3].

Instituto Nacional de Estadística y Geografía. "Cuéntame de México: migración", disponible en [https://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/migracion.aspx?tema=P].

Instituto Nacional de Estadística y Geografía. "Migración", disponible en [https://www.inegi.org.mx/temas/migracion/].

Instituto Nacional de las Mujeres. "La migración México-Estados Unidos: un enfoque de género", México, inm, octubre de 2007, disponible en [http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100918.pdf].

Jiménez, Néstor. "Sin comida ni alojo, los haitianos preparan otra caravana desde Chiapas", *La Jornada*, Tapachula, México, 9 de abril de 2021, disponible en [https://www.jornada.com.mx/notas/2021/09/04/politica/sin-comida-ni-alojo-los-haitianos-preparan-otra-caravana-desde-chiapas/].

Lambertucci, Constanza y Francesco Manetto. "México afronta otra crisis migratoria ante la intransigencia de Estados Unidos", *El País*, Ciudad Acuña, México, 21 de septiembre de 2021, disponible en [https://elpais.com/mexico/2021-09-22/mexico-afronta-otra-crisis-migratoria-ante-la-intransigencia-de-estados-unidos.html].

Ley de Migración, *Diario Oficial de la Federación*, de 25 de mayo de 2011, disponible en [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LMigra.pdf].

Miller, Mark J. y Stephen Castles. *La era de la migración: movimientos internacionales de población en el mundo moderno*, México, Porrúa, 2004.

Morales, Yolanda. "México recibió 40.606 millones de dólares en remesas en el año de la pandemia", *El Economista*, 2 de febrero de 2021, disponible en [https://www.eleconomista.com.mx/economia/Mexico-recibio-40606-millones-de-dolares-en-remesas-en-el-ano-de-la-pandemia-20210202-0052.html].

Partida Bush, Virgilio. "La migración interna", en José Gómez de León Cruces y Cecilia Rabell Romero (coords.). *La población de México: tendencias y perspectivas sociodemográficas hacia el siglo xxi*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2001.

Rubio, Miguel Ángel *et al.* "Desarrollo, marginalidad y migración", en Miguel Ángel Rubio, Saúl Millán y Javier Gutiérrez (coords.). *La migración indígena en México: estado del desarrollo económico y social de los pueblos indígenas de México*, México, D. F., Instituto Nacional Indigenista, pnud, 2000.

Tuirán Gutiérrez, Rodolfo. "La migración mexicana hacia Estados Unidos: las reformas en puerta y los retos futuros", *Papeles de Población*, vol. 12, n.° 48, 2006, pp. 9 a 31, disponible en [https://rppoblacion.uaemex.mx/article/view/8669].

Tuirán Gutiérrez, Rodolfo; Carlos Fuentes y José Luis Ávila. Índices de intensidad migratoria México-Estados Unidos 2000, México, D. F., Consejo Nacional de Población, 2002.

Tuirán Gutiérrez, Rodolfo; Jorge Santibáñez Romellón y Rodolfo Corona Vázquez. "El monto de las remesas familiares en México: ¿mito o realidad?", *Papeles de Población*, vol. 12, n.° 50, 2006, pp. 147 a 169, disponible en [https://rppoblacion.uaemex.mx/article/view/8652].

CAPÍTULO

VIGÉSIMO SEGUNDO

Sustentabilidade de empresas privadas no Brasil: o Acordo de Escazú e a transparência do desempenho social e ambiental das operações empresariais

Luciani Coimbra de Carvalho[1]

Caroline Mendes Dias[2]

INTRODUÇÃO

É consenso nos sistemas internacional e interno que a atividade empresarial é fundamental para o desenvolvimento econômico, sendo imprescindível, contudo, a necessidade de mecanismos de proteção, prevenção e reparação compatíveis com o potencial de violação dos direitos humanos causados pelo processo empresarial.

1 Professora associada da UFMS na graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito. Professora do Dinter em direito USP/UFMS. Doutora e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Advogada. Correio [lucianicoimbra@coimbraepalhano.com.br] ORCID [https://orcid.org/0000-0001-8511-3060].

2 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (PPGD-UFMS). Advogada e empresária. Correio [caroline@resinamarcon.com.br] ORCID [https://orcid.org/0000-0002-8482-815X].

A crescente preocupação do sistema global de proteção dos direitos humanos resultou em diretrizes às empresas privadas quanto ao respeito aos direitos humanos em suas atividades. Nesse âmbito merece destaque a iniciativa do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas para a construção dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos (Princípios Ruggie), com reflexos na Agenda 2030, especialmente nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável n.os 8 e 12.

No sistema interno brasileiro igualmente vem crescendo a atenção à agenda de elo entre as atividades empresariais e a sustentabilidade, com perspectivas de ordem constitucional e positivação do ordenamento jurídico brasileiro, recentemente com o Decreto Federal n.º 9.571/2018 e Resolução n.º 5/2020 do Conselho Nacional dos Direitos Humanos.

No âmbito regional, o "Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe", conhecido como Acordo de Escazú, que entrou em vigor em abril de 2021, ainda sem ratificação pelo Brasil, tem como objetivo proteger o meio ambiente e a saúde das pessoas, promovendo a participação pública, o acesso à informação e a justiça ambiental, apresenta regramentos de sustentabilidade das empresas.

O presente artigo tem como objetivo relacionar o Acordo de Escazú com as diretrizes contemporâneas do sistema brasileiro, com destaque para o Decreto n.º 9.571/2018 e a Resolução CNDH n.º 5/2020, que tratam do desempenho social e ambiental das empresas privadas e verificar em que ponto a ratificação do Acordo de Escazú poderia melhorar o acesso à informação ambiental das empresas e o papel de fomento do Estado para a transparência da sustentabilidade empresarial.

É resultado parcial de pesquisa bibliográfica e documental, realizada no Programa de Pós-graduação em Direito da UFMS, na linha "Direitos fundamentais, democracia e desenvolvimento sustentável", com uso de método dedutivo, enfoque descritivo e dogmático do direito, tendo como problemática a reflexão acerca do artigo 6.º do Acordo de Escazú de São José da Costa Rica, e sua interação com o sistema interno brasileiro, no tocante à transparência da sustentabilidade empresarial.

I. VINCULAÇÃO DA GESTÃO RESPONSÁVEL ÀS REIVINDICAÇÕES DA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL BRASILEIRA

O olhar para o papel da empresa na sociedade vem se modificando nas últimas décadas, vez que se reconhece que as atividades empresariais são importantes para o crescimento econômico, todavia, muitas vezes, são protagonistas de violações de direitos humanos[3], fazendo com que se pense sobre a responsabilização socioambiental, sobre ações que minimizem os impactos negativos da atividade econômica e, ainda, sobre a indução estatal para a adoção de uma governança empresarial que incorpore uma política de direitos humanos.

Em forma paralela, a pressão dos sistemas global e regional sobre a definição de responsabilidades no âmbito doméstico, com o objetivo de implementar ações que reduzam as violações de direitos humanos pelas empresas, reconhece-se que a sociedade vem exercendo uma pressão e influência para uma reivindicação ética, que se apresenta de forma articulada e participativa, surpreendendo os gestores das empresas privadas com as reações do público a questões que anteriormente não estavam entre as expectativas de responsabilidade empresarial[4].

Nessa nova visão, uma gestão empresarial sem valores éticos pode representar alto riscos, fazendo com que a governança empresarial tenha que se basear em valores éticos como razoabilidade, humanidade, justiça, generosidade e espírito público, devido a reivindicação por uma gestão socialmente responsável das partes envolvidas ou vinculadas à gestão empresarial (*stakeholders*).

Essa reivindicação envolve as seguintes ações: desenvolvimento de políticas de pessoal que respeitem os direitos dos colaboradores que fazem parte da empresa e favoreçam seu desenvolvimento; atuação com transparência e boa governança corporativa; postura ética para com os consumidores; adoção de políticas ativas de proteção do meio

3 Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. *Nota Técnica n.º 7/2018. A proteção e reparação de direitos humanos em relação a atividades empresariais*, Brasília, 27 de agosto de 2018.

4 Amartya Sem e Bernardo Kliksberg. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*, São Paulo, Companhia das Letras, 2010, p. 365.

ambiente; inclusão em sua gestão de temas que produzem bem-estar comum e; eliminação de prática de código de ética duplo[5].

E causa um impacto no paradigma clássico de que a atividade empresarial seja voltada apenas à busca pelo lucro e prestação de contas aos sócios, e que as ações relativas ao fortalecimento dos direitos humanos seja função exclusiva do governo e não das empresas, vez que, a vinculação da empresa ao compromisso com questões sociais e de desenvolvimento sustentável torna-se cada vez mais relevante, fazendo com que as empresas entendam a ligação entre tais ações e o contexto de valor e competição em que elas operam.

Para Miranda e Amaral[6], o entendimento dos canais pelos quais as ações sociais criam valor para a corporação resulta em maiores impactos econômicos e sociais, fazendo com que, o sucesso da gestão responsável como estratégia de criação de valor dependa da habilidade dos gestores em selecionar ações mais efetivas.

Para Porter, o contexto competitivo é modelado a partir de atributos que possuem relação de dependência e definem o potencial de competitividade, sendo que a análise dos mesmos torna possível a identificação de áreas nas quais há sobreposição de interesses econômicos e sociais, gerando ganhos competitivos nos investimentos sociais da empresa. Entre esses destacam-se a estratégia, a estrutura e a rivalidade das empresas como sendo as condições que, na região, governam a maneira pela qual as empresas são criadas, organizadas e dirigidas, acrescida da natureza de rivalidade interna, que podem ser influenciadas pela política de gestão responsável[7].

Assim, tem-se que as empresas privadas que implementam gestão sustentável, assumindo compromissos com as agendas relevantes para a sociedade na qual está inserida, percebem ganhos individuais e econômicos que outras empresas, inseridas no mesmo contexto competitivo, não usufruem.

5 Ídem.

6 Rubens Augusto de Miranda e Hudson Fernandes Amaral. "Governança corporativa e gestão socialmente responsável em empresas estatais", *Revista de Administração Pública*, vol. 45, n.º 4, 2011, pp. 1.069 a 1.094, disponível em [https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/7027].

7 Ídem.

Sen e Kliksberg[8] complementam que a gestão responsável além de ser uma reivindicação ética da sociedade, é uma oportunidade para a empresa se reciclar para as demandas do século xxi, onde deverá prestar contas não apenas aos seus proprietários, mas a todos os *stakeholders*, o que significa envolver seus funcionários, os pequenos investidores, os consumidores, a opinião pública e a sociedade civil em suas diversas representações, que demandam mais atenção à ética e as políticas de direitos humanos, fazendo com que sua obrigação de prestação de contas quanto à ordem econômica, social e ambiental, transforme-se de voluntária para obrigatória.

Nesse cenário, a criação de programa de *compliance*, auditorias (*due diligence*) e inserção de temas inerentes à proteção socioambiental nos códigos de condutas das empresas, são mecanismos para as empresas se adequarem aos princípios orientadores de direitos humanos (Princípios Ruggie) e normatizações decorrentes dos mesmos, apresentando-se como instrumentos hábeis para servirem de modelo para as empresas de como respeitar os direitos humanos e, demonstrarem para as partes interessadas o respeito a tais direitos[9].

O Estado também desempenha um papel fomentador ao criar mecanismos que premiam as "empresas que atendam a todas as políticas de prevenção e promoção aos direitos humanos", o que ocorre por meio de comprovações em relatórios periódicos das atividades empresariais, e "o impacto (positivo ou negativo) aos direitos humanos conseguidos por intermédio de auditorias (*due diligence*)"[10].

Reforçando os atuais marcos normativos sobre direitos humanos e empresas, que serão tratados no próximo capítulo, o fato é que, a adoção de condutas adequadas e socialmente responsáveis não é uma novidade no âmbito empresarial, haja vista que há tempo as empresas vêm adotando tais condutas com o fim de angariarem uma melhor reputação e maiores benefícios econômicos, o que se tem de novo, é

8 Sem e Kliksberg. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*, cit.

9 Ricardo Murilo da Silva e Felipe Oswaldo Guerreiro Moreira. "Compliance para proteção dos direitos humanos em empresas", *Homa Publica - Revista Internacional de Direitos Humanos y Empresas*, vol. 4, n.° 1, 2020, pp. 1 a 13, disponível em [https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30500/20530].

10 Vladimir Oliveira da Silveira e Patrícia Martinez Almeida. "Empresas e direitos humanos", *Revista Thesis Juris*, vol. 4, n.° 2, 2015, disponível em [https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/9086], p. 363.

a pretensão que as empresas assumam o compromisso de cumprir os princípios orientadores e que realizem processos de auditorias para "identificar, prevenir, mitigar e prestar contas dos impactos de suas atividades e do compromisso firmado', bem como que incorporem tais compromissos na política interna da empresa vinculando administradores e empregado, e que sofram processos de reparação aos danos causados por elas ou que, inclusive, tenham contribuído"[11].

II. VINCULAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL À SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL E SOCIAL SOB A ÓTICA DOS MARCOS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS

No Estado democrático e social fortalecido pelas expectativas recentes da sociedade, o novo paradigma de responsabilidade social empresarial, pautada na prestação de contas de suas atividades à sociedade, encontra terreno fértil e transforma a empresa em um dos atores da promoção dos direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais e ambientais.

Essa transformação, de acordo com Ramos[12] decorre da eficácia horizontal dos direitos humanos, ante o reconhecimento de que esses direitos incidem não somente nas relações entre o Estado e o indivíduo (eficácia vertical), mas também nas relações entre particulares; e da dimensão objetiva dos direitos humanos, que são compreendidos como um conjunto de valores que conformam a atuação do Estado, o qual deve agir para promover um respeito a esses direitos contra violações dos agentes públicos ou de particulares.

Juridicamente no tocante a sustentabilidade das atividades empresariais, merece destaque o artigo 170 da Constituição brasileira[13], cujos termos impõem como princípios gerais da atividade econômica, a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, a função social, a defesa do meio ambiente e a redução das desigualdades regionais e sociais.

11 Silva e Moreira. "Compliance para proteção dos direitos humanos em empresas", cit.

12 André de Carvalho Ramos. *Curso de direitos humanos*, 5.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2018.

13 Constituição da República Federativa do Brasil, *Diário Oficial da União*, de 5 de outubro de 1988, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm].

No plano internacional, conforme contextualizado por Silveira e Almeida[14], desde o relatório de desenvolvimento humano global do ano 2000 do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, há uma atenção especial à contribuição dos atores não estatais no fomento e proteção dos direitos fundamentais, na sociedade globalizada.

Tal relatório conclui que, as empresas e associações privadas passaram a ter maior impacto sobre a vida das pessoas e, portanto, o modelo de responsabilidade centrado no Estado deveria ser ampliado para alcançar esses novos atores.

Nesse processo, em março de 2011, John Ruggie[15], designado pelo Secretário-Geral da ONU como representante especial na temática dos direitos humanos e empresas, o que, para Ramos[16], estaria justificado em razão do tema apresentar controvérsias entre os que defendiam a expansão da interpretação das normas de direitos humanos para alcançar de maneira direta as empresas e aqueles que defendiam uma "colaboração" com as empresas, para a consolidação de uma "cidadania corporativa" mundial.

Como resultado dos trabalhos desenvolvidos, Ruggie apresentou um relatório final, acompanhado dos Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos que passou a ser chamado de "Princípios Ruggie", relativos às boas práticas empresariais e que foram adotados pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU por meio da Resolução 17/4.

Totalizam 31 princípios que representam um contemporâneo instrumento de direitos humanos, ainda que de *soft law*, que para Ramos[17] imprime uma fragilidade na sua implementação por não se tratar de norma internacional vinculante, de modo que muitas vezes são utilizados de forma retórica por parte das empresas, inclusive com uso publicitário, apesar de uma relevância principiológica, e que precisa ser adequadamente implementado no âmbito doméstico.

Os Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos, "Princípios Ruggie", apresentam três dimensões das obriga-

14 Silveira e Almeida. "Empresas e direitos humanos", cit.

15 John Ruggie. "Protect, respect and remedy: a framework for business and human rights", *Innovations: Technology, Governance, Globalization*, vol. 3, n.° 2, 2018, pp. 189 a 212, disponível em [https://direct.mit.edu/itgg/article/3/2/189/15054].

16 Ídem.

17 Ramos. *Curso de direitos humanos*, cit.

ções empresariais em matéria de direitos humanos (proteção, reparação e prestação), exigindo dos Estados que implementem os limites, extensão e possibilidades normativas das obrigações empresariais em face não apenas das obrigações negativas, mas também no caso das obrigações positivas, ou seja, de desempenharem um papel ativo na realização de direitos humanos[18].

Os pilares dos Princípios Ruggie agrupam-se em torno de: I. Dever do Estado de proteger os direitos humanos (princípios 1 a 10); II. Responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos (princípios 11 a 24); III. Acesso a mecanismos de reparação (princípio 25 a 31). Tais princípios influenciaram a Agenda 2030 da ONU, especificamente o ODS n.° 8 (trabalho decente e crescimento econômico), ODS n.° 10 (combate de desigualdades para que os seres humanos possam desfrutar de vida próspera e de plena realização pessoal e que o progresso econômico ocorra em harmonia com a natureza) e o ODS n.° 12 (assegurar padrões de produção e consumo sustentáveis).

Na linha dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, em 2018 houve inserção no ordenamento jurídico brasileiro do Decreto Federal n.° 9571 que estabelece diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos para médias e grandes empresas, incluídas as empresas multinacionais com atividades no país, estabelecendo que as microempresas e as empresas de pequeno porte poderão, na medida de suas capacidades, cumprir as diretrizes, observado o disposto no artigo 179 da Constituição Federal.

O artigo 1.º, parágrafos 2.º e 3.º, do Decreto 9571 de 2018 dispõe que suas diretrizes serão implementadas voluntariamente pelas empresas, sendo instituído o selo "Empresa e Direitos Humanos", às empresas que voluntariamente as implementarem, que segundo SILVA e MOREIRA[19] baseia-se na teoria da reputação, conclusão que

18 GIULIETTA VENTURI, MARCO DI LUCA, CLAUDIA FORTUNA, MARIA ELENA REMOLI, FLAVIA RICCARDO, FRANCESCO SEVERINI, LUCIANO TOMA, MARTINA DEL MANSO, ELEONORA BENEDETTI, MARIA GRAZIA CAPORALI, ANTONELLO AMENDOLA, CRISTIANO FIORENTINI, CLAUDIO DE LIBERATO, ROBERTO GIAMMATTEI, ROBERTO ROMI, PATRIZIO PEZZOTTI, GIOVANNI REZZA e CATERINA RIZZO. "Detection of a chikungunya outbreak in Central Italy, August to September 2017", *Eurosurveillance*, vol. 22, n.° 39, 2017, disponível em [https://www.eurosurveillance.org/content/10.2807/1560-7917.ES.2017.22.39.17-00646], p. 81.

19 SILVA e MOREIRA. "Compliance para proteção dos direitos humanos em empresas", cit.

advém do fato de não prever qualquer tipo de punição ou fomento para empresas.

Acerca do caráter de voluntariedade do citado decreto, Netto Junior, Weichert e Nunes[20] asseveram que há uma "normatividade branda", insuficiente para enfrentar as constantes violações de direitos humanos no Brasil decorrentes de atos comissivos e omissivos de empresas. E que, o Estado brasileiro pecou ao não explicitar um impacto comercial, de investimento, de financiamento, no relacionamento jurídico com empresas que violem os direitos humanos. Concluem que há um confronto com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, uma vez que no sistema jurídico brasileiro, os direitos fundamentais devem não somente apresentar uma eficácia vertical, na relação do indivíduo com o Estado, mas também uma eficácia horizontal, verificada no âmbito das relações privadas, de modo que, evidentemente, sua observância cabe também aos atores privados.

Há que se relativizar as críticas ao decreto vez que já existem normas vinculantes sobre alguns desses direitos e que não foram flexibilizadas, mesmo porque, nenhum dos sistemas (constitucional e convencional) permitiriam essa interpretação, fazendo com que a voluntariedade seja apenas para questões que ainda não são proibidas ou obrigatórias nos demais instrumentos normativos internos ou externos.

Recentemente as diretrizes nacionais sobre direitos humanos e empresas foram reforçadas, com a publicação, em 12 de março de 2020, pelo Conselho Nacional dos Direitos Humanos –cndh–, da Resolução n.° 5, que dispõe sobre os parâmetros para uma política pública voltada à matéria, tendo por base as disposições constitucionais, o ods 8 da Agenda 2030, os Princípios de Ruggie, entre outras diretrizes nacionais e internacionais, também com natureza voluntária para as empresas, todavia determina que os Estados-membros devem adotar políticas públicas de efetivo reforço da proteção aos direitos humanos diante de atividades empresariais e, instituir sistemas que limitem o

20 Edmundo Antonio Dias Netto Junior, Marlon Alberto Weichert e Raquel Portugal Nunes. "A desconstrução do caráter vinculante das normas sobre empresas e direitos humanos: da natureza voluntária dos Princípios Ruggie à voluntariedade das diretrizes nacionais", *Homa Publica - Revista Internacional de Direitos Humanos y Empresas*, vol. 3, n.° 2, 2019, pp. 10 a 21, disponível em [https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30581].

poder das empresas no caminho da relativização dos direitos humanos, em favor da priorização do desenvolvimento econômico[21].

Esse artigo tem por foco essas obrigações dos Estados em fomentar a proteção dos direitos humanos nas atividades desenvolvidas pelas empresas privadas, desenvolvendo um papel indutor por meio de ações que visem criar ambientes favoráveis para que as empresas sejam estimuladas a atuarem como agentes de fortalecimento da sustentabilidade ambiental e social. Como exemplo, cabe citar a edição da Portaria n.º 350 de 2019 do Ministério de Direitos Humanos, que institui o Código de Conduta e de Respeito aos Direitos Humanos para Fornecedores de Bens e de Serviços do Ministério dos Direitos, fundado nos pilares dos Princípios Ruggie.

Vê-se que as diretrizes contemporâneas afetas à relação entre sustentabilidade e empresas, embora possuam caráter voluntário e cuja efetividade chega a ser objeto de dúvidas, há iniciativas do Estado brasileiro no sentido de demonstrar que na realidade se trata de instrumentos que vão ao encontro do contexto atual da consensualidade do Estado, já representando considerável passo para que o Estado desenvolva um papel indutor de gestão socialmente responsável das empresas.

III. O ACORDO DE ESCAZÚ E O COMPROMISSO DE EMPRESAS PRIVADAS PARA COM A SUSTENTABILIDADE E A TRANSPARÊNCIA AMBIENTAL

O Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe, conhecido como Acordo de Escazú, Escazú (Costa Rica) em 4 de março de 2018, entrou em vigor em abril de 2021, ainda sem ratificação pelo Brasil, e fixa em seu artigo 1.º, o objetivo central de garantir a implementação eficaz na América Latina e no Caribe dos direitos de acesso à informação ambiental, participação do público nos processos de tomada de decisão ambiental e acesso à justiça em questões ambientais, bem como a criação e fortalecimento de capacidades e cooperação, contribuindo para a proteção do direito de cada

21 Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. *Nota Técnica n.º 7/2018*, cit.

pessoa, do presente e do futuro, a viver em um ambiente saudável e a um desenvolvimento sustentável.

O Acordo Regional tem como objetivo apoiar a aplicação do Princípio 10 da Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento na América Latina e no Caribe, conhecido como princípio da democracia ambiental, que fixa o compromisso dos Estados em assegurar o acesso à participação, à informação e à justiça nas questões ambientais, e estimular a conscientização e a participação popular, dispondo que os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos.

Segundo Padilha, Borba e Guimarães[22], o objetivo maior que permeia a implantação do Princípio 10 é permitir que pessoas recebam informações do Estado em tempo hábil, e participem desde o início dos processos de tomada decisão que envolvam a execução de políticas governamentais e/ou a realização de empreendimentos que causem impactos socioambientais.

A importância para a ratificação do Acordo de Escazú pelo Brasil vem ao encontro das diretrizes nacionais contemporâneas, fortalecendo o acesso à informação ambiental de dados de empresas privadas e para o fortalecimento da cultura de relatórios de sustentabilidade ambiental, garantia de transparência e divulgação de informações sociais e ambientais de empresas privadas, fomentando a democracia ambiental e o desenvolvimento sustentável.

Destaca-se para o recorte do tema relativo à sustentabilidade das empresas privadas, o artigo 6.º do Acordo de Escazú, especialmente seu parágrafo 13, que estabelece que os estados signatários se dedicarão a elaborar relatórios de sustentabilidade de empresas privadas, que reflitam seu desempenho social e ambiental, o que fomenta a relação entre o Estado, o mercado e a sociedade, na corrente de que não pode haver crescimento às custas do meio ambiente, e não se pode gerir o meio ambiente ignorando os povos e as economías[23].

22 Norma Sueli Padilha, Rogerio Borba e Rejaine Silva Guimaraes. *Direito ambiental e socioambientalismo 1*, Florianópolis, conpedi, 2019, disponível em [http://site.conpedi.org.br/publicacoes/no85g2cd/9hdn9m49/7fLGvNl6omxnNiqY.pdf].

23 Nações Unidas. *Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe*, Santiago, onu, 2018, disponível em [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43611/S1800493_pt.pdf].

O Tratado também responde ao espírito dos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Negócios e Direitos Humanos em relação às obrigações específicas das empresas de respeitar os direitos humanos no contexto de suas atividades, que no Princípio 6 prevê que os Estados devem promover o respeito aos direitos humanos por parte das empresas com as quais realizam transações comerciais, bem como o Princípio 7, que dispõe que os Estados devem fomentar o respeito aos direitos humanos pelas empresas em zonas afetadas por conflito.

Nesse sentido, os Estados realizam várias transações comerciais com empresas, especialmente por meio de compras e contratações públicas. Isso proporciona aos Estados – individual e conjuntamente– oportunidades únicas de promoção da conscientização sobre respeito aos direitos humanos por parte dessas empresas, inclusive por meio dos instrumentos contratuais, com a devida consideração em relação às obrigações dos Estados nos termos da legislação nacional e internacional.

Padilha, Borba e Guimarães[24] consideram que adotar de forma efetiva as diretrizes desse princípio no Brasil permitiria a todos os cidadãos reivindicar um desenvolvimento socioeconômico mais sustentável, com conservação ambiental e consciência sobre os impactos de obras em dezenas de regiões, além de garantir uma participação mais efetiva da sociedade na discussão dos temas ambientais. Por isso, necessário abordar o alcance desses direitos de acesso.

Como traz Laville[25] o essencial se encontra na capacidade de as empresas integrarem à sua política empresarial considerações mais além do aspecto financeiro, redefinindo por completo sua produção, a fim de torna-la compatível com o funcionamento dos ecossistemas, encontrar soluções para hábitos de consumo não sustentáveis, utilizar seus recursos e sua eficiência para resolver problemas importantes desse tempo, da perda da biodiversidade à pobreza, passando pela mudança climática e pelas violações dos direitos humanos.

Para as empresas saberem que respeitam as questões socioambientais, é relevante implementar sistemas que permitam apoiar certo grau de confiança, como *duo diligence*, processo pelo qual as empresas não apenas garantem o cumprimento das leis, mas também gerenciam o risco de danos ambientais com o objetivo de evitá-lo, sendo fonte de

24 Padilha, Borba e Guimaraes. *Direito ambiental e socioambientalismo 1*, cit.

25 Élisabeth Laville. *A empresa verde*, São Paulo, Ote, 2009.

registro sobre o contexto no qual uma empresa está operando, suas atividades e as relações associadas a essas atividades[26].

Nesse contexto são relevantes os relatórios de desenvolvimento sustentável, conhecidos como códigos voluntários de condutas que apresentam indicadores de desempenho a que as empresas podem recorrer.

Segundo Corrêa e Ribeiro[27], no Brasil os relatórios de sustentabilidade em uso são o do Instituto Ethos (2011) e o da Global Reporting Initiative –GRI–. O GRI é uma organização internacional com a missão de desenvolver e disseminar relatórios de sustentabilidade, atuando desde 1997, e que se destaca por apresentar crescimento significativo em número de empresas que o utilizam, além do apoio do sistema ONU.

Corrêa e Ribeiro[28] acrescentam que o conjunto de diretrizes e indicadores da GRI proporciona a comparabilidade, credibilidade, periodicidade e legitimidade da informação na comunicação do desempenho social, ambiental e econômico das organizações que utilizam a metodologia. O intuito da divulgação ambiental é o de informar o desempenho ambiental da organização demonstrando aos *stakeholders* suas intenções e iniciativas para evitar a degradação do meio ambiente.

Laville[29] aborda as diretrizes trazidas pelo Global Reporting Initiative –GRI–, que se mostra sintonizado aos desafios do desenvolvimento sustentável e apresenta o conteúdo de um relatório a ser observado por empresas privadas: a) Comprometimento do presidente com o conteúdo do relatório, os objetivos futuros, a postura de desenvolvimento sustentável e seu sentido para a empresa; b) Indicadores-chave de desempenho ligados aos principais impactos sociais e ambientais dos produtos e das atividades da empresa; c) Perfil da empresa, sua atividade, seus produtos ou serviços, suas recentes evoluções, seu desempenho financeiro; d) Descrição das políticas e dos sistemas de

26 Ruggie. "Protect, respect and remedy: a framework for business and human rights", cit.

27 Rosany Corrêa e Henrique César Melo Ribeiro. "Evolução do relatório de sustentabilidade Global Reporting Initiative – GRI: 20 anos de aplicação", *AOS - Amazônia, Organizações e Sustentabilidade*, vol. 9, n.° 2, 2020, pp. 294 a 311, disponível em [http://revistas.unama.br/index.php/aos/article/view/1292].

28 Ídem.

29 Ídem.

gestão implementados para atingir os objetivos sociais e ambientais, com declaração da missão, códigos de condutas, certificações; e) Relacionamento com as partes interessadas, métodos para consultar os *stakeholders* e os resultados dessas consultas; f) Desempenho da empresa, como multas e premiações; g) Desempenho operacional em relação aos três pilares do desenvolvimento sustentável (ambiental, social e econômico); h) Desempenho dos produtos ou serviços, medida dos impactos sociais e ambientais e descrição dos esforços para mitigar esses impactos; e i) Revisão geral da estratégia de desenvolvimento sustentável.

Para a GRI[30], a economia global sustentável levará as organizações a medir seus desempenhos e impactos econômicos, ambientais, sociais de maneira responsável e transparente, para que haja eficácia nas relações com os *stakeholders*, nas decisões sobre investimento e em outras relações do mercado, sendo a sua missão satisfazer a necessidade, oferecendo uma estrutura confiável para a elaboração de relatórios sustentabilidade[31], possibilitando que as empresas publiquem seus relatórios de sustentabilidade em um padrão global, em um modelo organizado de indicadores e informações.

Essa evolução das exigibilidades no relatório promove um alinhamento a realidade, e evolução sob o aspecto de sustentabilidade que deve permear a gestão das empresas, sempre na busca do desenvolvimento de diretrizes mais consistentes e confiáveis, vez que, a transparência na construção do relatório deverá evidenciar clareza, exatidão, periodicidade, comparabilidade e confiabilidade; bem como a publicidade das informações deverá ser coerente com esses princípios, que orientam a elaboração, para assegurar a qualidade das informações relatadas, incluindo sua apresentação.

As organizações ao elaborarem o relatório tem um documento que apresenta as práticas realizadas e que poderá servir de orientação para implantar e redefinir melhores práticas, possibilitando uma cultura de

30 Global Reporting Initiative -gri-. "Diretrizes G3", disponível em [www.globalreporting.org].

31 Hayra Joelly Lima de Almeida, Eurípedes Rosa do Nascimento Junior e Abimael de Jesus Barros Costa. "Práticas de sustentabilidade corporativa no Brasil: análise das instituições financeiras integrantes do índice de sustentabilidade empresarial", *Revista Gestão e Desenvolvimento*, vol. 14, n.º 1, 2017, pp. 84 a 99, disponível em [https://periodicos.feevale.br/seer/index.php/revistagestaoedesenvolvimento/article/view/898].

entendimento dos canais pelos quais as ações sociais criam valor para a corporação, propiciando maiores impactos econômicos e sociais[32]. Portanto, o sucesso da gestão sustentável como estratégia de criação de valor vai depender da habilidade dos gestores em selecionar ações mais efetivas e publiciza-las em um instrumento transparente e confiável.

Ruggie[33] considera útil às empresas, para fins de orientação operacional, mapear quais direitos tendem a afetar com mais frequência determinados setores ou situações, compreendendo como as questões ambientais se relacionam com suas funções de gestão, e que, o não cumprimento dessa responsabilidade pode sujeitar as empresas ao escrutínio da opinião pública –abrangendo funcionários, comunidades, consumidores, sociedade civil, bem como investidores– e, ocasionalmente, a acusações em processos judiciais.

Os dados da GRI apontam um crescimento do uso de relatórios de sustentabilidade pelas empresas brasileiras, mas ainda representa uso pequeno quando comparado com a quantidade de empresas existentes, fazendo com que ainda persista o discurso empresarial de governança voltada para a sustentabilidade, todavia sem evidências materiais, ante a ausência de publicização de relatório[34].

Corrêa e Ribeiro[35] apresentam pesquisa que demonstra que houve evolução na aplicação dos relatórios, confirmando a consolidação da metodologia da GRI de divulgação de relatórios de sustentabilidade. A pesquisa demonstra que as diretrizes da GRI G4 representam um código de conduta e um padrão de desempenho, vistos com materialidade, evidenciado nas 3.235 empresas que usam esse nível no mundo, das quais 6% são empresas brasileiras.

A pesquisa também revela crescimento ascendente de empresas que relatam o uso do modelo da GRI no mundo, sendo que no ano de 1999, somente 11 empresas faziam uso do modelo, em 2007 foram 711, em 2011 foram 1.940, chegando em 2016 com 3.880 empresas, o que evidencia a legitimação do modelo no mundo.

32 Miranda e Amaral. "Governança corporativa e gestão socialmente responsável em empresas estatais", cit.

33 Ruggie. "Protect, respect and remedy: a framework for business and human rights", cit.

34 Global Reporting Initiative -gri-. "Diretrizes G3", cit.

35 Corrêa e Ribeiro. "Evolução do relatório de sustentabilidade Global Reporting Initiative – GRI: 20 anos de aplicação", cit.

Já no Brasil, de acordo com a pesquisa, o uso do modelo GRI corresponde a um crescimento entre os anos de 1999 a 2016, demonstrando que as empresas brasileiras estão acompanhando a tendência internacional na evidenciação das informações de sustentabilidade de ampla divulgação.

CONCLUSÃO

A história recente demonstra que toda atividade empresarial, seja qual for seu porte, apresenta potencialidade de gerar impactos positivos ou negativos na sociedade, especialmente quanto às agendas afetas aos direitos humanos, como resultado de seus próprios processos, bem como por ações das partes envolvidas, como sócios e colaboradores.

Diante de tal realidade, as diretrizes de proteção dos direitos humanos em relação às atividades empresariais avançaram nos últimos anos, orientadas pela percepção de que o Estado não é o único violador de tais direitos, tampouco deve ser o único responsável pela garantia de respeito a eles.

Algumas dessas iniciativas estabeleceram diretrizes sobre sustentabilidade e empresas, com instrumentos para exercício do papel do Estado para o monitoramento e fomento para que as empresas alcancem papel de vetores de desenvolvimento econômico socialmente responsável.

Buscou-se neste artigo apresentar um panorama atual das diretrizes contemporâneas no âmbito do sistema doméstico brasileiro, quanto ao desempenho social e ambiental das empresas privadas e a relação com o artigo 6.º do Acordo de Escazú, ainda não ratificado pelo Brasil.

Considerando as disposições do Acordo de Escazú, somadas às diretrizes contemporâneas em matéria de sustentabilidade e empresas privadas, é imprescindível que o Estado brasileiro se movimente no sentido de implementar as diretrizes sobre direitos humanos e empresas, além da obrigação de fiscalização, mas também com atividades de indução.

Quanto à transparência ambiental, conceito fortalecido pelo Acordo de Escazú, nota-se a relevância da ratificação pelo Brasil, para fomentar adoção de relatórios de sustentabilidade pelas empresas privadas, como o modelo *Global Reporting Initiative*, um código de conduta e um padrão de desempenho propiciando assim maior credibilidade das informações socioambientais aos seus *stakeholders*.

Concluiu-se também que a atenção às expectativas sociais de gestão ambientalmente responsável, tem a potencialidade de ampliar a competitividade das empresas privadas, não só com a adoção interna de tais compromissos, mas também pela prestação de contas à sociedade, com o fim de demonstrar as boas práticas nesse sentido, gerando valor social no jogo do mercado e auferindo benefícios financeiros diretos com sua boa reputação, além da redução de riscos.

Tais marcos recentes, impõem ao Estado brasileiro não apenas a obrigação de fiscalização das atividades das empresas privadas, para que sejam compatíveis com os direitos fundamentais, mas também a responsabilidade pela indução à proteção dos direitos humanos por parte dessas empresas, destacando-se o uso dos relatórios de sustentabilidade.

Fica clara a importância para a ratificação do Acordo de Escazú pelo Brasil, para o acesso à informação ambiental de dados de empresas privadas e para a elaboração de relatórios de sustentabilidade de empresas privadas, em particular de grandes empresas, que reflitam seu desempenho socioambiental, aumentando a transparência da divulgação de dados, possibilitando a análise desses relatórios pelas partes interessadas.

BIBLIOGRAFIA

Almeida, Hayra Joelly Lima de; Eurípedes Rosa do Nascimento Junior e Abimael de Jesus Barros Costa. "Práticas de sustentabilidade corporativa no Brasil: análise das instituições financeiras integrantes do índice de sustentabilidade empresarial", *Revista Gestão e Desenvolvimento*, vol. 14, n.º 1, 2017, pp. 84 a 99, disponível em [https://periodicos.feevale.br/seer/index.php/revistagestaoedesenvolvimento/article/view/898].

Conselho Nacional dos Direitos Humanos. Resolução n.º 5 de 12 de março de 2020, disponível em [https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/copy_of_ResoluoDHeempresas.pdf].

Constituição da República Federativa do Brasil, *Diário Oficial da União*, de 5 de outubro de 1988, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm].

Corrêa, Rosany e Henrique César Melo Ribeiro. "Evolução do relatório de sustentabilidade Global Reporting Initiative – gri: 20 anos de aplicação", *aos - Amazônia, Organizações e Sustentabilidade*, vol. 9, n.° 2, 2020, pp. 294 a 311, disponível em [http://revistas.unama.br/index.php/aos/article/view/1292].

Decreto 9571 de 21 de novembro de 2018, *Diário Oficial da União*, de 22 de novembro de 2018, disponível em [https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/649874325/decreto-9571-18].

Global Reporting Initiative -gri-. "Diretrizes G3", disponível em [www.globalreporting.org].

Laville, Élisabeth. *A empresa verde*, São Paulo, Ote, 2009.

Ministério dos Direitos Humanos do Brasil. Portaria n.° 350, de 20 de novembro de 2018, *Diário Oficial da União*, edição 223, seção: 1, de 21 de novembro de 2018, p. 163, disponível em [www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/KujrwoTZC2Mb/content/id/51057848/do1-2018-11-21-portaria-n-350-de-20-de-novembro-de-2018-51057742].

Miranda, Rubens Augusto de e Hudson Fernandes Amaral. "Governança corporativa e gestão socialmente responsável em empresas estatais", *Revista de Administração* Pública, vol. 45, n.° 4, 2011, pp. 1.069 a 1.094, disponível em [https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/7027].

Nações Unidas. *Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação* Pública e *Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe*, Santiago, onu, 2018, disponível em [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43611/S1800493_pt.pdf].

Netto Junior, Edmundo Antonio Dias; Marlon Alberto Weichert e Raquel Portugal Nunes. "A desconstrução do caráter vinculante das normas sobre empresas e direitos humanos: da natureza voluntária dos Princípios Ruggie à voluntariedade das diretrizes nacionais", *Homa Publica - Revista Internacional de Direitos Humanos y Empresas*, vol. 3, n.° 2, 2019, pp. 10 a 21, disponível em [https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30581].

Padilha, Norma Sueli; Rogerio Borba e Rejaine Silva Guimaraes. *Direito ambiental e socioambientalismo I*, Florianópolis, CONPEDI, 2019, disponível em [http://site.conpedi.org.br/publicacoes/no85g2cd/9hdn9m49/7fLGvNl6omxnNiqY.pdf].

Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. *Nota Técnica n.º 7/2018. A proteção e reparação de direitos humanos em relação a atividades empresariais*, Brasília, 27 de agosto de 2018.

Ramos, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*, 5.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2018.

Ruggie, John. "Protect, respect and remedy: a framework for business and human rights", *Innovations: Technology, Governance, Globalization*, vol. 3, n.° 2, 2018, pp. 189 a 212, disponível em [https://direct.mit.edu/itgg/article/3/2/189/15054].

Sen, Amartya e Bernardo Kliksberg. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*, São Paulo, Companhia das Letras, 2010.

Silva, Ricardo Murilo da e Felipe Oswaldo Guerreiro Moreira. "Compliance para proteção dos direitos humanos em empresas", *Homa Publica - Revista Internacional de Direitos Humanos y Empresas*, vol. 4, n.° 1, 2020, pp. 1 a 13, disponível em [https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30500/20530].

Silveira, Vladimir Oliveira da e Patrícia Martinez Almeida. "Empresas e direitos humanos", *Revista Thesis Juris*, vol. 4, n.° 2, 2015, pp. 357 a 372, disponível em [https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/9086].

Venturi, Giulietta; Marco di Luca, Claudia Fortuna, Maria Elena Remoli, Flavia Riccardo, Francesco Severini, Luciano Toma, Martina del Manso, Eleonora Benedetti, Maria Grazia Caporali, Antonello Amendola, Cristiano Fiorentini, Claudio de Liberato, Roberto Giammattei, Roberto Romi, Patrizio Pezzotti, Giovanni Rezza e Caterina Rizzo. "Detection of a chikungunya outbreak in Central Italy, August to September 2017", *Eurosurveillance*, vol. 22, n.º 39, 2017, disponível em [https://www.eurosurveillance.org/content/10.2807/1560-7917.es.2017.22.39.17-00646].

CAPÍTULO

VIGÉSIMO TERCERO

El derecho internacional humanitario en el contexto de la guerra híbrida: desafío de los DESCA en contextos internacionales[1]

Jonnathan Jiménez-Reina[2], Paola Alexandra Sierra-Zamora[3] y Carlos Alberto Ardila Castro[4]

1 Capítulo de libro resultado en colaboración de los siguientes proyectos de investigación: a) "El papel de la Fuerza Pública en la protección del medio ambiente en el marco del conflicto armado y la construcción de paz desde los Derechos Humanos y el DICA" del grupo de investigación "Memoria Histórica, Construcción de Paz, Derechos Humanos, DICA y Justicia", categorizado en A por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación (Minciencias) y registrado con el código COL0141423; b) "La guerra asimétrica, híbrida e irrestricta: retos, amenazas y desafíos para los Estados, la seguridad y defensa regional" del grupo de investigación "Masa Crítica", categorizado en A1 por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación (Minciencias) y registrado con el código COL0123247; y c) "Propuesta para la incorporación de diplomacia científica en el ámbito de la seguridad y defensa" del grupo de investigación "Centro de Gravedad", categorizado en A por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación (Minciencias) y registrado con el código COL0104976 de la Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto". Los puntos de vista y los resultados de este capítulo pertenecen a los autores y no reflejan necesariamente los de las instituciones participantes.

2 Candidato a Doctor en Seguridad Internacional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia –UNED–, España. Magíster en Seguridad y Defensa Nacionales y Magíster en Derechos Humanos y Derecho Internacional de los Conflictos Armados de la Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto", Colombia. Profesional en Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Sergio Arboleda, Colombia. Investigador asociado categorizado por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación (Minciencias). Docente ocasional de la Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto", Colombia. Correo [jonnathan.jimenez@esdeg.edu.co] ORCID [https://orcid.org/0000-0001-9042-834X].

3 Postdoctora Internacional en Derecho y Nuevas Tecnologías por la Mediterránea Internacional Centreo for Human Rights Research. PhD Internacional (cum laude) y Magister en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional de la Universitat de Valéncia, España. Abogada de la Universidad Católica de Colombia. Investigadora Asociada y par evaluador categorizada por Minciencias. Docente ocasional investigador de la Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto". Correo [paola.sierraz@esdeg.edu.co] ORCID [https://orcid.org/0000-0002-3146-7418].

4 Candidato a Doctor en Educación de la Universidad Internacional Iberoamericana, México. Magíster en Relaciones y Negocios Internacionales de la Universidad Militar Nueva Granada, Colombia. Profesional en Ciencias Militares de la Escuela Mili-

INTRODUCCIÓN

La globalización como proceso integrador y generador de interdependencia económica, política y tecnológica, ha traído grandes beneficios para la población mundial. Sin embargo, las ventajas de este proceso, principalmente en cuanto a su aspecto integrador, derivan en la consolidación de diversas vulnerabilidades, pues los actores que amenazan a Estados y poblaciones enteras también pueden utilizar las dinámicas de la globalización para aumentar su capacidad destructiva.

La guerra, al igual que cualquier otro escenario de interacción humana, también ha sufrido grandes transformaciones a raíz del proceso globalizador. En la actualidad se han diversificado los escenarios, los medios y los actores que participan en los conflictos armados, de manera que la guerra dista en gran medida de las características que la definieron durante siglos.

Esta guerra "nueva", es decir, aquella cuyas características difieren de la guerra convencional, ha recibido el nombre de guerra híbrida. De acuerdo con Payá y Luque[5], este concepto se refiere, en esencia, a todos los conflictos violentos en los que se presentan elementos de la guerra convencional al mismo tiempo que otros elementos de las guerras no convencionales. Es decir, la guerra híbrida implica una coexistencia de todas las formas actuales de llevar a cabo un conflicto armado.

Esta nueva forma de guerra, en virtud de sus características, implica un gran desafío para la efectividad de las normas de derechos humanos y del derecho internacional humanitario. En cuanto a este último, las nuevas dinámicas de la guerra pueden tender a eliminar la barrera existente entre combatientes y no-combatientes, afectando así la finalidad esencial de estas normas. Por otra parte, los nuevos

tar de Cadetes "General José María Córdova", Colombia. Investigador asociado y par evaluador reconocido por Minciencias. Docente ocasional de la Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto", Colombia. Correo [carlos.ardila@esdeg.edu.co] orcid [https://orcid.org/0000-0002-8774-6176].

5 Claudio Augusto Payá Santos y José María Luque Juárez. "Aproximaciones al concepto de amenazas híbridas", en Carlos Alberto Ardila Castro y Jonnathan Jiménez Reina (eds.). *Convergencia de conceptos: propuestas de solución a las amenazas actuales para la seguridad y defensa de Colombia*, Bogotá, Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto", 2018, pp. 15 a 45, disponible en [https://esdeguelibros.edu.co/index.php/editorial/catalog/download/30/26/461?inline=1].

métodos y escenarios en los que se desarrollan los conflictos armados suponen una potencial lesividad a los derechos humanos, pues las nuevas dinámicas de guerra pueden llegar a comprometer derechos humanos que no se veían comprometidos con la guerra convencional.

Los potenciales efectos que este nuevo tipo de guerra puede significar para la garantía de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario aún no se han tratado con la magnitud que se debe en virtud de su importancia. Por tal razón, se hace necesario determinar los efectos de la guerra híbrida frente a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, pues este nuevo tipo de guerra puede afectar estos preceptos normativos de diversas maneras que aún no han sido exploradas. En este sentido, este trabajo se pregunta sobre cuáles son esos efectos que pueden tener la guerra híbrida para los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

De esta manera, en las siguientes páginas y con la finalidad de responder a este objetivo, se examinará, en un primer momento, los antecedentes teórico-conceptuales de la guerra híbrida. Luego, se identificarán las características de los fenómenos que constituyen efectos de la guerra híbrida en el siglo XXI. Más adelante, se analizarán los elementos característicos de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Y por último, se llegará al objeto de determinar los efectos de este nuevo tipo de guerra para los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

I. ANTECEDENTES TEÓRICO-CONCEPTUALES DE LA GUERRA HÍBRIDA

Después de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), el mundo evidenció su última gran transformación económica y política que afectó el orden mundial y, sobre todo, generó nuevos paradigmas de análisis para comprender los conflictos, la violencia y la guerra. Esta última entendida como una expresión de la naturaleza humana[6], que puede materializarse entre Estados y entre los nuevos actores reconocidos por el sistema internacional.

6 Sergio Néstor Osorio García. "Conflicto, violencia y paz: un acercamiento científico, filosófico y bioético", *Revista Latinoamericana de Bioética*, vol. 12, n.° 2, ed. 23, 2012, pp. 52 a 69, disponible en [https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/rlbi/article/view/960].

De forma paralela a esta transformación, se evidenció la consolidación de nuevas dinámicas sociales impulsadas por motivaciones e intereses generados por el afianzamiento de la globalización. Un fenómeno transversal que ha impactado las formas en que se desarrolla la guerra, fundamentalmente, por el alto desarrollo tecnológico en el componente armamentístico. Según Esteban[7], los avances en tecnología y la velocidad con la que ocurren cambios en los aspectos sociales, tecnológicos, políticos e informativos, son inmensos; por lo que han dado cavida al surgimiento de actores con importancia global y un margen de acción considerablemente amplio que les permite movilizar, utilizar o recolectar recursos y/o capacidades convencionales. No obstante, cuentan con capacidades inferiores a las de los Estado-nación.

De este modo, se ha transformado la manera en que se hace la guerra y se han podido materializar distintos tipos o consideraciones sobre la naturaleza de la guerra (guerra de la información, guerra revolucionaria, guerra híbrida, guerra asimétrica, guerra psicológica, guerra absoluta, guerra total y guerra limitada, entre otras). Estas manifiestan nuevas formas, medios, modos y fines para el sostenimiento de las hostilidades, sin que necesariamente implique el empleo y uso de armas de fuego tradicionales para el enfrentamiento directo y físico. También se emplean medios indirectos que pueden causar un impacto igual o mayor sobre los intereses de los actores a través de una mezcla íntima de acciones convencionales y especiales que han sido impulsados, inicialmente, por los motores de cambio -nuevas tecnologías-.

En el caso particular de la guerra híbrida, esta tipología se trata de un fenómeno aparentemente novedoso, quizá porque hasta hace poco tiempo se puntualizó su definición. No obstante, es posible inferirlo a través de métodos de guerra ya descritos en episodios pretéritos en la historia de la humanidad que se han manifestado a través de los siglos, y los siglos xx y xxi no son una excepción[8]. En este sentido, y dado que el concepto de amenaza híbrida es complejo a la vista de la disparidad de definiciones, ejemplos y modelos, conviene repasar el término desde un punto de vista crítico.

7 Antonio Esteban López. "Amenazas híbridas internas. Mecanismos de hibridación de los movimientos subversivos" (tesis de maestría), Madrid, Universidad Antonio de Nebrija, 2018.

8 Anthony James Joes. *Guerrilla warfare: a historical, biographical, and bibliographical sourcebook*, Westport, Conn., Greenwood Press, 1996.

El concepto de "hibridez" se popularizó cuando Hoffman[9], acuñó el término "guerra híbrida" basándose en las lecciones aprendidas en el conflicto entre Israel y Hezbolá (2006) y otras teorías como las guerras de cuarta generación, la guerra compuesta o la guerra sin restricciones, que de alguna manera pueden responder a los polimorfismos que presenta el fenómeno. Además, según Galán[10], a través de la hibridez un conflicto se puede desenmarcar del patrón tradicional de atribuir a un actor extranjero, por lo general un Estado, la agresión contra un Estado objetivo.

Por lo usual, no se considera que dicha agresión puede proceder de un actor interno en forma de movimiento subversivo interno, que se ha podido observar en distintas manifestaciones en conflictos de crisis territorial donde se dirimen sociedad polarizadas y marcadas por conflictos identitarios tales como podrían ser Irlanda del Norte, Líbano o Cataluña. La base del conflicto en estos ejemplos, según Esteban[11], cuenta con unas características específicas en cuanto al ataque en dichos escenarios, siendo en estos el entorno cognitivo el factor esencial, puesto que es en este en el que se sitúa el principio de la voluntad de lucha por parte del adversario[12].

De acuerdo con Sánchez[13], parte de la doctrina entiende que la manifestación de "hibridez" en el conflicto tiene un espectro político que emplea la violencia de manera sistemática, compuesta y combinada para confrontar las fuerzas regulares e irregulares, con la precisión que el nivel táctico puede ser operacionalmente diferente desde una fuerza legalmente constituida. En este sentido, según García:

9 Frank G. Hoffman. *Conflict in the 21st century: the rise of hybrid wars*, Arlington, Potomac Institute for Policy Studies, 2007.

10 Carlos Galán. *Amenazas* híbridas: *nuevas herramientas para viejas aspiraciones*. *Documento de trabajo 20/2018*, Madrid, Real Instituto Elcano, 2018, disponible en [https://www.realinstitutoelcano.org/documento-de-trabajo/amenazas-hibridas-nuevas-herramientas-para-viejas-aspiraciones/].

11 Esteban López. "Amenazas híbridas internas. Mecanismos de hibridación de los movimientos subversivos", cit.

12 Ídem.

13 Pedro Sánchez Herráez. "La nueva guerra híbrida: un somero análisis estratégico", *Pre-bie3*, n.º 5, 2014, disponible en [https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2014/DIEEEA54-2014_NuevaGuerraHibrida_PSH.pdf].

> ... la mayor ventaja de la guerra híbrida es que permite a un actor, Estado o no, enfrentarse a otros, incluso en situaciones de diferencias desproporcionadas en términos de capacidades militares convencionales. Esta situación supone una complicada amenaza a los poderes convencionales. El adversario, a pesar de su falta de recursos convencionales, aún puede combatir en un escenario favorable. Las tácticas militares empleadas en este tipo de conflictos son muy antiguas, sin embargo, fue hasta hace poco que estas tácticas cobraron protagonismo debido al auge que trajeron las nuevas tecnologías y su disruptiva aplicación en las sociedades occidentales[14].

La idea de guerra híbrida ha logrado hacerse camino entre las máximas autoridades para describir la complejidad de los conflictos en la actualidad. Según Colom[15], este concepto vago, impreciso y todavía en proceso de configuración teórica, aglutina características de las guerras posmodernas y muestra la delgada línea que existe entre lo irregular y lo regular. Por tal razón, algunos autores siguen intentando definirle.

Locatelli[16], afirma que las guerras híbridas son conflictos que se caracterizan por no tener campos de acción definidos. Aunque se despliegan sus actividades en concentraciones urbanas, no poseen frentes en disputa debido a que por lo usual uno de los bandos no respeta ni considera las regulaciones legales de la guerra, y además, no hay una clara distinción entre los militares combatientes y civiles armados. Otros autores como Reichborn y Cullen[17], sostienen que la guerra

14 Ángel Segundo Gómez González. "Tendencias de evolución de la inteligencia militar", *Documento de Opinión Boletín IEEE*, n.° 35, 2021, disponible en [https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2021/DIEEEO35_2021_ANGGOM_Inteligencia.pdf].

15 Guillem Colom Piella. "Guerras híbridas. Cuando el contexto lo es todo", *Ejército: de tierra español*, n.° 927, 2018, pp. 38 a 44, disponible en [https://www.ugr.es/~gesi/Guerras-hibridas.pdf].

16 Omar Alberto Locatelli. "Guerras híbridas, su centro de gravedad y la victoria", *Visión Conjunta*, año 9, n.° 17, 2017, pp. 39 a 46, disponible en [https://www.esgcffaa.edu.ar/pdf/ESGCFFAA-2016_pdf-46.pdf].

17 Patrick J. Cullen y Erik Reichborn-Kjennerud. *MCDC Countering Hybrid Warfare Project: understanding hybrid warfare*, MCDC, enero de 2017, disponible en [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/

híbrida es el empleo sincronizado de múltiples herramientas de poder adecuado a las vulnerabilidades del objetivo, habitualmente la sociedad, a través de las funciones de esta para lograr los efectos propuestos.

Colom[18], considera que la guerra híbrida es el estilo de lucha propio de la era de la información con base en los medios que le fueron brindados por la globalización y las nuevas tecnologías que se distingue por la combinación de acciones convencionales y no convencionales. Por tanto, el autor considera que la guerra hibrida integra procedimientos convencionales con tácticas propias de la guerra irregular. Payá[19] considera que los conflictos híbridos son casos en los que existe una superposición de la violencia estatal con una no-estatal, donde los actores emplean distintas técnicas, capacidades y recursos para lograr sus objetivos. Además, el autor destaca su alto nivel de ambigüedad, la iniciativa de querer paralizar al adversario y la complejidad de la toma de decisiones.

Por otro lado, Galán[20] define el conflicto híbrido como acciones coordinadas y sincronizadas que atacan de forma deliberada vulnerabilidades de los Estados e instituciones de manera sistemática a través de distintos medios y modos. También, Bartolomé[21] considera que los conflictos híbridos son bastante singulares respecto a otras manifestaciones de conflicto en la contemporaneidad, la cual es consecuencia de la especificidad detectada en las acciones identificadas que consisten en la combinación de modos de combate regulares e irregulares. De este modo, se asumen atributos de lo asimétrico (propio de las nuevas guerras) y otras formas de combate en su multimodalidad. Por último, Freedman[22] asegura que la guerra híbrida no solo emplea

uploads/system/uploads/attachment_data/file/647776/dar_mcdc_hybrid_warfare.pdf].

18 Colom Piella. "Guerras híbridas. Cuando el contexto lo es todo", cit.

19 Payá Santos y Luque Juárez. "Aproximaciones al concepto de amenazas híbridas", cit.

20 Galán. *Amenazas* híbridas: *nuevas herramientas para viejas aspiraciones*, cit.

21 Mariano Bartolomé. "Amenazas y conflictos híbridos: características distintivas, evolución en el tiempo y manifestaciones preponderantes", *urvio, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, n.° 25, 2019, pp. 8 a 23, disponible en [https://revistas.flacsoandes.edu.ec/urvio/article/view/4249].

22 Lawrence Freedman y Tomás Fernández Aúz. *La guerra futura: un estudio sobre el pasado y el presente*, Barcelona, Crítica, 2019.

acciones que corresponden únicamente a medios de carácter militar, sino también a acciones políticas y económicas vinculadas con la información, naturaleza humanitaria y otros. Los protagonistas utilizan formas de organización en red, estrategias, planteamientos y tecnologías propias de la era digital.

Por tanto, para combatir la guerra híbrida como un nuevo tipo de conflicto, algunos autores sugieren que el Estado burle el conjunto de estándares, reglas, normas o criterios aceptados con anterioridad, para poder emplear procedimientos similares a los de los grupos con lo que se enfrenta. Lo anterior, a fin de tener un enfrentamiento equitativo en el que los objetivos políticos puedan establecer la victoria. En este sentido, se necesita mayor tiempo y esfuerzo en esta nueva forma de guerra para planificación y obtención de resultados. Es menester considerar que la multiplicidad de factores que confluyen en la realidad y condicionan los escenarios de desarrollo que dificultan la cuantificación de la victoria y dan cabida a la denominada zona gris que, en este caso, es generada por los actores que se mueven y actúan entre los límites imprecisos del conflicto.

II. CARACTERÍSTICAS DE LAS AMENAZAS HÍBRIDAS

En el siglo XXI se configura una nueva forma de conflicto en el que participan distintos actores, medios, formas de organización, estrategias y tácticas, llamada guerra híbrida. Pese a que este tipo de guerra y su definición son bastante nuevos, se caracteriza por cumplir con los siguientes criterios.

A. Actores intervinientes

El creciente protagonismo de actores no estatales y la diversidad de situaciones son algunos de los principales factores que han contribuido a la evolución de los conflictos y su complejidad. Según Rojas[23], nuevas lógicas sin encontrar acomodo en la clasificación de amenazas

23 Gustavo Enrique Rojas Ibáñez. "El papel de las *tácticas irregulares* en las guerras hibridas: la intervención en Afganistán por parte de Estados Unidos" (tesis de pregrado), Bogotá, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2017, disponible en [https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/13671].

emergentes se han configurado y han impulsado a los actores estatales y no estatales a abandonar el modo tradicional de emprender la guerra y buscar nuevas tecnologías y tácticas para conseguir alguna ventaja sobre su contrario. En efecto, las guerras no se consideran netamente simétricas y convencionales, sino que dos actores que se ven enfrentados en medio de disparidades se valdrán de medios asimétricos para combatir.

Aunque según Korybko[24], el primer y principal actor interviniente en los conflictos híbridos es el Estado, mediante sus instituciones públicas y fuerzas armadas. No obstante, considerando las diferencias territoriales, políticas, económicas, sociales, históricas y culturales, los Estados desarrollan distintos intereses y maneras de ser partícipes del conflicto. Así, algunos autores afirman que estos actores poseen similitudes en su composición, pero difieren en los intereses que guían la forma en que actúan durante los conflictos. Además, según Roveda[25] dichos actores atienden a una distinción que se realiza en función de la participación o no en la creación y/o solución de hostilidades que, en algunos casos, depende de la contigüidad fronteriza en la que no pueden evitar verse afectados y a elegir una posición política.

Cercanas, según Calduch[26], figuran organizaciones intergubernamentales como la Organización de Naciones Unidas para la prevención, gestión y resolución de conflictos híbridos que se encuentra condicionada por el accionar de los Estados. Estas organizaciones crean una red de organismos y agencias que complementan su accionar para desempeñar las difíciles tareas que requieren para su labor. Además, resulta importante resaltar la participación de la Organización del Tratado del Atlántico Norte -otan- y la Unión Europea que han asumido ciertas funciones para garantizar la paz y seguridad de sus miembros a través de su papel en el sistema internacional.

24 Andrew Korykbko. *Guerras híbridas: de las revoluciones de colores a los golpes*, São Paulo, Expressão Popular, 2018.

25 Gabriel Alberto Roveda. "Estructura y capacidades de un sistema de inteligencia *táctico* en un contexto de guerra híbrida" (tesis de licenciatura), Buenos Aires, Instituto de Enseñanza Superior del Ejército, 2012, disponible en [http://190.12.101.91/bitstream/1847939/592/1/TFL%20LEO%202012%20R4E4_124.pdf].

26 Rafael Calduch Cervera. "Los aspectos culturales", en Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional. *El enfoque multidisciplinar en los conflictos híbridos*, Madrid, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2012, pp. 93 a 112.

Por otro lado, están los grupos armados irregulares, protagonistas en los conflictos híbridos. Entre estos, se encuentran los grupos guerrilleros, grupos mercenarios organizaciones sociales y/o políticas que les apoyan en la creación de redes de actores. Este grupo se caracteriza, según Roveda[27] por: a) Carecen de naturaleza estatal; b) Operan violando las normas legales y morales que se reconocer en el sistema internacional; y c) Poseen una organización militar y política jerarquizada. De esta manera, sus acciones logran ser impredecibles y el vincularlos con procesos relacionados a la prevención y/o resolución de los conflictos híbridos resulta ser bastante complicado. Diferente, se tienen en consideración las Organizaciones No gubernamentales –ong– que disponen de dos ventajas para cumplir con las actividades planeadas, según Calduch[28]: a) Neutralidad política; y b) Especialización funcional que les permiten realizar las misiones de establecimiento de paz o misiones de mantenimiento.

La complejidad de los conflictos híbridos ha crecido de forma exponencial y los actores que en ellos interactúan influyen de manera significativa en el origen, evolución y resolución de estos de manera directa o indirecta, por ello, a pesar de que su relevancia determine el grado en el que inciden en el conflicto, todos deben ser tenido en cuenta en el estudio y análisis de estos.

B. Naturaleza de los objetivos

El objetivo primario en un ataque, según Clausewitz citado en Argumosa[29], es imponer nuestra voluntad al adversario, por lo que es preciso desarmarlo. Su objetivo no es solo causar un daño directo al adversario y sacar provecho de sus vulnerabilidades, sino también desestabilizar a la sociedad y crear escenarios ambiguos que dificulten la toma de decisiones. Por lo que el objetivo de los Estados estriba, se-

27 Roveda. "Estructura y capacidades de un sistema de inteligencia *táctico* en un contexto de guerra híbrida", cit.

28 Calduch Cervera. "Los aspectos culturales", cit.

29 Jesús Argumosa Pila. *Informe Cátedra de Estudios Estratégicos. El discurso de la guerra híbrida*, Madrid, Instituto Europeo de Estudios Internacionales, 2019, disponible en [https://www.ieeiweb.eu/wp-content/uploads/2019/01/INFORME-CATEDRA-ESTUDIOS-ESTRATEGICOS-ENERO-2019.pdf].

gún Gil[30], en contrarrestar la superioridad del actor estatal y usar sus vulnerabilidades a través del uso de tácticas que van desde las convencionales hasta actos de terrorismo, el uso de tecnologías de la información y la comunicación, escenarios urbanos, elementos psicológicos y demás acciones que promuevan este tipo de conflictos y lo alargue, encarezca sus costos e influya en la percepción de la sociedad.

Las organizaciones buscan con todo esto la inactividad y parálisis de actividades de las fuerzas convencionales de los Estados con ataques sincronizados y simultáneos que, según Roveda[31], tendrán carácter político-social-cultural-militar, por el cual se buscará la afectación moral y de voluntad de lucha de los gobernantes, líderes militares y combatientes. El aislar al gobierno y las fuerzas armadas pone en tela de juicio la justicia de la causa y la legitimidad de los actos y el ejército, según Davis[32], se enfrenta a un dilema donde es vulnerable a un ataque convencional porque cede al enemigo el control del ambiente operacional y de la población que allí habita si mantiene centradas sus fuerzas.

De esta manera, la guerra híbrida precisa, según Izquierdo[33], encontrar un margen de actuación ambiguo, concentrado en un entorno geográfico o no con impacto táctico, operacional y estratégico para obstaculizar las acciones estatales y organizacionales de los actores intervinientes en este nuevo y complejo tipo de enfrentamiento.

30 Javier Miguel-Gil. "El tratamiento informativo de la guerra híbrida de Rusia". *urvio. Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, n.° 25, 2019, pp. 108 a 121, disponible en [https://revistas.flacsoandes.edu.ec/urvio/article/view/4006].

31 Roveda. "Estructura y capacidades de un sistema de inteligencia *táctico* en un contexto de guerra híbrida", cit.

32 John R. Davis. "Cómo derrotar las futuras amenazas híbridas", *Military Review, Hispanoamérica*, t. lxviii, n.° 6, 2013, pp. 13 a 24, disponible en [https://www.armyupress.army.mil/Portals/7/military-review/Archives/Spanish/MilitaryReview_20131231_art005SPA.pdf].

33 Javier de Carlos Izquierdo. "La amenaza híbrida en la guerra naval", *Revista General de Marina*, vol. 277, n.° 3, 2019, pp. 529 a 539, disponible en [https://armada.defensa.gob.es/archivo/rgm/2019/10/rgmoct2019cap07.pdf].

C. Tipo de conducción

Las actividades que se despliegan en las guerras híbridas son multimodales y multidimensionales, por lo que según Roveda[34] pueden ser llevadas a cabo por sujetos diferentes, separados o por uno mismo, aunque si deben ser dirigidas operacional y tácticamente en la misma extensión de territorio que comprende la batalla para poder tener efectos sinérgicos en todos los niveles de guerra. La conducción debe ser centralizada.

Los objetivos se persiguen a través de campañas integradas y se emplean herramientas no militares o no cinéticas, mientras se trata de permanecer por debajo del umbral crítico para evitar un conflicto abiertamente convencional. Tal como afirma Pozo[35], la conducción es la capacidad coordinada y sinérgica de las partes de hacer que ocurran de manera simultánea o casi simultánea acciones como el fallo de programas informáticos, incendio de carga de fertilizantes o la caída del suministro eléctrico que puede paralizar las actividades.

La conducción de la guerra híbrida se dirige a los considerados objetivos de valor a través de tendencias volátiles, cambiantes y con nuevos desafíos que tienen sus bases en el tipo de elemento u operación a realizar, la repercusión que esta pueda tener y si es culturalmente aceptada y practicada por sus pares.

D. Formas organizacionales de los elementos intervinientes

Los tipos organizacionales en la guerra híbrida son mixtos por lo que comprenden formas convencionales e irregulares. Según Roveda[36], en ellas se pueden combinar formas jerárquicas y de redes puesto que considera que la clave está en la fusión de las formas de organización en el nivel estratégico-ofensivo y táctico.

En estas formas organizacionales se pueden encontrar conocidas comúnmente las fuerzas armadas, grupos beligerantes, unidades peque-

34 Roveda. "Estructura y capacidades de un sistema de inteligencia *táctico* en un contexto de guerra híbrida", cit.

35 Fernando del Pozo García. "La guerra híbrida", Madrid, Academia de las Ciencias y las Artes Militares, s. f., disponible en [https://www.acami.es/publicacion/la-guerra-hibrida/].

36 Roveda. "Estructura y capacidades de un sistema de inteligencia *táctico* en un contexto de guerra híbrida", cit.

ñas y autónomas, entre otros, por lo que la naturaleza de sus acciones definirá el tipo de actor que son. También es menester considerar, según Rojas[37], si la organización es altamente jerarquizada (tipo cadena), menos jerarquizada y con dependencia a un nodo central (tipo estrella), menos jerarquizado e interdependiente entre sí sin mando central (tipo red multicanal) o si la compartimentación de los nodos de la organización es más directa con funciones delimitadas (red jerárquica).

E. Ambiente geográfico

La confirmación estructural de un ambiente de guerra híbrida, según Rojas[38], es un componente categórico y teórico en el que se debe entender la configuración de los grupos combatientes y el espacio en el que se llevan las hostilidades porque estos pueden configurar la manera en que los métodos de combate y las unidades serán consolidados. Por tanto, según Roveda[39], entendiendo que las guerras híbridas se encuentran en un campo complejo en el que interactúan procedimientos regulares e irregulares, los actores que táctica y estratégicamente se encargan de defender poseen un sinnúmero de ventajas debido a que pueden tener mayor conocimiento y control de la zona de combate o conflicto.

Las zonas que pueden ser consideradas ambiente geográfico van desde junglas hasta zonas urbanas, donde se concentra la mayoría de la actividad económica o la población. Por ello, el conocimiento del terreno, la naturaleza de la zona y capacidad de adaptación son claves para las guerras híbridas y la práctica de la guerra[40].

37 Rojas Ibáñez. "El papel de las tácticas irregulares en las guerras hibridas: la intervención en Afganistán por parte de Estados Unidos", cit.

38 Ídem.

39 Roveda. "Estructura y capacidades de un sistema de inteligencia *táctico* en un contexto de guerra híbrida", cit.

40 Para profundizar, véase: Paola Alexandra Sierra-Zamora, Tania Lucía Fonseca Ortiz y Julián Andrés Sánchez Tarazona. "Análisis de la hidroestrategia y el derecho humano al agua en Colombia", *Revista Científica General José María Córdova*, vol. 20, n.° 37, 2022, pp. 25 a 43, disponible en [https://revistacientificaesmic.com/index.php/esmic/article/view/811].

F. Inteligencia

La inteligencia se encuentra estrechamente ligada a la seguridad, defensa y ataque, por lo que resulta de importancia en la guerra híbrida y cualquier otro conflicto. Específicamente en la guerra híbrida, tal como afirma Rojas[41], la inteligencia permite propinar golpes decisivos que permiten disminuir el riesgo de ser visibles ante el enemigo.

La inteligencia como tal, consiste en el uso de tecnologías y otros medios para interceptar y recolectar información y preparar operaciones y estrategias con base en ello. Por ello, según Luque[42], los servicios de inteligencia de los Estados tienen que estudiar con cuidado y preocupación los fenómenos pertinentes para detener el avance de los mensajes de odio, actuando de manera coordinada y colaborando con distintas operadoras de servicio. La información que se rastrea principalmente es de carácter político, económica y/o estratégica.

Como afirma Roveda[43], la inteligencia debe alimentar el razonamiento de los encargados de tomar decisiones a nivel táctico y nivel estratégico-ofensivo, por lo que el planear y ejecutar la recolección de datos e información se complejiza. También, se destaca la inteligencia humana que es de principal importancia comprender su naturaleza y establecer una aproximación a las intenciones. Siguiendo a Luque[44], los Estados atacantes se ven motivado por esta actividad para: a) despojar de la propiedad intelectual e inteligencia acerca de capacidades militares al Estado atacado; b) negar el uso de los canales de comunicación en el ciberespacio al Estado atacado; c) conocer las vulnerabilidades del Estado atacado y utilizarlas en su contra; y d) obtener información de los planes militares del Estado atacados.

41 Rojas Ibáñez. "El papel de las *tácticas irregulares* en las guerras hibridas: la intervención en Afganistán por parte de Estados Unidos", cit.

42 José María Luque Juárez. "Los nuevos conflictos bélicos del siglo xxi: las amenazas híbridas" (tesis de doctorado), Murcia, Universidad Católica de Murcia, 2019, disponible en [http://repositorio.ucam.edu/bitstream/handle/10952/4239/Tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y].

43 Roveda. "Estructura y capacidades de un sistema de inteligencia *táctico* en un contexto de guerra híbrida", cit.

44 Luque Juárez. "Los nuevos conflictos bélicos del siglo xxi: las amenazas híbridas", cit.

G. Tácticas de empleo y medios

Las tácticas de empleo y medios de la guerra híbrida son herramientas convencionales y no convencionales mediante las cuales las partes consiguen sus objetivos. Según Rojas[45], las tácticas irregulares son empleadas principalmente por grupos insurgentes que tienen una asimetría de poderes significativa en comparación con sus contendores. Dichas tácticas son influenciadas por el contexto y buscar evitar una confrontación directa y solventar las desventajas estructurales que se determinan por las capacidades bélicas y militares de un enemigo poderoso.

El uso de las capacidades por parte de los adversarios en el conflicto híbrido será explotado y sobrepasado, según Roveda[46], con el fin de dominar y lograr golpes contundentes que en algunos casos se encuentran de una determinada "zona gris" del conflicto donde colinda el estatus de ilegalidad y legalidad del accionar de las partes.

H. Operaciones de información

Según considera Rojas[47], en la actualidad el uso de tecnologías de información es un método de lucha efectivo en la guerra híbrida a pesar de no ser el único para efectuar la lucha, teniendo en cuenta que se adaptarán tecnologías de la información e innovación y redes organizaciones para cumplir el objetivo de neutralizar al oponente.

Las operaciones de información son clave e inciden de gran manera en la tarea de inteligencia en cualquier nivel de guerra porque, tal como afirma Roveda[48], es a través de ella que se encontrará, recopilará, estudiará y empleará la información. De esta forma, el curso que tome la guerra dependerá de cómo se utilice esta información en el nivel táctico, estratégico y ofensivo y si los métodos serán convencionales o irregulares.

45 Rojas Ibáñez. "El papel de las *tácticas irregulares* en las guerras hibridas: la intervención en Afganistán por parte de Estados Unidos", cit.

46 Roveda. "Estructura y capacidades de un sistema de inteligencia *táctico* en un contexto de guerra híbrida", cit.

47 Rojas Ibáñez. "El papel de las *tácticas irregulares* en las guerras hibridas: la intervención en Afganistán por parte de Estados Unidos", cit.

48 Roveda. "Estructura y capacidades de un sistema de inteligencia *táctico* en un contexto de guerra híbrida", cit.

Por consiguiente, la condición evolutiva de la guerra híbrida y sus características deben ser comprendidas por todas las personas para que la toma de decisiones en el momento del conflicto sea efectiva. Los procedimientos tácticos y ofensivo-estratégicos transversales y el sistema de inteligencia, serán claves para la obtención y manipulación de información y posteriormente acotar la incertidumbre en traen consigo los conflictos híbridos por su volatilidad y ambigüedad.

III. ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Los derechos humanos y el derecho internacional humanitario están orientados a proteger a los seres humanos, y su vigencia e importancia les recuerda a las personas que no se debe permitir ningún retroceso al respecto, puesto que se han desarrollado como garantías para los indivíduos, por esto es el regulador de los medios y métodos en que juridicamente están habilitados ciertos elementos para que sucedan esos conflictos.

Los derechos humanos son los principios sobre los que se sustentan las sociedades que son gobernadas por los modelos del Estado de derecho y la democracia que, según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidos para los Derechos Humanos[49], reconocieron su importancia a nivel internacional después de la Segunda Guerra Mundial. De esta manera, según la Organización de las Naciones Unidas, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, considerando que la libertad, justicia y paz tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos inalienables e iguales de las personas, que el desconocimiento y menosprecio de los derechos humanos han generado hechos atroces, y el carácter esencial de promover relaciones amistosas entre Estados, entre otros aspectos, se proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos en la resolución 217 A (III) como el ideal de los pueblos. En esta, tal como

49 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Derechos humanos (manual para parlamentarios n.° 26)*, Unión Interparlamentaria, 2016, disponible en [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HandbookParliamentarians_SP.pdf].

afirma Nicoletti[50], no se busca solo enumerar los derechos que cada ser humano posee, sino también de diseñar un modelo que inspire a las naciones para la defensa de los derechos humanos.

De esta manera, según la Organización de las Naciones Unidas[51], los derechos humanos son derechos inherentes a todas las personas, sin distinción por su sexo, nacionalidad, etnia, lengua, religión, raza o cualquier otra condición. Además, establecen una obligación a los gobiernos de abstenerse o actuar concretamente frente a ciertas acciones que promuevan y protejan los derechos humanos y las libertades de los individuos. Sobre su naturaleza, según Carpizo[52] existen dos perspectivas principales: a) los derechos humanos son los que otorga el Estado jurídicamente; y b) los derechos humanos son reconocidos por el Estado y los garantiza en cierta medida.

De acuerdo con Carpizo[53], la noción de derechos humanos corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado y sus instituciones, y su reconocimiento no dependen de un gobierno o persona, sino que son inherentes y por ende derivan el Estado de derecho, la universalidad, la historicidad, el aspecto protector, la transnacionalidad, irreversibilidad y eficacia directa.

Según Carpizo[54], el Estado de derecho refiere que el poder no puede ejercerse lícitamente de cualquier manera sino que debe ejecutarse a favor de los derechos de la persona, por lo que se comprende la restricción al ejercicio del poder y el conjunto de reglas que se definen en el poder y lo subordinan a los derechos y características propias a la dignidad humana; la universalidad, según Nikken[55], declara que

50 Javier Augusto Nicoletti. "Accionar en sociedad: los derechos humanos", *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, n.° 33, 2007, pp. 1 a 16, disponible en [https://www.redalyc.org/pdf/4959/495950226004.pdf].

51 Naciones Unidas. "Derechos humanos", disponible en [https://www.un.org/es/global-issues/human-rights].

52 Jorge Carpizo. "Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características", *Cuestiones Constitucionales*, n.° 25, 2011, pp. 3 a 29, disponible en [https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5965].

53 Ídem.

54 Ídem.

55 Pedro Nikken. "El concepto de derechos humanos", en iidh (ed.). *Estudios básicos de derechos humanos*, San José, iidh, 1994, pp. 15 a 37, disponible en [http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-concepto-de-derechos-humanos.pdf].

todos los seres humanos son titulares de los derechos humanos y no pueden ser menospreciados por gobiernos y partidos; la historicidad se refiere, según Carpizo[56], a: a) la evolución de la civilización; b) nuevos problemas, necesidades y retos; y c) el contexto social y cultural del país, lo que quiere decir que el reconocimiento de los derechos humanos es resultado de la evolución de la civilización y la historia universal, en la medida en que surge la necesidad de proteger necesidades que antes no existían o consideraban valiosas, y el contexto que permite identificar la realidad de las personas y la nación para tener un margen de decisión y acción propio.

Siaguiendo a Carpizo[57], el aspecto protector ampara a toda persona humana que pueda llegar a necesitarlo e incluso a la comunidad nacional, sociológica y políticamente a la nación; la transnacionalidad tal como afirma Nikken[58], reafirma que los derechos humanos son inherentes a la persona y estos no dependen de la nacionalidad que esta posea o del territorio en donde se encuentre, por lo que se han creado normas e instrumentos internacionales relativos a ellos; la irreversibilidad, según afirma Nikken[59], explica que una vez el derecho es reconocido ya queda definitiva e irrevocablemente integrado a la persona y debe ser respetado y garantizada por todos debido a que la dignidad humana no admite relativismos y siempre debe ser progresivo; y finalmente, la eficacia directa, según Carpizo[60], significa que los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales ratificados por el país son vinculantes y de obligatorio cumplimiento para todos los poderes públicos, autoridades, grupos y personas.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos[61], los define de la siguiente manera:

56 Carpizo. "Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características", cit.

57 Ídem.

58 Nikken. "El concepto de derechos humanos", cit.

59 Ídem.

60 Carpizo. "Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características", cit.

61 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *¿Qué son los derechos humanos?*, s. f., disponible en [https://www.un.org/es/global-issues/human-rights].

> Los derechos humanos son los derechos que tenemos básicamente por existir como seres humanos; no están garantizados por ningún Estado. Estos derechos universales son inherentes a todos nosotros, con independencia de la nacionalidad, género, origen étnico o nacional, color, religión, idioma o cualquier otra condición. Varían desde los más fundamentales -el derecho a la vida- hasta los que dan valor a nuestra vida, como los derechos a la alimentación, a la educación, al trabajo, a la salud y a la libertad.

Así, los derechos humanos, su reconocimiento y protección a nivel internacional representan la valorización ética y jurídica del ser humano. Los atributos de dignidad de la persona humana en el plano moral y legal es la mayor conquista histórica de las personas. Sin embargo, a pesar de considerar varios aspectos y tener un alto grado de reconocimiento a nivel nacional e internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás instrumentos no fueron suficientes considerando los escenarios de conflicto, graves violaciones, emergencias humanitarias y otras situaciones excepcionales para la protección de la dignidad de los seres humanos. Sin embargo, se permite inferir que la atención que se le da a otro de los grandes grupos de derechos como los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales -DESCA- quedan a la deriva de que se puedan sostener bajo el cubrimiento de los derechos humanos[62], generando un diálogo que más bien pretende se judicial en el ejercicio que faculta al juez que compone ese órgano jurisdiccional internacional pero que no implica la inflexión necesaria para la "justiciabilidad", que al final es la que se busca con la regulación antes mencionada. De ahí, entonces que el desafío de los DESCA sea otro, y se puede ver fácilmente ejemplizado en el caso colombiano[63].

62 Patricia Herrera Kit y Stephanie Taylor. "El Sistema Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario: ¿una nueva etapa en la actuación en materia de derechos humanos en Colombia?, Ópera, n.° 12, 2012, pp. 65 a 86, disponible en [https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/opera/article/view/3650].

63 Tania Lucía Fonseca Ortiz y Paola Alexandra Sierra-Zamora. "El desafío de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el posacuerdo colombiano", *Via Inveniendi Et Iudicandi*, vol. 17, n.° 1, 2022, pp. 149 a 174, disponible en [https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/7745].

Frente a los conflictos armados, la comunidad internacional actúa en dos sentidos: a) prohibiendo el uso de la fuerza y la agresión a menos que se ejerza individual o colectivamente en legítima defensa; y b) una vez iniciadas las hostilidades, aplicando el Derecho Internacional Humanitario -DIH- o el Derecho de los Conflictos Armados -DICA-, de manera obligatoria a todas sus partes, dado que, de acuerdo con la Cruz Roja Española:

> El Derecho de los Conflictos Armados (DICA) comprende el conjunto de normas internacionales e internas que tienen por objeto limitar los medios y métodos de guerra y proteger a las víctimas de los conflictos armados. Debe ser considerado como código de conducta y de comportamiento para las Fuerzas Armadas[64].

De este modo, es posible entender que el DICA regula las relaciones entre las distintas partes en conflicto, a través de acuerdos firmados entre Estados, el derecho consuetudinario y los principios generales del derecho. El Comité Internacional de la Cruz Roja[65], afirma que se aplica en situaciones de conflicto armado y tiene origen en normas antiguas que dictaban algunas civilizaciones y religiones. El DIH se basa en las costumbres, y de manera progresiva hizo su aparición en tratados bilaterales y en reglamentos que los Estados daban a sus tropas con el fin de limitar los efectos de la guerra. El DIH evolucionó y surgieron diversos instrumentos internacionales que formalizarían las normas que lo componen.

En este sentido, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los protocolos adicionales de 1977 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados contienen la esencia del DIH, según el CICR[66], en complementariedad con otros textos que prohíben el uso de ciertas armas o hacen hincapié en la protección de ciertas personas

64 Cruz Roja Española. *El derecho de los conflictos armados: conocimientos básicos y reglas de comportamiento*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2006, disponible en [http://www.cruzroja.es/pls/portal30/docs/PAGE/DIH/MINISTERIO_DEFENSA/DICA1.PDF].

65 Comité Internacional de la Cruz Roja. "¿Cuál es el origen del derecho internacional humanitario?", enero de 2004, disponible en [https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdljk.htm].

66 Ídem.

o bienes, entre los cuales se encuentran la Convención de La Haya de 1954, la Convención de 1980 acerca de ciertas armas convencionales y sus cinco protocolos adicionales, la Convención de 1993 sobre armas químicas, y otros. Dicha protección, de acuerdo con el Comité Internacional de la Cruz Roja[67], está dirigida a la vida e integridad física y moral de las personas que no hacen parte de las hostilidades (civiles, médicos, religiosos) y personas que ya no participan en estas (combatientes heridos o enfermos, náufragos, prisioneros de guerra).

El derecho internacional humanitario posee principios que se comportan como parámetros abiertos establecidos consuetudinariamente y que constituyen el mínimo de humanidad que debe ser considerado en todo tiempo, circunstancia y lugar. De acuerdo con Bernal y Moya[68], los principios son:

a. *Principio de humanidad*, busca proteger la dignidad humana y limitar el sufrimiento en el desarrollo de un conflicto armado no internacional o conflicto armado internacional con carácter extensivo a Estados suscritos o no, a algún tipo de convenio ya que se inclina no herir de la manera menos grave posible.

b. *Principio de distinción*, se encarga de extremar las medidas para que las operaciones que se realicen en el conflicto armado, ya sea este internacional o no internacional, no afecten a las personas y/o bienes que no hacen parte de las hostilidades.

c. *Principio de limitación*, restringe los medios y métodos de ataque empleado por los combatientes en el desarrollo del conflicto armado, con el fin de disminuir las consecuencias del ataque y que este no sobrepase los límites necesarios.

d. *Principio de proporcionalidad*, se aplica para causar el daño menos posible al adversario, pero con el compromiso de lograr la efectivi-

67 Cruz Roja Española. *El derecho de los conflictos armados: conocimientos básicos y reglas de comportamiento*, cit.

68 Carlos Andrés Bernal Castro y Manuel Fernando Moya Vargas. "Principios del derecho internacional humanitario (dih)", en Carlos Andrés Bernal Castro (ed.). *Derecho internacional humanitario en el conflicto armado colombiano*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2018, pp. 153 a 214.

dad necesaria para alcanzar un objetivo o posición determinada, por lo que debe haber proporción en el uso de los medios y métodos.

e. *Principio de necesidad*, vital en una operación militar por lo que determina la importancia del ataque, porque estudia los riesgos que este significaría para la población y los bienes civiles.

Así, en consecuencia, de lo consignado se puede concluir que la importancia de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario es vital para la relación de los Estados y la protección de los seres humanos, puesto que en medio de escenarios de paz y de conflictos armados internacionales y no internacionales deben soportarse en los principios que orientan el DIH con el fin de minimizar los daños que pueden llegar a sufrir los no combatientes y hasta lo mismos combatientes.

IV. EFECTOS DE LA GUERRA HÍBRIDA AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

La guerra, como fenómeno cambiante, ha afectado innumerables veces los derechos humanos y el derecho internacional humanitario de manera negativa. La transformación y reinvención de este fenómeno es con base a las mutaciones de orden político, económico, social, cultural y militar que han sucedido en los territorios como adaptación a las nuevas dinámicas del sistema internacional. Por ello, con el fin de determinar los efectos que tiene la guerra híbrida para los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, se considerarán sus características y las nuevas formas de ejercer violencia en los conflictos armados.

Desde que los Estados comenzaron a abandonar las confrontaciones entre ellos, han cambiado los actores que intervienen, la naturaleza de los objetivos, el tipo de conducción, las formas organizacionales de los elementos intervinientes, el ambiente geográfico, el tipo de inteligencia, las tácticas de empleo y medios, y operaciones de información. En la actualidad, se dispone de una diversidad destructiva más amplia que en el pasado y numerosos pulsos que guían el actual actuar de las fuerzas combatientes y el curso de la guerra.

La intervención de nuevos actores en los conflictos armados reconfigura sustancialmente la manera en que estos se emprenden y tie-

ne efectos en los derechos humanos, debido a que no existe en todos los casos un personaje al cual atribuirle la obligación de abstenerse o actuar frente a ciertas acciones para promover los derechos humanos y su protección. Además, no es posible que se garantice una progresividad y dignidad humana sin relativismos.

Los efectos en el derecho internacional humanitario son distintos debido a que, por sus características, existen varios actores que no están suscritos a ningún tipo de convenio o tratado que les comprometa a proteger de manera mínima la humanidad en cuanto a sus medios o modos, estrategias, proporcionalidad, necesidad y otros. Tampoco hay algún tipo de relación con los actores tradicionales que permita establecer actividades consuetudinarias. Por ello, hay una gran violación a las normas legales y morales que reconoce el sistema internacional y los demás Estados. Clapham[69], afirma que el incumplimiento de las normas que rigen la conducción de hostilidades, de los derechos humanos o de la dificultad de su exigencia frente a los grupos insurgentes no significa que sean obsoletas o inaplicables, sino que se debe cuestionar un poco más a la comunidad internacional en cuanto a las actividades a liderar para tu cumplimiento.

La naturaleza de los objetivos ha cambiado y ya no se trata de imponer la voluntad propia sobre la del adversario, sino que busca tener un mayor provecho de él a través de sus vulnerabilidades que desestabilicen la sociedad y creen escenarios ambiguos que dificulten la toma de decisiones. Los efectos sobre los derechos humanos han sido principalmente en este ámbito porque los afectados directos de los escenarios inestables y ambiguos en la toma de decisiones son las personas, debido a la incapacidad del Estado para enfrentar los nuevos problemas, necesidades y retos. Por ende, tienen más posibilidades de peligrar los atributos de la dignidad humana que le revisten.

Por otro lado, en el derecho internacional humanitario, aunque en cierta medida se puede limitar el sufrimiento físico en el desarrollo del conflicto armado, se pueden generar daños que afecten la dignidad humana, con un gran impacto que pueden sobrepasar los límites necesarios y que perjudiquen incluso a personas no combatientes. Según

69 Andrew Clapham. "Human rights obligations of non-state actors in conflict situations", *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n.° 863, 2006, pp. 491 a 523, disponible en [https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/irrc_863_clapham.pdf].

Guindo y Martínez-Valera[70], los actores definen sus objetivos estratégicos y operaciones sin restricción alguna que tienen numerosas implicaciones legales y asimétricas en la guerra que terminan afectando de manera desmedida a los combatientes, no combatientes y bienes protegidos.

El tipo de conducción que se despliega en las guerras híbridas es multimodal y multidimensional, pueden llevarse a cabo por diferentes sujetos que se encuentran separados o por uno mismo que son dirigidos operacional y tácticamente. Los efectos sobre los derechos humanos recaen en que siguen tendencias volátiles y con distintos desafíos que pueden tener repercusiones en las personas al depender de un actor sin comprender restricción alguna al ejercicio del poder. En el derecho internacional humanitario los efectos son principalmente repercusiones graves sobre las personas y bienes protegidos en el desarrollo del conflicto, ya que se ejecutan acciones que tienen repercusiones graves y no son aceptadas culturalmente o practicadas por sus pares en estos escenarios, logrando que las actividades vitales del área geográfica u otras acciones se vean afectadas. Según Vité[71], estas dependerán en todo caso de la configuración de las partes beligerantes puesto que, al tener un espectro tan amplio y distintos frentes, la conducción y el grado de inseguridad y violencia depende de los grupos.

El ambiente geográfico es el espacio en el que se llevan las hostilidades. Considerando que en la guerra híbrida se llevan a cabo procedimientos regulares e irregulares, los efectos sobre los derechos humanos precisamente son que, en gran medida, los afectados principalmente sean los no combatientes y que la complejidad de las acciones termine por afectar la vida, libertad y demás derechos fundamentales de las personas. En el derecho internacional humanitario el principal efecto es que, al no tener una zona de conflicto determinada,

70 Miguel García Guindo y Gabriel Martínez-Valera González. *La guerra híbrida: nociones preliminares y su repercusión en el planeamiento de los países y organizaciones occidentales. Documento de trabajo 02/2015*, Granada, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2015, disponible en [http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_trabajo/2015/DIEEET02-2015_La_Guerra_Hibrida_GUindo_Mtz_Glez.pdf].

71 Sylvain Vité. "Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales", *International Review of the Red Cross*, n.° 873, 2009, pp. 39 a 66, disponible en [https://international-review.icrc.org/sites/default/files/art._vite_final.pdf].

la concentración de los atacantes es diversa y los no combatientes están en permanente riesgo por la concentración que los adversarios decidan tener y por la nula distinción que puede existir entre los combatientes y no combatientes al momento de realizar ataques.

Según López-Jacoiste[72], una de las principales obligaciones del derecho internacional humanitario, convencional y consuetudinario es distinguir en todo momento entre combatientes y población civil y entre bienes de carácter civil y objetivos militares, sean estos ofensivos o defensivos y, según el Comité Internacional de la Cruz Roja[73], el Reglamento de la Haya de 1954, aunque no especifica tal distinción, afirma que no se deben atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, edificios o habitaciones.

La inteligencia y las operaciones de información están ligadas a la seguridad, defensa y ataque. Por ello, la repercusión que esta puede tener en los derechos humanos consta en la manera en que se recolecta la información y se preparan las operaciones o estrategias, puesto que puede vulnerar derechos a la privacidad y desestabilizar al Estado atacado de tal manera en que todas las acciones ejecutadas afectarían principalmente a los no combatientes por la inestabilidad que estos pueden lograr. Los efectos en el derecho internacional humanitario son principalmente que las acciones de inteligencia no distinguen entre las partes del conflicto y afecta a quienes no hacen parte del mismo, no son proporcionales ni considera el nivel de afección a la población y bienes protegidos. Según Vázquez[74], la inteligencia es una herramienta que motiva a los beligerantes para actuar con un enfoque diferente en el que disuaden, previenen, intervienen, e incluso, interfieren en actividades del enemigo antes de que pueda alcanzar una superioridad, sin importar quienes serán los afectados o qué tipo de información se compartirá. Lo importante es obtener una ventaja ante una amenaza.

72 Eugenia López-Jacoiste Díaz. *Las guerras híbridas ya la luz del derecho internacional. Documento de trabajo 03/2015*, Madrid, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2015, disponible en [http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_trabajo/2015/DIEEET03-2015_GuerrasHibridas_DchoInternac_LopezJacoiste.pdf].

73 Cruz Roja Española. *El derecho de los conflictos armados: conocimientos básicos y reglas de comportamiento*, cit.

74 Francisco Martínez Vázquez. "La inteligencia en los conflictos híbridos", en Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional. *El enfoque multidisciplinar en los conflictos híbridos*, Madrid, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2012, pp. 65 a 70.

Por último, las tácticas de empleo y medios suelen ser convencionales y no convencionales. En términos de derechos humano, tienen efectos negativos sobre los seres humanos debido a que las no convencionales usan la fuerza de manera desproporcionada y la agresión que se ejerce vulnera un sinnúmero de derechos que van desde el derecho a la vida hasta el derecho a la alimentación, porque se logran golpes contundentes que rozan entre lo legal e ilegal. En el derecho internacional humanitario las tácticas de empleo y medios están relacionadas con varios principios como el de limitación, proporcionalidad y necesidad debido a que en ellas estas interactúan. Con la integración de tácticas no convencionales, el daño ocasionado a los no combatientes y a los bienes protegidos es mayor porque no existe distinción ni restricción en el desarrollo del conflicto armado. Afirma López-Jacoiste[75] que al llevar a cabo ataques indiscriminados que: no están dirigidos a un objetivo militar concreto, medios y métodos que no están permitidos para dirigirse a objetivos militares concretos, o un ataque con efecto que alcance indistintamente a cualquier persona o bien es sumamente riesgoso para todos, combatientes y no combatientes.

Las guerras híbridas incorporan diferentes formas de hacer la guerra, incluyendo la convencional, irregular, terrorista, violencia indiscriminada y coacción, sin dejar de ser conflictos armados puesto que estos no dependen de cómo los definen las partes o del nivel de intensidad[76]. Del mismo modo, las normas del derecho internacional humanitario rigen con independencia de que exista o no una declaración de manera formal de guerra y los derechos humanos están de manera inherente en el ser humano desde el momento en el que nace. Así, los principales retos a los que se enfrentan los derechos humanos y el derecho internacional humanitario[77] son: transmutación y legitimidad

75 López-Jacoiste Díaz. *Las guerras híbridas ya la luz del derecho internacional*, cit.

76 Tania Lucía Fonseca Ortiz, Darío Enrique Cortes Castillo y Andrés Felipe Cardona Orozco. "La guerra híbrida e irrestricta en un ámbito de seguridad multidimensional en el posacuerdo en Colombia", *Logos Ciencia & Tecnología*, vol. 14, n.° 2, 2022, pp. 158 a 171, disponible en [https://revistalogos.policia.edu.co:8443/index.php/rlct/article/view/1607].

77 Paola Alexandra Sierra-Zamora, Tania Lucía Fonseca Ortiz y Andrés Eduardo Fernández Osorio. "Jus ad bellum, jus in bello, jus ex bello y jus post bellum", en Carlos Alberto Ardila Castro, Paola Alexandra Sierra-Zamora y David Whetham (eds.). Ética militar y *Fuerza* Pública *en Colombia. Volumen 1: ética militar y fundamentación profesional:*

de la condición de actores bélicos, la manipulación de las diferencias, la nueva esclavitud, víctimas de la guerra, crímenes contra niños y niñas, y la destrucción del tejido cultural y daños al ecosistema; puesto que en los conflictos híbridos estos grupos acceden al poder a través de la violencia, profundizan las diferencias entre la población, utilizan prisiones para trabajo forzoso, tienen como víctimas principalmente a la sociedad civil, se realiza reclutamiento de menores para perpetuar los conflictos, y se saquean y explotan recursos naturales, entre otros.

Los efectos de la guerra híbrida para los derechos humanos y el derecho internacional humanitario son múltiples y el sistema internacional y sus instrumentos deben evolucionar para incluir y considerar nuevos aspectos y retos que puedan ser considerados para ofrecer mayores garantías a los combatientes y no combatientes.

CONCLUSIONES

El mundo ha evidenciado grandes transformaciones económicas, políticas, sociales, culturales y militares que han afectado el orden mundial y han generado nuevos paradigmas. En la actualidad se ha modificado la manera en la que se hace la guerra y en la que se materializa, pues los medios, modos y fines para sostener las hostilidades sin que se utilicen los medios convencionales de guerra, como el empleo y uso de armas de fuego tradicionales para el enfrentamiento directo y físico, sino que se pueden disponer de medios indirectos que con un impacto igual o incluso mayor sobre los intereses de los actores. De este modo, por el estilo de lucha propio de la guerra hibridad y sus características se han logrado desplegar actividades inicialmente a través de los medios que le han sido brindados por la globalización y las nuevas tecnologías que se distinguen por la combinación de acciones convencionales y no convencionales.

La guerra híbrida como nueva forma de conflicto, posee unas características propias que la distinguen de cualquier otra, tales como: qué tipo de actores intervienen, la naturaleza de los objetivos, el tipo de conducción, las formas organizacionales de los elementos intervinientes, el ambiente geográfico, la inteligencia, las tácticas de em-

evolución, conceptos y principios, Bogotá, Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova", 2021, pp. 25 a 48, disponible en [https://librosesmic.com/index.php/editorial/catalog/download/80/71/1756?inline=1].

pleo y medios, y las operaciones de información. Los procedimientos tácticos y ofensivo-estratégicos son transversales y la comprensión de estos elementos será determinante para aminorar la percepción de incertidumbre en la que se encuentran los combatientes al momento del enfrentamiento, en especial el Estado, que suele estar sujeto a la ambigüedad y volatilidad de los conflictos híbridos.

De este modo, la afectación que los derechos humanos y el derecho internacional humanitario han tenido son significativas, puesto que están orientados a proteger a los seres humanos sin que de esto dependa alguna persona o entidad. Los derechos humanos corresponden a la afirmación de la dignidad de la persona frente a las instituciones y al Estado y se caracterizan por ser inherentes a la persona, ser universales, históricos, ofrecer protección, transnacionales, irreversibles y eficaces. Por su lado, el derecho internacional humanitario regula las relaciones entre las distintas partes del conflicto y está dirigido a proteger la vida e integridad física y moran de las personas que no hacen parte de las hostilidades y personas que por alguna razón ya no participan en ellas, con base en el principio de humanidad, distinción, limitación, proporcionalidad y necesidad. El desconocimiento y menosprecio de estos derechos genera actos atroces.

Desde que las dinámicas de la guerra cambiaron, los efectos que estas tienen sobre los derechos humanos y el derecho internacional humanitario lo han hecho también. Los efectos que esto tiene en los derechos humanos van desde no identificar un actor al cual atribuirle la responsabilidad de sus actos y la obligación de promover y proteger los derechos humanos hasta llevar a cabo procedimientos irregulares o regulares que pueden afectar a toda la población; y en el derecho internacional humanitario, los efectos van desde repercusiones graves sobre personas protegidas, bienes protegidos y no combatientes, hasta el comportamiento equivocado por parte de las partes por desconocimiento y falta de compromiso con los instrumentos internacionales.

De este modo, los retos a los que se enfrentan los derechos humanos y el derecho internacional humanitario son múltiples y por tanto se espera que los instrumentos que los rigen evolucionen para incluir y considerar nuevos aspectos y retos que en futuras ocasiones puedan mayores garantías a los combatientes y no combatientes.

BIBLIOGRAFÍA

Argumosa Pila, Jesús. *Informe Cátedra de Estudios Estratégicos. El discurso de la guerra híbrida*, Madrid, Instituto Europeo de Estudios Internacionales, 2019, disponible en [https://www.ieeiweb.eu/wp-content/uploads/2019/01/informe-catedra-estudios-estrategicos-enero-2019.pdf].

Bartolomé, Mariano. "Amenazas y conflictos híbridos: características distintivas, evolución en el tiempo y manifestaciones preponderantes", *urvio, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, n.° 25, 2019, pp. 8 a 23, disponible en [https://revistas.flacsoandes.edu.ec/urvio/article/view/4249].

Bernal Castro, Carlos Andrés y Manuel Fernando Moya Vargas. "Principios del derecho internacional humanitario (dih)", en Carlos Andrés Bernal Castro (ed.). *Derecho internacional humanitario en el conflicto armado colombiano*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2018, pp. 153 a 214.

Blin, Arnaud. "Grupos armados y conflictos intraestatales: ¿el inicio de una nueva era?", *International Review of the Red Cross*, n.° 882, 2011, pp. 1 a 26, disponible en [https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irrc-882-blin_0.pdf].

Calduch Cervera, Rafael. "Los aspectos culturales", en Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional. *El enfoque multidisciplinar en los conflictos híbridos*, Madrid, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2012, pp. 93 a 112.

Carpizo, Jorge. "Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características", *Cuestiones Constitucionales*, n.° 25, 2011, pp. 3 a 29, disponible en [https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5965].

Clapham, Andrew. "Human rights obligations of non-state actors in conflict situations", *International Review of the Red Cross*, vol. 88, n.° 863, 2006, pp. 491 a 523, disponible en [https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/irrc_863_clapham.pdf].

Colom Piella, Guillem. "Guerras híbridas. Cuando el contexto lo es todo", *Ejército: de tierra español*, n.° 927, 2018, pp. 38 a 44, disponible en [https://www.ugr.es/~gesi/Guerras-hibridas.pdf].

Comité Internacional de la Cruz Roja. "¿Cuál es el origen del derecho internacional humanitario?", enero de 2004, disponible en [https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdljk.htm].

Comité Internacional de la Cruz Roja. "¿Qué es el Derecho Internacional Humanitario?", julio de 2004, disponible en [https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/dih.es.pdf].

Cruz Roja Española. *El derecho de los conflictos armados: conocimientos básicos y reglas de comportamiento*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2006, disponible en [http://www.cruzroja.es/pls/portal30/docs/page/dih/ministerio_defensa/dica1.pdf].

Cullen, Patrick J. y Erik Reichborn-Kjennerud. *mcdc Countering Hybrid Warfare Project: understanding hybrid warfare*, mcdc, enero de 2017, disponible en [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/647776/dar_mcdc_hybrid_warfare.pdf].

Davis, John R. "Cómo derrotar las futuras amenazas híbridas", *Military Review, Hispanoamérica*, t. lxviii, n.° 6, 2013, pp. 13 a 24, disponible en [https://www.armyupress.army.mil/Portals/7/military-review/Archives/Spanish/MilitaryReview_20131231_art005spa.pdf].

de Carlos Izquierdo, Javier. "La amenaza híbrida en la guerra naval", *Revista General de Marina*, vol. 277, n.° 3, 2019, pp. 529 a 539, disponible en [https://armada.defensa.gob.es/archivo/rgm/2019/10/rgmoct2019cap07.pdf].

del Pozo García, Fernando. "La guerra híbrida", Madrid, Academia de las Ciencias y las Artes Militares, s. f., disponible en [https://www.acami.es/publicacion/la-guerra-hibrida/].

Esteban López, Antonio. "Amenazas híbridas internas. Mecanismos de hibridación de los movimientos subversivos" (tesis de maestría), Madrid, Universidad Antonio de Nebrija, 2018.

Fonseca Ortiz, Tania Lucía y Paola Alexandra Sierra-Zamora. "El desafío de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el posacuerdo colombiano", *Via Inveniendi Et Iudicandi*, vol. 17, n.° 1, 2022, pp. 149 a 174, disponible en [https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/7745].

Fonseca Ortiz, Tania Lucía; Darío Enrique Cortes Castillo y Andrés Felipe Cardona Orozco. "La guerra híbrida e irrestricta en un ámbito de seguridad multidimensional en el posacuerdo en Colombia", *Logos Ciencia & Tecnología*, vol. 14, n.° 2, 2022, pp. 158 a 171, disponible en [https://revistalogos.policia.edu.co:8443/index.php/rlct/article/view/1607].

Freedman, Lawrence y Tomás Fernández Aúz. *La guerra futura: un estudio sobre el pasado y el presente*, Barcelona, Crítica, 2019.

Galán, Carlos. *Amenazas híbridas: nuevas herramientas para viejas aspiraciones. Documento de trabajo 20/2018*, Madrid, Real Instituto Elcano, 2018, disponible en [https://www.realinstitutoelcano.org/documento-de-trabajo/amenazas-hibridas-nuevas-herramientas-para-viejas-aspiraciones/].

García Guindo, Miguel y Gabriel Martínez-Valera González. *La guerra híbrida: nociones preliminares y su repercusión en el planeamiento de los países y organizaciones occidentales. Documento de trabajo 02/2015*, Granada, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2015, disponible en [http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_trabajo/2015/DIEEET02-2015_La_Guerra_Hibrida_GUindo_Mtz_Glez.pdf].

Gómez González, Ángel Segundo. "Tendencias de evolución de la inteligencia militar", *Documento de Opinión Boletín IEEE*, n.° 35, 2021, disponible en [https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2021/DIEEEO35_2021_ANGGOM_Inteligencia.pdf].

Herrera Kit, Patricia y Stephanie Taylor. "El Sistema Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario: ¿una nueva etapa en la actuación en materia de derechos humanos en Colombia?, Ópera, n.° 12, 2012, pp. 65 a 86, disponible en [https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/opera/article/view/3650].

Hladik, Jean. "La Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y la noción de necesidad militar", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 81, n.° 835, 1999, disponible en [https://international-review.icrc.org/sites/default/files/S1560775500059824a.pdf].

Hoffman, Frank G. *Conflict in the 21st century: the rise of hybrid wars*, Arlington, Potomac Institute for Policy Studies, 2007.

Joes, Anthony James. *Guerrilla warfare: a historical, biographical, and bibliographical sourcebook*, Westport, Conn., Greenwood Press, 1996.

Korykbko, Andrew. *Guerras híbridas: de las revoluciones de colores a los golpes*, São Paulo, Expressão Popular, 2018.

Locatelli, Omar Alberto. "Guerras híbridas, su centro de gravedad y la victoria", *Visión Conjunta*, año 9, n.° 17, 2017, pp. 39 a 46, disponible en [https://www.esgcffaa.edu.ar/pdf/esgcffaa-2016_pdf-46.pdf].

López-Jacoiste Díaz, Eugenia. *Las guerras híbridas ya la luz del derecho internacional. Documento de trabajo 03/2015*, Madrid, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2015, disponible en [http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_trabajo/2015/dieeet03-2015_GuerrasHibridas_DchoInternac_LopezJacoiste.pdf].

Luque Juárez, José María. "Los nuevos conflictos bélicos del siglo xxi: las amenazas híbridas" (tesis de doctorado), Murcia, Universidad Católica de Murcia, 2019, disponible en [http://repositorio.ucam.edu/bitstream/handle/10952/4239/Tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y].

Martínez Vázquez, Francisco. "La inteligencia en los conflictos híbridos", en Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional. *El enfoque multidisciplinar en los conflictos híbridos*, Madrid, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2012, pp. 65 a 70.

Miguel-Gil, Javier. "El tratamiento informativo de la guerra híbrida de Rusia". *urvio. Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, n.° 25, 2019, pp. 108 a 121, disponible en [https://revistas.flacsoandes.edu.ec/urvio/article/view/4006].

Naciones Unidas. "Derechos humanos", disponible en [https://www.un.org/es/global-issues/human-rights].

Naciones Unidas. "La Declaración Universal de Derechos Humanos", disponible en [https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights].

Naciones Unidas. *Protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2011, disponible en [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HR_in_armed_conflict_SP.pdf].

Nicoletti, Javier Augusto. "Accionar en sociedad: los derechos humanos", *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, n.° 33, 2007, pp. 1 a 16, disponible en [https://www.redalyc.org/pdf/4959/495950226004.pdf].

Nikken, Pedro. "El concepto de derechos humanos", en iidh (ed.). *Estudios básicos de derechos humanos*, San José, iidh, 1994, pp. 15 a 37, disponible en [http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-concepto-de-derechos-humanos.pdf].

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Derechos humanos (manual para parlamentarios n.° 26)*, Unión Interparlamentaria, 2016, disponible en [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HandbookParliamentarians_SP.pdf].

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *¿Qué son los derechos humanos?*, s. f., disponible en [https://www.ohchr.org/sp/issues/pages/whatarehumanrights.aspx].

Osorio García, Sergio Néstor. "Conflicto, violencia y paz: un acercamiento científico, filosófico y bioético", *Revista Latinoamericana de Bioética*, vol. 12, n.° 2, ed. 23, 2012, pp. 52 a 69, disponible en [https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/rlbi/article/view/960].

Payá Santos, Claudio Augusto y José María Luque Juárez. "Aproximaciones al concepto de amenazas híbridas", en Carlos Alberto Ardila Castro y Jonnathan Jiménez Reina (eds.). *Convergencia de conceptos: propuestas de solución a las amenazas actuales para la seguridad y defensa de Colombia*, Bogotá, Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto", 2018, pp. 15 a 45, disponible en [https://esdeguelibros.edu.co/index.php/editorial/catalog/download/30/26/461?inline=1].

Rojas Ibáñez, Gustavo Enrique. "El papel de las tácticas irregulares en las guerras hibridas: la intervención en Afganistán por parte de Estados Unidos" (tesis de pregrado), Bogotá, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2017, disponible en [https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/13671].

Roveda, Gabriel Alberto. "Estructura y capacidades de un sistema de inteligencia táctico en un contexto de guerra híbrida" (tesis de licenciatura), Buenos Aires, Instituto de Enseñanza Superior del Ejército, 2012, disponible en [http://190.12.101.91/bitstream/1847939/592/1/tfl%20leo%202012%20R4E4_124.pdf].

Sánchez Herráez, Pedro. "La nueva guerra híbrida: un somero análisis estratégico", *Pre-bie3*, n.° 5, 2014, disponible en [https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2014/dieeea54-2014_NuevaGuerraHibrida_psh.pdf].

Sierra Zamora, Paola Alexandra; Tania Lucía Fonseca Ortiz y Andrés Eduardo Fernández Osorio. "Jus ad bellum, jus in bello, jus ex bello y jus post bellum", en Carlos Alberto Ardila Castro, Paola Alexandra Sierra-Zamora y David Whetham (eds.). Ética militar y Fuerza Pública en Colombia. Volumen 1: ética militar y fundamentación profesional: evolución, conceptos y principios, Bogotá, Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova", 2021, pp. 25 a 48, disponible en [https://librosesmic.com/index.php/editorial/catalog/download/80/71/1756?inline=1].

Sierra Zamora, Paola Alexandra; Tania Lucía Fonseca Ortiz y Julián Andrés Sánchez Tarazona. "Análisis de la hidroestrategia y el derecho humano al agua en Colombia", *Revista Científica General José María Córdova*, vol. 20, n.° 37, 2022, pp. 25 a 43, disponible en [https://revistacientificaesmic.com/index.php/esmic/article/view/811].

Vité, Sylvain. "Tipología de los conflictos armados en el derecho internacional humanitario: conceptos jurídicos y situaciones reales", *International Review of the Red Cross*, n.° 873, 2009, pp. 39 a 66, disponible en [https://international-review.icrc.org/sites/default/files/art._vite_final.pdf].

CAPÍTULO

VIGÉSIMO CUARTO

Control de convencionalidad: criterios jurídicos de la Corte Constitucional de Colombia sobre su aplicabilidad (2000 – 2019)[1]

Luís Alfredo Jiménez Castellanos[2]

Paola Alexandra Sierra-Zamora[3]

1 Capítulo de libro resultado de investigación del proyecto de investigación titulado: "La guerra asimétrica, híbrida e irrestricta: retos, amenazas y desafíos para los Estados, la seguridad y defensa regional", del grupo de investigación Masa Crítica reconocido y categorizado en (A1) por MinCiencias registrado con el código COL0123247, adscrito y financiado por la Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto". Los puntos de vista y los resultados de este artículo pertenecen a los autores y no reflejan necesariamente los de las instituciones participantes.

2 Abogado de la Universidad Libre de Colombia, Especialista en Derecho Procesal Constitucional. Maestrante en Derechos Humanos y Derecho Internacional de los Conflictos Armados de la Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto" (cuarto semestre). Correo [luis-alfredo-jimenez@hotmail.com].

3 Postdoctora Internacional en Derecho y Nuevas Tecnologías por la Mediterránea Internacional Centreo for Human Rights Research. PhD Internacional (cum laude) y Magister en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional de la Universitat de Valéncia, España. Abogada de la Universidad Católica de Colombia. Investigadora Asociada y par evaluador categorizada por Minciencias. Docente Ocasional Investigador de la Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto". Correo [paola.sierraz@esdeg.edu.co] ORCID [https://orcid.org/0000-0002-3146-7418].

INTRODUCCIÓN

Acorde a la evolución historica que ha venido desarrollando la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus decisiones respecto del Control de Convencionalidad -CCV-, se pueden definir unas características generales, entre las cuales se destaca que se debe tener en cuenta no solo el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -CADH- o el *corpus iuris* interamericano, sino también la interpretación efectuada por la Corte IDH como última intérprete de la CADH.

De acuerdo con esta última característica, el control de convencionalidad debe hacerse con base no solo en el texto de la CADH y el *corpus iuris* interamericano, sino también acorde a la jurisprudencia de la Corte IDH, lo que ha sido precisamente la piedra angular de la discusión, como quiera que como se señalará más adelante, nuestro Tribunal Constitucional ha sido enfático en señalar en varias de sus decisiones, que no es juez convencional y que la jurisprudencia emanada de la Corte IDH, es solo un criterio relevante de interpretación, postura a toda luces contraria a lo señalado por la Corte IDH en varias decisiones, entre ellas las de los casos Almonacid Arellano *vs*. Chile, Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs*. Perú, Cabrera García y Montiel Flores *vs*. México y Gelman *vs*. Uruguay.

Por lo anterior, la presente investigación tiene por objeto general determinar los criterios jurídicos que ha asumido la Corte Constitucional de Colombia sobre la aplicabilidad del control de convencionalidad, planteándose tres objetivo específicos, el primero de ellos busca i) analizar en qué consisten el control de convencionalidad, su significado, objeto y finalidad, con el fin de ii) comprender qué relación tienen el control de convencionalidad con el derecho interno colombiano, para finalmente, iii) identificar si la Corte Constitucional de Colombia aplica el control de convencionalidad y de qué forma.

Los objetivos procurarán dar respuesta a la pregunta de investigación respecto de ¿qué criterios jurídicos ha asumido la Corte Constitucional de Colombia sobre la aplicabilidad del control de convencionalidad? Bajo esta dinámica, se analizará en qué consiste el control de convencionalidad, entendiendo su significado, objeto y finalidad, para en seguida indicar sus clases.

Luego, se expondrá la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, de acuerdo con la Constitución colombiana de 1991 y su ingreso efectivo a través del bloque de constitucionalidad. Por úl-

timo, se analizará la recepción de la jurisprudencia de la Corte IDH en el derecho colombiano, y a partir de allí, señalar el desarrollo que ha tenido la figura del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en punto de fuerza vinculante y criterio hermenéutico relevante, para así plantear la doble visión de la Corte Constitucional de Colombia y la resistencia a la aplicación de la figura de control de convencionalidad de acuerdo con los mandatos contenidos en la prolija jurisprudencia de la Corte IDH, para finalmente identificar si la Corte Constitucional de Colombia aplica el control de convencionalidad y de qué forma.

El presente trabajo es el resultado de una investigación de tipo descriptivo, con una metodología cualitativa, que se desarrolló a partir del análisis de los fallos emitidos por la Corte IDH, donde ha desarrollado el control de convencionalidad y la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional, así como a los aportes de los doctrinales nacionales e internacionales. Para el análisis y la sistematización de la información, se elaboraron fichas de análisis documental y jurisprudencial.

I. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, SU SIGNIFICADO, OBJETO Y FINALIDAD

El control de convencionalidad tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo una "institución propia del Sistema Interamericano", cuyo objeto, como lo destaca, es "lograr la efectividad en el goce y ejercicio de los derechos fundamentales a través de la interpretación conforme de las normas internas con las obligaciones que impone la CADH[4]"

A su vez, la finalidad del control de convencionalidad, como lo subraya SAGUES es "asegurar la primacía del orden jurídico internacional de los derechos humanos y edificar un *ius commune* en tal materia, en el área interamericana" [5].

4 CONSTANZA NÚÑEZ DONALD. "Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile" (tesis de licenciatura), Santiago, Universidad de Chile, 2014, disponible en [https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/129769/Control-de-convencionalidad-teor%C3%ADa-y-aplicaci%C3%B3n-en-Chile.pdf?sequence=1&isAllowed=y].

5 NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS. "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", *Estudios Constitucionales*, vol. 8, n.° 1, 2010, disponible en [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82018806005], p. 132.

Por su parte, destaca Henríquez Viñas que la finalidad del control de convencionalidad es:

> Verificar que las normas internas no sean contrarias al objeto y fin de la Convención Americana y la jurisprudencia interamericana. Tal perspectiva daría cuenta de que se trata de un control de compatibilidad, de adecuación, de conformidad, de consistencia entre normas[6].

En todo caso, el control de convencionalidad "es una figura que busca propender por la integración normativa en el marco de la protección de los derechos humanos para todos los Estados parte de la Convención Americana, lo que se ha definido como el *ius común* latinoamericano"[7].

La idea de control de convencionalidad, tiene su primera pincelada a partir del 2003 en el Caso Myrna Mack Chang *vs*. Guatemala a través del voto razonado del magistrado García Ramírez, donde por primera vez se hace alusión al término "control de convencionalidad"[8], pero donde no sufre desarrollo alguno; tan solo en 2006[9], es cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya inicia a desarrollar dicho concepto a partir del Caso Almonacid Arellano y otros *vs*. Chi-

6 Miriam Henríquez Viñas. "La naturaleza del control interno de convencionalidad y su disímil recepción en la jurisprudencia de las cortes chilenas", *Revista Derecho del Estado*, n.° 43, 2019, disponible en [https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/5909], p. 140.

7 Jesús Eduardo Sanabria Moyano y Lina María Bedoya Cerquera. "Control de convencionalidad de la reparación integral en las decisiones del Consejo de Estado colombiano", *Academia & Derecho*, n.° 20, 2020, pp. 193 a 228, disponible en [https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/8049].

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Myrna Mack Chang *vs*. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (fondo, reparaciones y costas), disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf].

9 Elmer Ricardo Rincón Plazas. "¿Cómo funciona el control de convencionalidad?: definición, clasificación, perspectiva y alcances", *Iter Ad Veritatem*, vol. 11, n.° 11, 2013, pp. 197 a 214, disponible en [http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/view/579].

le[10], donde ya no lo denomina, como lo destaca Hitters[11] como una "especie" sino que ya lo califica de manera expresa como "control de convencionalidad".

Es precisamente a partir de este fallo donde se cimenta la responsabilidad internacional del Estado chileno por falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial de Luis Alfredo Almonacid Arellano, así como a la falta de reparación a favor de sus familiares[12], toda vez que en 1978 el Estado chileno había promulgado el Decreto Ley 2191[13], a través del cual se otorgaba amnistía a todas las personas involucradas en hechos delictivos ocurridos entre 1973 y 1978, y que pretendía asegurar la impunidad de los agentes de Estado y con ello evitar la sanción de los autores de estos hechos.

La trascendencia de esta decisión radica precisamente en que se deriva una serie de responsabilidades a los Estados parte, entre ellas aplicar las disposiciones contenidas en la convención utilizando para ello los estándares que por vía de jurisprudencia defina la Corte Interamericana de Derechos Humanos[14].

Ahora bien, conforme a la evolución del control de convencionalidad que por vía jurisprudencial ha efectuado la Corte Interamericana de Derechos Humanos -cidh-, se pueden distinguir, *grosso modo*, cuatro períodos, el primero con ocasión del Caso Almonacid Arellano y otros *vs*. Chile en sentencia del 26 de septiembre de 2006, donde se impone la obligación a los jueces nacionales de los Estados parte, inde-

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros *vs*. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf].

11 Juan Carlos Hitters. "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", *Estudios Constitucionales*, vol. 7, n.° 2, 2009, pp. 109 a 128, disponible en [https://www.redalyc.org/pdf/820/82011841005.pdf].

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros *vs*. Chile, cit.

13 Decreto-Ley 2191 de 18 de abril de 1978, *Diario Oficial*, n.° 30.042, de 19 de abril de 1978, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6849].

14 Sanabria Moyano y Bedoya Cerquera. "Control de convencionalidad de la reparación integral en las decisiones del Consejo de Estado colombiano", cit.

pendiente de su jerarquía o niveles, inaplicar normas expedidas por el poder legislativo que sean violatorias de la Convención Americana de Derechos Humanos, consolidándose de esta manera el deber que recae sobre los jueces de realizar el llamado "control de convencionalidad"[15].

El segundo periodo se presenta casi dos meses después del anterior, con el Caso de los Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs*. Perú[16] donde se dispone que dicho control debe ser aplicado de manera oficiosa[17], pero ya no solo por parte de los jueces, sino que se extiende a todos los órganos que comprenden la rama judicial.

Al respecto, Olano señala:

> ... el control de convencionalidad meses más tarde se ratificó en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro et al.) *vs*. Perú, agregando que *ex officio* (aunque también a petición de Parte), los jueces y, en general, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solamente el control de constitucionalidad, sino también el de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes[18].

El tercer periodo data del 26 de noviembre de 2010 en el Caso Cabrera García y Montiel Flores *vs*. México[19], donde dichos efectos se amplían

15 Sergio Hernando Castillo Galvis. "La Corte Constitucional y el Consejo de Estado frente al control de convencionalidad en el contexto de terminación del conflicto armado en Colombia", *Precedente. Revista Jurídica*, vol. 15, 2019, disponible en [https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/3105], p. 216.

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs*. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf].

17 Mario A. R. Midón. *Control de convencionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 78.

18 Hernán Alejandro Olano García. "Teoría del control de convencionalidad", *Estudios Constitucionales*, vol. 14, n.° 1, 2016, disponible en [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82046567003], p. 66.

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cabrera García y Montiel Flores *vs*. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (excep-

a todas las autoridades públicas que ejercen funciones judiciales. Al respecto vale la pena destacar al profesor Mora, quien resalta:

> De igual forma, la conceptualización del control de convencionalidad ha logrado precisarse de una mejor manera en sentencias como Cabrera García y Montiel Flores *vs*. México, en donde según el profesor Murillo Cruz comentando la jurisprudencia de la Corte Interamericana, "se extiende el ejercicio de armonización y compatibilidad a todas las autoridades judiciales. Es decir, que ya no solo es obligación de los jueces velar por la compatibilidad del derecho interno en relación con el internacional de los derechos humanos, sino que también lo es del resto de autoridades públicas que ejercen funciones judiciales", tales como lo son el Congreso cuando cumple funciones judiciales, la Fiscalía General de la Nación e incluso Tribunales de arbitramento[20].

Y un cuarto periodo, con el Caso Gelman *vs*. Uruguay[21], donde se amplía su aplicabilidad a todas las autoridades públicas o para el caso de Colombia a todas las ramas del poder público, esto es, Ejecutiva, Legislativa y por supuesto Judicial, como bien lo señala el profesor[22].

Por ello, la Corte IDH recordó que las decisiones por ella proferidas obligan a todas las ramas del Estado y a todas las autoridades públicas o estatales de cualquier nivel, y ello incluye a los altos tribunales de justicia. Así mismo, consideró que los fallos de la Corte son definitivos e inapelables y producen efectos de cosa juzgada.

Entonces es claro, que en aplicación del control difuso de convencionalidad todos los órganos de un Estado parte, tienen, *ex officio*, la

---

ción preliminar, fondo, reparaciones y costas), disponible en [http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM1.pdf].

20 Jorge Andrés Mora Méndez. "Hacia la aplicación del control difuso de convencionalidad en Colombia", *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. 40, n.° 40, 2014, disponible en [http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/10], p. 168.

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman *vs*. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones), disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf].

22 Enrique Gil Botero. *Control de convencionalidad en Colombia: una experiencia de diálogo judicial*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2019.

obligación y la responsabilidad de inaplicar una norma inconvencional, y que al encontrar, como indican Cruz Cadena *et al*. "incompatibilidad entre las leyes del ordenamiento jurídico nacional frente a la convención, deberá prevalecer esta última" [23].

Ahora bien, como efecto a la evolución del concepto de control de convencionalidad, han surgido una serie de consecuencias, como lo destaca la Corte idh, entre otras:

> La expulsión del sistema interno de normas contrarias a la Convención (sea vía legislativa o jurisdiccional cuando corresponda); la interpretación de las normas internas de manera que sean armónicas con las obligaciones del Estado; el ajuste de las actuaciones de los órganos ejecutivos y legislativos a las obligaciones internacionales; la modificación de prácticas de los órganos del Estado que puedan ser contrarias a los estándares internacionales a los que se ha comprometido el Estado; entre otras formas de concreción de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos[24].

Pero qué debe entenderse como control de convencionalidad -ccv-. Para el profesor Quinche, es aquella obligación impuesta a los jueces de los Estados parte, quienes no solo deben inaplicar aquellas normas del sistema jurídico interno que sean contrarias a la Convención Americana, sino que deben integrar a sus decisiones la Convención Americana de Derechos Humanos, al respecto señala:

> "Control de convencionalidad", entendido como la obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados partes, de efectuar no solo control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de

23 Katerin Yulieth Cruz Cadena, Sergio Andrés Caballero Palomino, Liseth Vásquez Gualdrón y Mariel Moreno Ortiz. "Alcance del control difuso de convencionalidad en las providencias judiciales en Colombia", *Advocatus*, vol. 17, n.° 34, 2020, pp. 37 a 46, disponible en [https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/advocatus/article/view/6587].

24 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.° 7: Control de Convencionalidad*, San José, C. R., Corte idh, 2021, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7_2021.pdf].

> integrar en el sistema de sus decisiones corrientes, las normas contenidas en la Convención Americana[25].

En punto de lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia de la Corte IDH han destacado que el control de convencionalidad tiene dos clases: un control concentrado y un control difuso, el primero es aquel que realiza directamente la Corte IDH como guardiana de la Convención Americana de Derechos, como lo destaca PARADA, para quien "la Corte IDH es el órgano especializado para hacer salvaguardia e interpretación de la convención americana de derechos humanos, esto a través de su jurisprudencia, opiniones consultivas y demás" [26].

Es decir que el control concentrado[27] es el que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ello se concreta cuando existe incompatibilidad normativa entre el ordenamiento jurídico interno de un país miembro y el texto de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como la interpretación que de esta haga la Corte mediante su jurisprudencia, en cuyo caso se ordena suprimir, derogar o modificar, aquellas disposiciones de derecho interno que sean contrarias a la CADH.

Por su parte, el control difuso se refiere a aquella confrontación normativa que realizan los Estados parte a través de sus agentes, incluidos los jueces de todas las jerarquías y niveles, que supone que los Estados deben realizar un control convencional, es decir, como lo señalan RODRÍGUEZ y TINOCO "que la autoridad contraste si la norma interna que pretende aplicar no resulta contraria o restrictiva"[28] a la

25 MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ. "El control de convencionalidad y el sistema colombiano", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.° 12, 2009, disponible en [https://corteidh.or.cr/tablas/r25586.pdf], p. 163.

26 ANGIE NORAIMA PARADA FIGUEROA. "Aplicación del control de convencionalidad dentro del Estado colombiano" (tesis de grado), Cúcuta, Universidad Libre de Colombia, 2019, disponible en [https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/17799], p. 15.

27 HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ. "Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLV, n.° 135, 2012, pp. 1.167 a 1.220, disponible en [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42724584008].

28 ROBERTO RODRÍGUEZ CASTAÑEDA y TIFFANNY TINOCO SMITH. "Límites al control de convencionalidad difuso", *Nuevo Derecho*, vol. 15, n.° 24,

convención o al tratado, en otras palabras que la norma no resulte inconvencional.

Por su parte, Mora destaca que:

> El control difuso de convencionalidad puede ser definido como la confrontación normativa que hace un juez o autoridad administrativa de un Estado que haya suscrito la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y aceptado la Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como sucede con Colombia, en la que se toma como norma prevalente a los tratados internacionales sobre derechos humanos y las subreglas fijadas en la jurisprudencia proferida por el tribunal interamericano[29].

Como viene de verse, el control de convencionalidad debe ser adelantado[30], bien sea por los jueces o agentes del Estado parte, en cuyo caso será un control difuso, o bien por la Corte Interamericana de Derechos Humanos denominado control concentrado de convencionalidad. Sin embargo, lo significativo es que los órganos de los Estados no se sustraigan al deber de control que les corresponde, esto es "la realización de un examen de compatibilidad entre: 1) las disposiciones normativas y actos internos; y 2) el *corpus iuris* interamericano y la jurisprudencia de la Corte IDH, a efectos de: armonizar, invalidar o inaplicar las primeras[31].

2019, pp. 17 a 36, disponible en [https://revistas.iue.edu.co/index.php/nuevoderecho/article/view/1104].

29 Mora Méndez. "Hacia la aplicación del control difuso de convencionalidad en Colombia", cit., p. 159.

30 Gerardo A. Durango Álvarez y Kennier José Garay Herazo. "El control de constitucionalidad y convencionalidad en Colombia", *Prolegómenos*, vol. 18, n.° 36, 2015, disponible en [https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/936], p. 112.

31 Víctor Hugo Rodas Balderrama. "Aplicación del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano de los derechos humanos", *Revista IIDH*, vol. 64, 2016, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36285.pdf], p. 313.

II. RELACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD CON EL DERECHO INTERNO

Con el fin de poder ahondar en el estudio del control de convencionalidad y su relación con el derecho interno, se debe precisar que si bien la doctrina del control de convencionalidad tiene su origen a partir de la jurisprudencia elaborada de la Corte IDH, su fundamento legal encuentra respaldo en los artículos 1.1, 2 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de lo que se desprende a grandes rasgos, el deber de garantía, respeto, protección y promoción de los derechos humanos por parte de los Estados parte[32], lo cual, a su vez encuentra origen en los principios generales de derecho internacional, esto es, el principio de *pacta sunt servanda* y el principio de buena fe[33].

Así las cosas, el control de convencionalidad, al mismo tiempo de ser uno de los avances más importantes del derecho internacional, que ha servido, como lo señala GONZÁLEZ[34] de puente para facilitar "la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos a los ordenamientos jurídicos nacionales, y al reconocimiento de los jueces como los primeros garantes de los derechos humanos a nivel nacional", logrando también con ello "incrementar la efectividad e influencia del *corpus iuris* interamericano en los sistemas jurídicos nacionales de la región", lo que indiscutiblemente ha implicado una relación inseparable del control de convencionalidad con el derecho interno.

32 CLAUDIO NASH ROJAS. "Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX, 2013, pp. 489 a 509, disponible en [https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/4049].

33 PAULA FRANCO. "Hacia la construcción del control de convencionalidad en Colombia", *Revista de Derecho* Público, n.° 34, 2015, disponible en [https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub505.pdf], p. 5.

34 PABLO GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ. "La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad", *Estudios Constitucionales*, vol. 15, n.° 1, 2017, disponible en [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82052274003], p. 56.

Dicho lo anterior, como lo señalan Camacho Vinueza y Cárdenas Caycedo[35], no se puede desconocer la importancia que paulatinamente ha logrado el derecho internacional de los derechos humanos en los sistemas jurídicos de los Estados parte, en atención a que a través de las decisiones de la Corte IDH se han originado cambios fundamentales en legislaciones internas, inclusive dichos cambios en varias oportunidades han cobijado las constituciones de los Estados; evidenciándose con ello, como lo advierte Cubides, Triana y Martínez que "el futuro del Derecho Internacional es su intromisión dentro del Derecho Nacional, es decir que en algunos años va a existir un Derecho mundial que va a regir principios universales y versará sobre Derechos Humanos"[36], ya que en la medida que el control de convencionalidad va teniendo mayor relevancia en el derecho interno, va generando cambios en las fuentes del derecho, fenómeno del cual tampoco ha sido ajeno el derecho constitucional, y lo que de modo alguno ha resultado pacífico y que por el contrario ha sido de gran interés en el derecho internacional, como lo destacan Díaz Alarcón y Lagos Guadalupe, para quienes:

> La influencia y la presencia cada vez más intensa de todas las áreas del Derecho Internacional en el derecho interno y, particularmente, del Derecho Internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, ha generado un cambio de paradigma en la estructura de fuentes del derecho interno y, especialmente, en el Derecho Constitucional. Este cambio no es reciente, sino que ha venido produciéndose lentamente gracias a la irradiación normativa del Derecho Internacional de los derechos humanos sobre el Derecho Constitucional[37].

35 Daniela Camacho Vinueza y Omar Alfonso Cárdenas Caycedo. "La consolidación de la reparación integral en virtud de la aplicación del control de convencionalidad por el juez contencioso administrativo", *Academia & Derecho*, n.° 19, 2019, disponible en [https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/6008], p. 54.

36 Jaime Alfonso Cubides Cárdenas, Nathalia Chacón Triana y Alfonso Jaime Martinez Lazcano. "El control de convencionalidad (CCV): retos y pugnas. Una explicación taxonómica", *Revista Academia & Derecho*, año 6, n.° 11, 2015, pp. 53 a 94, disponible en [https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/327].

37 Camila Díaz Alarcón y Rodrigo Lagos Guadalupe. "El control de

Por su parte, Fuenzalida[38] enfatiza como el control de convencionalidad ha convalidado la existencia de orden jurídico supranacional, en razón a que los Estados parte de manera voluntaria y soberana han aceptado la CADH y como consecuencia de ello, la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sometiéndolos de esta manera a un *corpus iuris* interamericano vinculante, lo que comprendería no solo al texto de del convenio sino también las decisiones de la Corte IDH.

El control de convencionalidad supone la afirmación de un orden jurídico supranacional) ien destaca como dfuncion te, en cuyo caso será denunciante fue archivado por y junto a ello la existencia de un tribunal de las mismas características con competencia para sancionar a los Estados parte y fijarle internamente los estándares de derechos humanos a los que deben sujetarse. Incluso declarando inválidas las normas de su derecho interno que no se adecuen a las normas internacionales, ordenando así mismo su inaplicabilidad a futuro. Los países que han suscrito el Pacto de San José de Costa Rica y aceptado la jurisdicción de la CIDH, se someterían de este modo a un cuerpo normativo vinculante, formado no solo por las cláusulas del convenio, sino por las decisiones de la CIDH, que obliga directa e internamente, y que consagra derechos humanos inmunes a la soberanía.

Ahora bien, en este punto es oportuno destacar como la Corte IDH en su opinión consultiva OC-16/99 señaló que el *corpus iuris* interamericano no está conformado solo por el texto de la CADH y la jurisprudencia de la Corte, sino que tiene un sentido más extenso, el cual está comprendiendo por un:

> Conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el derecho internacional, en el sentido

convencionalidad y los órganos involucrados en su aplicación en el ámbito interno", *Revista de Derechos Fundamentales*, n.° 13, 2015, disponible en [https://repositorio.uvm.cl/handle/20.500.12536/710], p. 39.

38 Sergio Fuenzalida Bascuñán. "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho. Una revisión de la doctrina del 'examen de convencionalidad'", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXVIII, n.° 1, 2015, disponible en [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173741316008], p. 177.

> de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones[39].

En este sentido, la Corte IDH en el Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") *vs*. Guatemala, recalcó que el control de convencionalidad no se limita al texto de la CADH y a la jurisprudencia derivada de esta, sino que se extiende a todo el *corpus iuris* interamericano[40], en punto de lo anterior señaló que:

> ... la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de hechos violatorios de los derechos humanos no se deriva solamente de la Convención Americana, en determinadas circunstancias y dependiendo de la naturaleza de los hechos, también se desprende de otros instrumentos interamericanos que establecen la obligación a cargo de los Estados partes de investigar las conductas prohibidas por tales tratados[41].

Como se ve, el control de convencionalidad debe realizarse con base en todos los instrumentos internacionales que le den competencia contenciosa a la Corte IDH, lo que conlleva una mayor complejidad, toda vez que los agentes del Estado deben ser conocedores de la jurisprudencia de la Corte IDH y del *corpus iuris* interamericano, por lo cual, frente a este contexto, como lo destacan SIERRA ZAMORA, *et al*.:

---

39 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1.° de octubre de 1999, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf], p. 68, párr. 115.

40 Entre otras decisiones en donde la Corte IDH ha hecho alusión a la noción de *corpus iuris*, están Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) *vs*. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre 1999 (fondo), disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf] y Caso de las Masacres de Ituango *vs*. Colombia, Sentencia de 1.° de julio de 2006, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf].

41 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") *vs*. Guatemala, Sentencia de 20 de noviembre de 2012 (fondo, reparaciones y costas), disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_253_esp1.pdf], p. 81, párr. 233.

> El CCV es más complejo de lo que se piensa, además de hacer una comparación de normas internas respecto a la CADH, el juez local debe tener conocimientos sobre la jurisprudencia de la Corte IDH, así como conocer el *iuris corpus* del SIDH. La información actualizada de lo que acontece dentro del SIDH es requisito indispensable de cada juez local si se quieren hacer valer los derechos humanos en su legislación interna e internacional[42].

En el caso de Colombia, la expedición de la Constitución Política de 1991 significó la creación de la jurisdicción constitucional, en cabeza de la Corte Constitucional, lo que permitiría de manera paulatina la constitucionalización del sistema jurídico colombiano, la que el profesor QUINCHE ha diferenciado como la constitucionalización de las distintas especialidades jurídicas y la constitucionalización de las normas y de los procedimientos, las primeras que serían el:

> Proceso en virtud del cual las reglas y estándares fijados por las sentencias de la Corte Constitucional comienzan a impactar y a ser asumidas por las especialidades tradicionales del derecho tales como el derecho penal, el derecho civil, el derecho comercial, el derecho de familia y el derecho administrativo[43].

En cuanto a la constitucionalización de las normas y de los procedimientos, este mismo autor las destaca como el "... proceso en virtud del cual las reglas y estándares fijados por la Corte Constitucional, y

42 PAOLA ALEXANDRA SIERRA-ZAMORA, JAIME CUBIDES CÁRDENAS y HUGO CARRASCO SOULÉ. "El control de convencionalidad: aspectos generales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en el derecho colombiano", en JAIME CUBIDES CÁRDENAS (ed.). *El control de convencionalidad (CCV): fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2016, disponible en [https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14400/4/control-de-convencionalidad.pdf], p. 59.

43 MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ. "La constitucionalización y la convencionalización del derecho en Colombia", *Revista Jurídicas*, vol. 13, n.° 1, 2016, disponible en [http://vip.ucaldas.edu.co/juridicas/downloads/Juridicas13(1)_4.pdf], pp. 47 y 48.

más recientemente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son vertidos en las leyes, los códigos y los reglamentos[44]".

En todo caso, lo importante es que la constitucionalización del sistema jurídico colombiano ha permitido la incursión y desarrollo del derecho internacional en el derecho nacional a través de los estándares y reglas establecidos por aquel, lo que se ha traducido en la convencionalización del sistema jurídico colombiano, y en una forma en la que la doctrina del control de convencionalidad ha incorporado el derecho internacional al ordenamiento interno.

De esta manera, esta incorporación del derecho internacional en el escenario jurídico colombiano se da en virtud de los artículos 93, incisos 1.º y 2.º, 94, 44 y 53, inciso 4.º de nuestra Carta Política, denominadas como cláusulas de aperturas[45], que le permitieron a la Corte Constitucional construir el concepto de bloque de constitucionalidad, como bien lo reseña Reina para quien "la composición del bloque de constitucionalidad ha sido determinada por la Corte Constitucional con fundamento en las cláusulas de apertura que ha identificado en la Carta Política"[46].

44 Ibíd., p. 51.

45 Según Reina, de acuerdo a los pronunciamiento de la Corte las cláusulas de aperturas "... estaría formado por las siguientes normas: 1) el texto de la Constitución; 2) los tratados y convenios que consagran los derechos humanos que no se pueden limitar en estados de excepción, cláusula de apertura del artículo 93 inciso 1.º CP; 3) los tratados internacionales sobre derechos humanos, cláusula de apertura del artículo 93 inciso 2.º CP; 4) los derechos inherentes a la persona humana, cláusula de apertura del artículo 94 CP; 5) los convenios internacionales en materia laboral, cláusula de apertura del artículo 53 inciso 4.º CP; 6) los tratados internacionales sobre derechos humanos de los niños, cláusula de apertura del artículo 44 CP; 7) las normas pertinentes de la Ley Estatutaria 137 de 1994 que regula los estados de excepción; 8) las leyes estatutarias; 9) las leyes orgánicas; 10) los tratados internacionales sobre límites del territorio, cláusula de apertura del artículo 101 CP; y 11) el preámbulo de la Carta de 1991". Cfr. Óscar M. Reina García. "Las cláusulas de apertura o reenvío hacia fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad", *Revista Derecho del Estado*, n.º 29, 2012, disponible en [https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3296], p. 207.

46 Reina García. "Las cláusulas de apertura o reenvío hacia fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad", cit.

Ejemplo de lo anterior es la Sentencia C-225/95 de la Corte Constitucional de Colombia, decisión trascendental ya que establece una primera cláusula de apertura con fundamento en el inciso 1.º del artículo 93 de la Constitución Nacional, según la cual, "los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno"[47], de lo cual se evidencia como es el mismo texto constitucional el que destaca la supremacía de los convenios y tratados sobre derechos humanos en el derecho interno y a la vez efectúa una remisión a las normas de derecho internacional, como lo serían, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

De igual manera, la importancia de esta decisión radica en que a través de esta ingresa uno de los institutos más importantes al sistema jurídico interno, el denominado bloque de constitucionalidad, utilizado por primera vez en la jurisprudencia colombiana por la Corte Constitucional, lo que originó un cambio significativo respecto de la recepción la jurisprudencia de la Corte IDH en el derecho colombiano, en consideración a que permitió emplear de forma articulada las normas de derecho interno con las normas internacionales y a su vez fue determinante para la comprensión y desarrollo inicial de la doctrina del bloque de constitucionalidad[48]. Lo que posteriormente, como lo destaca SUELT "resolvió un problema de interpretación entre el principio de supremacía constitucional, contemplado en el artículo 4.° de la Constitución, y el de prevalencia de ciertos tratados de derechos humanos ratificados por Colombia establecido en el artículo 93"[49], logrando de esta manera que las normas contentivas del bloque de constitucionalidad se integraran al sistema jurídico interno y surtan efectos directos, conforme a lo establece el artículo 93 de nuestra Constitución nacional.

47 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-225 de 18 de mayo de 1995, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm].

48 Ídem.

49 VANESSA SUELT-COCK. "El bloque de constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del bloque en derechos en Colombia", *Vniversitas*, vol. 65, n.° 133, 2016, disponible en [https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/17747], pp. 324 y 325.

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que el bloque de constitucionalidad permitió armonizar las nuevas dinámicas del derecho internacional con las constituciones de los Estados y amplió el espectro respecto de las normas que pueden ser incorporadas al ordenamiento interno vía bloque de constitucionalidad, como lo indica Garzón, quien destaca que en efecto:

> Para unir el derecho internacional de los Derechos Humanos con la carta magna de los Estados occidentales hay una herramienta jurídica, la figura el bloque de constitucionalidad, siendo su iniciador Louis Favoreu, que permite entender que la constitución política no se agota en su articulado, sino que implica la integración con otras normas jurídicas como son los Derechos Humanos[50].

De esta manera, se entiende que el bloque de constitucionalidad[51] son aquellas normas y principios que no están de manera expresa en el texto de la constitución pero que si pueden ser utilizadas como parámetro de control de constitucionalidad, como lo destaca Arango, para quien:

> El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros

50 Edgar Fabián Garzón Buenaventura. "De la supremacía de la constitución a la supremacía de la convención", *Verba luris*, n.° 31, 2014, disponible en [https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/52], p. 196.

51 Según lo señala Olano, "su antecedente histórico se remonta a Francia, cuando el Consejo Constitucional estimó que como el preámbulo de la Constitución de ese país, expedida en 1958, hace referencia a la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, dichos textos eran normas y principios de valor constitucional que condicionaban la validez de las leyes y considerados como parte del bloque de normas constitucionales y, como tales, sirven para la elaboración del juicio de constitucionalidad de cualquier disposición del ordenamiento jurídico; también sostuvo que cuando la norma sometida a control es una ley ordinaria el referido conjunto se adiciona con las leyes orgánicas". Cfr. Hernán Alejandro Olano García. "El bloque de constitucionalidad en Colombia", *Estudios Constitucionales*, vol. 3, n.° 1, 2005, disponible en [https://www.redalyc.org/pdf/820/82003112.pdf], p. 232.

> del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución[52].

A partir de lo anterior, se desprende que el bloque de constitucionalidad permite utilizar normas, que aunque no se encuentren de manera formal en el texto de la constitución, si pueden ser utilizadas como parámetro de constitucionalidad, en consideración a que estas, en aplicación de la doctrina bloque de constitucionalidad, ostentan rango constitucional, como recalcan Aguilar *et al*., para quienes "específicamente dichas normas son en *stricto sensu* normas constitucionales por lo que poseen supremacía normativa y tienen como propósito fundamental que tales normas sirven de parámetro de control constitucional de las leyes"[53].

Es así que de la conceptualización efectuada por la Corte Constitucional de Colombia se ha diferenciado entre el bloque de constitucionalidad *stricto sensu* y *lato sensu*, el primero de ellos, como se explica en la sentencia C-191 de 1998, son "aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción"[54].

Entre tanto, el bloque de constitucionalidad *lato sensu*, según señala el profesor Monroy, se distingue por:

52 Mónica Arango Olaya. "El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana", *Precedente. Revista Jurídica*, 2004, disponible en [https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1406], p. 79.

53 Andrea Johana Aguilar Barreto, Claudia Katherine Vivas Mantilla, Diana Marcela Suárez y Fabián Alberto Caicedo Rangel. "Bloque de constitucionalidad frente a la debida aplicación del control de convencionalidad en Colombia", en Andrea Johana Aguilar Barreto y Yurley Karime Hernández Peña (eds.). *La investigación jurídica: reconociendo acciones normativas relevantes*, Barranquilla, Colombia, Universidad Simón Bolívar, 2018, p. 18.

54 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-191 de 6 de mayo de 1998, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-191-98.htm], p. 16.

> Todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no solo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias[55].

Hechas las anteriores precisiones respecto del *corpus iuris* interamericano y el bloque de constitucionalidad, debe destacarse que, en todo caso, "la apertura de las constituciones nacionales latinoamericanas al derecho internacional ha permitido que los jueces constitucionales integren en su razonamiento los tratados internacionales de derechos humanos, y en particular, la Convención Americana junto con la jurisprudencia de la Corte Interamericana"[56].

Así las cosas y acorde a la evolución histórica que ha venido desarrollando la Corte IDH respecto del CCV, se pueden definir unas características generales, entre ellas: i) La obligación recae en todas las autoridades del Estado, independiente de su jerarquía y nivel; ii) Inaplicar todas aquellas normas internas que sean contrarias a las disposiciones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos; iii) Ejercer un control *ex officio* de confrontación entre las normas internas y la CADH; iv Deben tener en cuenta no solo el texto de la CADH, sino todo el *corpus iuris* interamericano, así como la interpretación efectuada por la Corte IDH a través de su jurisprudencia, como intérprete auténtica de la CADH.

De acuerdo con esta última característica, el control de convencionalidad debe hacerse con base no solo en el texto de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, sino que debe tenerse en cuenta el *cor-*

55 Marco Gerardo Monroy Cabra. "El derecho internacional como fuente del derecho constitucional", *ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 1, 2008, disponible en [https://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/6812], p. 133.

56 Luis Miguel Gutiérrez Ramírez. "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: interacción, confusión y autonomía. Reflexiones desde la experiencia francesa", *Revista IIDH*, n.° 64, 2016, disponible en [https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/71156], p. 254.

pus iuris interamericano, como bien lo destacan Sierra *et al*., quienes citando a Ferrer:

> El "parámetro" del "control difuso de convencionalidad" no solo comprende la CADH, sino también los "protocolos" adicionales a la misma, así como otros instrumentos internacionales que han sido motivo de integración al corpus juris interamericano por parte de la jurisprudencia de la Corte IDH[57].

No obstante, la piedra angular de la discusión radica en la jurisprudencia de la Corte IDH, como quiera que como se señalará más adelante, nuestro Tribunal Constitucional ha sido enfático en señalar en varias de sus decisiones que no es juez convencional y que la jurisprudencia emanada de la Corte IDH es solo un criterio relevante de interpretación, postura a toda luces contraria a lo señalado por la Corte IDH en varias decisiones, entre ellas as ya citadas Almonacid Arellano *vs*. Chile, Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs*. Perú, Cabrera García y Montiel Flores *vs*. México, Gelman *vs*. Uruguay y Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") *vs*. Guatemala.

Sin embargo, es de resaltar que la incorporación por vía jurisprudencial de la doctrina del control de convencionalidad y la teoría del *corpus iuris* interamericano, ha significado un avance transcendental en el desarrollo, la protección y la promoción de los derechos humanos, que en virtud del constante diálogo jurisprudencial entre jueces ha "permitido ir creando un camino común y un piso mínimo en la protección de los derechos humanos para todas las personas, independientemente del lugar donde se encuentren"[58] fortaleciendo con ello, la concepción de universalidad en la protección de los derechos humanos y porqué no decirlo, ha permitido desarrollar el *ius constitucionale com-*

57 Eduardo Ferrer Mac-Gregor cit. en Sierra Zamora, Cubides Cárdenas y Carrasco Soulé. "El control de convencionalidad: aspectos generales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en el derecho colombiano", cit.

58 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Diálogo entre Cortes Regionales de Derechos Humanos*, San José, C. R., Corte IDH, 2020, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/dialogo-es.pdf], p. 39.

mune en América Latina[59], como bien lo señala Gómez, para quien "el Sistema Interamericano de Protección de Derechos ha constituido un verdadero *corpus iuris* interamericano que sirve de plataforma para la construcción del *ius constitutionale commune* en Latinoamérica"[60], en lo que también hay que decirlo, ha jugado un papel preponderante el control de convencionalidad, como lo señala Aguilar Cavallo: "La operacionalización del control de convencionalidad en el nivel interno de los Estados sería, en consecuencia, una vía idónea en el proceso de construcción de un *ius commune interamericanum*"[61].

Lo anterior, en definitiva "contribuye enormemente a una protección más efectiva de una amplia variedad de derechos humanos absolutos y calificados, incluyendo la protección indirecta de los derechos sociales"[62] entendiendo que no solo se deben garantizar los derechos tradicionales, sino que también se debe propender por la protección de los derechos culturales, sociales y económicos, como un elemento legitimador de las decisiones de la Corte IDH y como fundamento para la construcción de un *ius constitucionale commune* en América Latina.

59 El *ius constitutionale commune* en América Latina (ICCAL) como lo reseña von Bogdandy "... se refiere a un enfoque transformador. Apunta a la transformación de la realidad política y social de América Latina para crear las condiciones sociales y políticas necesarias para hacer efectiva la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos". Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*, Querétaro, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36072.pdf], p. 9.

60 David Augusto Gómez Gamboa. "Hacia un 'Ius Constitutional Commune Americanum': comentario al voto razonado del Juez Ferrer Mac-Gregor a la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de marzo de 2013, con ocasión a la supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso Gelman vs. Uruguay", *Frónesis. Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, vol. 20, n.° 3, 2013, p. 447.

61 Gonzalo Aguilar Cavallo. "Constitucionalismo global, control de convencionalidad y el derecho a huelga en Chile", *ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 9, 2016, pp. 113 a 166, disponible en [https://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/4494].

62 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Diálogo entre Cortes Regionales de Derechos Humanos*, cit., p. 106.

III. APLICABILIDAD DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Una vez analizada la relación del control de convencionalidad con el derecho interno, se debe destacar cómo la doctrina del control de convencionalidad deriva de los postulados señalados en la jurisprudencia de la Corte IDH, cuyo referente normativo encuentra respaldo en la CADH, puntualmente en los artículos 1.1, 2 y 29 de dicha convención, control que, como bien lo destaca el profesor SAGUES, se perfila como "una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos por el Pacto. Concomitantemente, también es un instrumento de sumo interés para construir un ius commune interamericano, en materia de derechos personales y constitucionales"[63].

Bajo esta óptica, se tiene también que el constante diálogo entre los jueces regionales y locales ha originado que varios tribunales constitucionales regionales e incluso internacionales, hayan ido incorporando a sus decisiones los estándares establecidos por la Corte IDH, permitiendo así el reconocimiento del control de convencionalidad por parte de la justicia nacional, y con ello "dar un paso más en la construcción del *ius constitutionale commune*"[64].

Y es que precisamente el ejercicio del control de convencionalidad, como lo destaca el profesor FERRER MAC-GREGOR, causa que en:

> En definitiva, transitamos hacia un "Sistema Interamericano Integrado" –con un "control de convencionalidad" dinámico y complementario–, lo que está forjando progresivamente un auténtico *ius constitutionale commune americanum* como un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región[65].

63 SAGÜÉS. "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", cit., p. 118.

64 VON BOGDANDY, MORALES ANTONIAZZI y FERRER MAC-GREGOR. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*, cit., p. 451.

65 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la resolución de la Corte Inte-

En Colombia, sin embargo, la aplicabilidad del control de convencionalidad por parte de la Corte Constitucional ha oscilado entre el reconocimiento del carácter vinculante[66] de la jurisprudencia efectuada por la Corte Interamericana como interprete auténtica de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y de otro lado, donde este alto tribunal ha insistido que no es juez convencional y que la CADH y la interpretación que de esta hace la Corte IDH, es un simple criterio hermenéutico relevante sin aceptar la aplicación del control de convencionalidad, por lo que se hace pertinente en este apartado revisar algunas sentencias de la Corte Constitucional de Colombia en donde esta alta corporación ha insistido en que no es juez convencional y que la jurisprudencia de la Corte IDH es un simple criterio hermenéutico relevante, al punto de mostrarse renuentes de conferirle de manera categórica el carácter de fuerza vinculante a las decisiones de la Corte IDH. Así mismo, se estudiarán otras de sus providencias en donde, contario a lo anterior, esta corporación destaca el carácter vinculante de la jurisprudencia efectuada por la Corte Interamericana como interprete auténtica de la Convención Americana.

Es así que la Corte Constitucional de Colombia en decisión C-010 de 2000, a pesar de destacar la importancia de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, simplemente acoge la noción de criterio hermenéutico relevante, y de modo alguno señala la fuerza vinculante de aquellas, destacando al respecto:

ramericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013. Supervisión de cumplimiento de sentencia en el Caso Gelman vs. Uruguay", 2013, disponible en [https://summa.cejil.org/api/files/1515523655723dlz4yu6g-20d9e2ui68figgb9.pdf], p. 39, párr. 100.

66 Para BERNAL, la fuerza vinculante estaría descrita como "... una propiedad de las normas jurídicas, que consiste en atribuir a su destinatario el deber de obedecer o seguir lo prescrito por ellas, so pena de hacerse merecedor de una sanción. Este deber de obediencia que se atribuye al destinatario, es correlativo a un derecho subjetivo, que radica en cabeza de otro individuo (el titular), quien a su vez tiene la competencia para exigir judicialmente del destinatario el cumplimiento de su deber y de solicitar que se imponga una sanción en caso de que el deber no se cumpla. Esta definición, de clarísima estirpe kelseniana". CARLOS BERNAL PULIDO. "La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano", *Precedente. Revista Jurídica*, 2003, pp. 13 a 43, disponible en [https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1395].

> En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia", es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-010, 2000, pp. 39-40)[67].

Así mismo, en Sentencia C-028 de 2006 ya no solo destaca que las decisiones de instancias internacionales son un simple criterio de interpretación, sino que adiciona que si bien las normas internacionales hacen parte del bloque de constitucionalidad, dicha circunstancia no le da *per se*, supremacía sobre la Constitución nacional y que "... de manera alguna puede ser interpretada en términos de que esta última prevalezca sobre el texto fundamental; por el contrario, dicha inclusión conlleva necesariamente a adelantar interpretaciones armónicas y sistemáticas entre disposiciones jurídicas de diverso origen"[68-69].

De igual forma, en esta decisión la Corte destaca que si bien Convención Americana sobre Derechos Humanos hace parte del bloque

67 "Una de las primeras sentencias de la Corte Constitucional sobre el tema, de entrada, se nominaba únicamente como una herramienta para la interpretación armónica entre el sistema y la Constitución nacional". Juana Inés Acosta López, Paola Andrea Acosta Alvarado y Daniel Rivas Ramírez. *De anacronismos y vaticinios: diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica*, Bogotá, Externado, 2018, p. 668.

68 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-028 de 26 de enero de 2006, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-028-06.htm], pp. 33 y 34.

69 Como lo destaca Cadavid, si bien en algunas de sus decisiones la Corte Constitucional ha tomado como referente las sentencias de la Corte IDH no le ha conferido de manera categórica el carácter de fuerza vinculante a las mismas. Álvaro José Cadavid Jiménez. "¿Tiene fuerza vinculante la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico colombiano por vía del control de convencionalidad?", en *Tratados internacionales y constitución: una visión integral*, Imprenta Universitaria, 2017, p. 71.

de constitucionalidad, ello de modo alguno le da el carácter de norma supraconstitucional, enfatizando por lo tanto que solo "debe ser utilizado como parámetro que guíe el examen de constitucionalidad de las leyes colombianas, pero ello no significa que las normas pertenecientes al bloque adquieran el rango de normas supraconstitucionales" y que "la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución"[70].

De este mismo modo, la Corte en decisión C-291 de 2007[71], replicando la Sentencia C-028 de 2006, destaca que las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad no constituyen referentes autónomos del control de constitucionalidad y que a su vez la Corte Constitucional no es juez de convencionalidad.

Ahora bien, ha de reiterarse que según se aclaró en la citada Sentencia C-028 de 2006, las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad no constituyen referentes autónomos del control de constitucionalidad y la Corte Constitucional no es juez de convencionalidad, es decir, no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado[72].

En este mismo sentido, en Sentencia C-941/10 vuelve y destaca que la Corte Constitucional no es juez de convencionalidad, y que no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado y que la confrontación entre una ley y un tratado internacional no genera una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, toda vez que debe ser interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución[73].

70 En esta decisión la Corte insiste en la inclusión de la CADH al bloque de constitucionalidad, pero a su vez destaca de dichas normas no ostentan el carácter de supraconstitucionales y que en virtud de ello por sí solas no son un parámetro de constitucionalidad. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-028 de 2006, cit., p. 34.

71 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-291 de 25 de abril de 2007, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-291-07.htm].

72 Ídem., p. 45.

73 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-941 de 24 de noviembre de 2010, M. P.: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-941-10.htm], p. 51.

Y en Sentencias C-442/11[74] y C-086/19[75], la Corte no solo establece que las decisiones de instancias internacionales no pueden ser trasplantadas automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, en especial la jurisprudencia constitucional, sino que adiciona que la interpretación que hace la CIDH de la CADH en el contexto de los casos concretos que juzga, es un criterio relevante para fijar el sentido y el alcance de las normas superiores que se emplean como parámetro de control en los procesos de constitucionalidad sin otorgarle el carácter vinculante. De igual forma, en estas decisiones destaca que el hecho de que la CADH forme parte del bloque de constitucionalidad, no se sigue que ella prevalezca sobre la Constitución, como si fuese una norma supraconstitucional, sino que la CADH y la Constitución deben interpretarse de manera armónica y sistemática.

Conforme a lo destacado en las sentencias antes señaladas, se puede evidenciar como esta línea jurisprudencial de la Corte Constitucional es contraria con las obligaciones derivadas de las decisiones de la Corte IDH[76], esto es respecto del deber que le asiste de adelantar un real control de convencionalidad, sin embargo, del análisis de otras de sus decisiones se observa cómo es la misma Corte Constitucional la que ha destacado el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, ejemplo de ello es la Sentencia C-408 de 1996, donde esta alta corporación en ejercicio del control automático de constitucionalidad respecto de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belén do Para, Brasil el 9 de junio de 1994 y de la Ley 248 de 1995 por medio de la cual se aprueba dicha convención, cambia su postura y resalta que se debía aceptar como obligatoria la competencia de la Corte Interamericana en relación a la interpretación y a la aplicación de los

74 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-442 de 25 de mayo de 2011, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-442-11.htm], p. 62.

75 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-086 de 27 de febrero de 2019, M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-086-19.htm], pp. 36 y 37.

76 Entre otras decisiones de la Corte IDH se encuentran: Almonacid Arellano *vs*. Chile, Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs*. Perú, Caso Cabrera García y Montiel Flores *vs*. México, Caso Gelman *vs*. Uruguay y Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") *vs*. Guatemala.

tratados de derechos humanos, adicionando que dicho tribunal es el máximo intérprete de la CADH, en este sentido señaló que:

> ... en nada vulnera la soberanía que nuestro país admita que se requiera a la Corte Interamericana para que emita opiniones consultivas relacionadas con los alcances de la Convención (art. 11), pues si ese tribunal es el máximo intérprete judicial de los alcances de los tratados de derechos humanos adoptados en el marco de la Organización de Estados Americanos, es lógico que nuestro país acoja sus criterios jurisprudenciales, tanto en los casos contenciosos como consultivos, pues la propia Constitución señala que los derechos y deberes deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). En ese orden de ideas, si Colombia ya ha ratificado la Convención Interamericana y ha aceptado como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de los tratados de derechos humanos (art. 62), es razonable que Colombia acepte que ese tribunal sea también el máximo intérprete internacional del presente tratado[77].

Así mismo, en la Sentencia C-067/03 la Corte Constitucional en estudio de la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 21 de la Ley 734 de 2002, nuevo Código Disciplinario Único, donde la demandante consideraba que la disposición acusada era violatoria del artículo 93 de la Constitución Política, la corte destaco que:

> El hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones. Así como el preámbulo, los principios, va-

77 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-408 de 4 de septiembre de 1996, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-408-96.htm], pp. 36 y 37.

> lores y reglas constitucionales son obligatorios y de forzoso cumplimiento en el orden interno, las normas del bloque de constitucionalidad son fuente de derecho obligatoria para todos los asociados[78].

De igual forma, en decisión C-481 de 1998 por medio de la cual la Corte estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 46 del Decreto 2277 de 1979 por medio de la cual se adoptaban normas sobre el ejercicio de la profesión docente y en la cual se contemplaba como causal de mala conducta el homosexualismo, en esta oportunidad esta alta corporación, declaro inexequible la expresión "el homosexualismo", señalando que las decisiones provenientes de un tribunal internacional, con base en un tratado de derechos humanos, tiene fuerza vinculante para los tribunales nacionales, adicionando que la jurisprudencia debía ser aplicada por todos los órganos del Estado y que la doctrina de la Corte Interamericana es vinculante en el ordenamiento colombiano, habida cuenta a que esta misma alta corte ya había señalado que en la medida en que el artículo 93 establece que los derechos constitucionales se interpretarán de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, es natural que nuestro país acoja los criterios jurisprudenciales de los tribunales creados por tales tratados para interpretar y aplicar las normas de derechos humanos, por lo cual esa doctrina internacional vincula entonces a los poderes públicos en el orden interno[79].

Del mismo modo, la Corte Constitucional colombiana dentro del proceso de revisión del fallo de la tutela T-1319 de 2001 adoptado por el Juez 41 Penal del Circuito de Bogotá en el trámite de la acción de tutela instaurada por Jaime Rodríguez en contra de Iván Mejía Álvarez en donde el accionante señala la vulneración en "contra la vida, la integridad personal, el libre ejercicio de la actividad profesional y el libre desarrollo de la personalidad". En esta oportunidad el alto tribunal constitucional sostuvo que no solo se deben tener en

78 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-067 de 4 de febrero de 2003, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-067-03.htm], p. 16.

79 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-481 de 9 de septiembre de 1998, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-481-98.htm], p. 44.

cuenta los tratados, sino también la interpretación que de ellos hagan los tribunales internacionales, advirtiendo que se les debe otorgar un peso distinto, ya que la naturaleza judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su competencia sobre Colombia, implica, no solo que deben ser tenidas en cuenta, sino que no pueden ser ignoradas internamente. En esta oportunidad advirtió:

> Por lo expuesto, ha de entenderse que, para efectos del presente caso, el bloque de constitucionalidad relativo a la libertad de expresión ha de estar integrado por las normas internacionales, en particular el Pacto de San José y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, junto con las interpretaciones que de tales textos han presentado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. También ha de otorgarse un peso distinto a las opiniones, pues la naturaleza judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y su competencia sobre Colombia, implica que sus opiniones, más que tenidas en cuenta, no pueden ser ignoradas internamente[80].

En decisión C-370 de 2006, lo que varios autores han catalogado como una postura conveniente, la Corte en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad frente a la Ley 975 de 2005, también llamada Ley de Justicia y Paz, señala el carácter vinculante de las decisiones de la Corte IDH para Colombia, por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde la Corte transcribe algunos de los apartes más relevantes de algunas de las sentencias de la Corte IDH relativas a estándares sobre justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas de los graves atentados contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario[81].

80 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1319 de 7 de diciembre de 2001, M. P.: Rodrigo Uprimny Yepes, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-1319-01.htm], pp. 17 y 18.

81 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006b, MM. PP.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Tri-

Respetando esta misma línea, la Corte en decisión T-653 de 2012 dentro del proceso de revisión de los fallos emitidos en primera instancia por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y, en segunda por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la acción de tutela instaurada por Eliécer Lobo Pacheco y otros en contra el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Programa de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Vicepresidencia de la República, con vinculación oficiosa de la Presidencia de la República de Colombia, por la posible vulneración de los derechos fundamentales a la reparación integral, la tutela judicial efectiva y la dignidad humana de los familiares de las 19 víctimas que fueron asesinados, descuartizados y arrojados a las aguas del caño El Ermitaño, afluente del río Magdalena por grupos paramilitares del municipio de Puerto Boyacá (Boyacá), hechos por los cuales cursó un proceso en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el cual se profirió sentencia el 5 de julio de 2004, donde se declaró la responsabilidad internacional del Estado colombiano y a su vez se dispuso, entre otras, construir un monumento en memoria de las víctimas y la realización de una ceremonia pública con la participación de sus familias. En esta decisión, la Sala de Revisión de la Corte Constitucional enfatizó la obligatoriedad del acatamiento de las decisiones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en consideración a que Colombia es Estado parte y debe ceñirse por el principio de *pacta sunt servanda*, destacando que:

> 4.10 Visto lo anterior, entonces, debe reiterarse para concluir que el Estado colombiano y, dentro de él sus autoridades e instituciones, en el ámbito de sus competencias legales y reglamentarias –lo que incluye, cómo no, a esta Corte Constitucional– se encuentran obligadas a acatar los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al actuar en este sentido, (i) se desarrollan los principios y valores contenidos en los artículos 1, 2 y 5 de la Carta, así como (ii) el 22 constitucional, en la medida en la que el acatamiento de fallos internacionales es una herramienta para la paz. Igualmente, (iii) la exigencia en el cumpli-

viño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-370-06.htm], p. 240.

> mento viene dada por la incorporación de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a nuestro ordenamiento por vía del boque de constitucionalidad, previsto en el artículo 93 de la Constitución. También (iv) por la aplicación de aquel principio de derecho internacional que indica que todos los compromisos internacionales que adquiere un Estado –dentro de los que están comprendidos los que reconocen la jurisdicción de la Corte IDH y la obediencia a lo que esta decida– deben ser cumplidos de buena fe[82].

Por último, en decisión T-568/99 la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional dentro de la acción de revisión de tutela adelantada por el sindicato de las empresas varias de Medellín ESP contra el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el municipio de Medellín y las empresas varias de Medellín ESP en la cual el sindicato de las Empresas Varias de Medellín (EEVVM) solicitaba la protección de sus derechos constitucionales al trabajo, a la libertad sindical (asociación, organización y huelga) y al debido proceso, supuestamente vulnerados por las antes señaladas. En esta oportunidad, la Sala de Revisión le otorga el carácter obligatorio y por ende vinculante al cumplimiento de las recomendaciones que formula el Comité de Libertad Sindical como órgano de control de la OIT, señalando al respecto que:

> Como se enunció anteriormente, el Comité de Libertad Sindical es un órgano de control de la OIT; confronta las situaciones de hecho que se le presentan o las normas internas de los Estados, con las normas internacionales aplicables según los Tratados ratificados por los Estados involucrados (en este caso, la Constitución de la OIT y los Convenios sobre libertad sindical); luego, formula recomendaciones y las somete al Consejo de Administración, ya que este es el órgano que puede emitir recomendaciones de carácter vinculante según las normas que rigen la Organización. En este caso, el Consejo recibió el informe del

82 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-653 de 23 de agosto de 2012, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-653-12.htm], p. 29.

> Comité y sus recomendaciones, y encontró que el asunto no requería mayor investigación, ni modificó los textos que se le presentaron; antes bien, los asumió, los incorporó a las actas de la reunión, y los publicó como parte de su informe oficial de esa sesión a la comunidad de Estados miembros; por tanto, esta recomendación constituye una orden expresa vinculante para el gobierno colombiano. Colombia está obligada, en virtud de su calidad de Estado parte del Tratado Constitutivo de la OIT, a acatar las recomendaciones del Consejo de Administración (arts. 24 y ss)[83].

Como viene de verse, es la misma Corte Constitucional la que ha dado por sentado que la jurisprudencia de la Corte IDH no son simples directrices o criterios de interpretación, sino que son vinculantes y deben ser cumplidas por los Estados parte.

Lo anterior, en consonancia con lo dispuesto por la Corte IDH en el caso Cabrera García y Montiel Flores *vs*. México, en donde destacó:

> Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que

83 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-568 de 10 de agosto de 1999, M. P.: Carlos Gaviria Díaz, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-568-99.htm], p. 32.

> del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana[84].

Posición que es reiterada por la sentencia en el caso Gelman *vs*. Uruguay, en donde señaló que:

> Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana[85].

Conforme a lo anterior, resulta importante los aportes realizados por Fuenzalida, para quien el control de convencionalidad:

> ... que dispone la Corte Interamericana supone la afirmación de un orden jurídico supranacional, y junto a ello la existencia de un tribunal de las mismas características con competencia para sancionar a los Estados partes y fijarle internamente los estándares de derechos humanos a los que deben sujetarse. Incluso declarando inválidas las normas de su derecho interno que no se adecuen a las normas internacionales, ordenando asimismo su inaplicabilidad a futuro[86].

84 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cabrera García y Montiel Flores *vs*. México, cit., p. 89, párr. 225.

85 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs. Uruguay, cit., p. 57.

86 Fuenzalida Bascuñán. "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de

En cuanto a la aplicabilidad del control de convencionalidad por parte de la Corte Constitucional, resulta importante los aportes realizados por Arévalo, quien en un análisis efectuado a algunas de las sentencias proferidas por este alto tribunal relacionadas con el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH concluye que:

> En definitiva, los argumentos de la CCC para no tomar en cuenta la jurisprudencia de la Corte IDH no son consistentes y evidencian casos de resistencia, en parte, por la dificultad de cambiar el precedente y por la trascendencia política y jurídica del caso, puesto que como advierte la propia CCC, si siguiera el criterio interamericano, se encontraría con disposiciones constitucionales que no podrían ser aplicadas. Sin embargo, esta sentencia no representa un cambio permanente de posición, pues en sentencias posteriores la CCC vincula sigue el parámetro de la Corte IDH como un criterio que le vincula[87].

Así las cosas, se advierte que la postura de la Corte Constitucional ha fluctuado entre la obligatoriedad de las decisiones de los tribunales internacionales, señalando que se deben acoger los criterios jurisprudenciales de los tribunales creados por tales tratados para interpretar y aplicar las normas de derechos humanos y una posición contraria, en la cual se destaca que la doctrina de los tribunales internacionales, en su condición de intérpretes de dichos tratados, solo es un criterio hermenéutico relevante pero de modo alguno le da el carácter obligatorio para establecer el sentido y alcance de las normas constitucionales sobre derechos humanos, de lo cual se puede deducir que la postura de la Corte Constitucional es discordante con la obligación derivada de las decisiones de la Corte IDH, respecto de la obligación que le asiste de adelantar no solo un control de legalidad y de constitucionalidad a los asuntos sometidos a su competencia, sino que es su obligación de

Derechos Humanos como fuente de derecho. Una revisión de la doctrina del 'examen de convencionalidad'", cit., p. 177.

87 Luz Ángela Arévalo Robles. "El impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Colombia: avances y retrocesos", *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.° 9, 2015, pp. 86 a 104, disponible en [https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2804].

adelantar un verdadero control de convencionalidad y no solo limitarlo o encasillarlo como un criterio relevante de interpretación.

Se tiene entonces que la Corte Constitucional no puede evadir su obligación de acatar las decisiones de la Corte Interamericana, las cuales ostentan un carácter con fuerza vinculante, toda vez que el Estado colombiano consintió de forma voluntaria someterse a la jurisdicción de este alto tribunal internacional y que en virtud de ello obligan a todas las autoridades y órganos del Estado, como lo destaca Bazán:

> ... se advierte nítidamente que tampoco sería válido eludir la premisa de vinculatoriedad de las sentencias de la Corte IDH por parte de los Estados que, al haberse sometido voluntaria y soberanamente al radio de alcance competencial que aquélla ostenta, se encuentran integrados en el modelo de justicia internacional que dicho Tribunal encabeza y, por tanto, deben obrar en consecuencia y de buena fe[88].

CONCLUSIONES

Para dar respuesta a la pregunta de investigación respecto a la disparidad de criterios jurídicos que ha asumido la Corte Constitucional de Colombia sobre la aplicabilidad del control de convencionalidad, se debe partir del hecho que la Corte IDH es clara en el alcance del artículo 2.° de la CIDH y, por tanto, no es necesario que exista una norma en el texto de la Constitución que establezca la obligatoriedad de las decisiones de las instancias internacionales, ni de los criterios jurisprudenciales emanados por esta, dado que el Estado colombiano es Estado parte en la OEA y de manera autónoma consintió someterse a la convención y de obvio a la competencia de la Corte IDH.

Amén de lo anterior, porque la Corte Constitucional ya ha reconocido en varias decisiones, si bien no en todas, que la CADH hace parte del bloque de constitucionalidad y que la doctrina de la Corte IDH, como intérprete auténtico de la convención, es obligatoria para

88 Víctor Bazán. "Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.° 18, 2011, disponible en [https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r16775.pdf], p. 75.

el Estado, por lo que no es posible desconocer las decisiones proferidas por la Corte IDH, sumado a que el artículo 93 CN, destaca que los derechos fundamentales deben ser interpretados conforme a los tratados internacionales de derechos humanos, como lo sería la CADH. Por tanto, es un compromiso de rango constitucional adquirido por el Estado colombiano, de respetar sus obligaciones internacionales a la luz del principio de *pacta sunt servanda*, ya que el derecho internacional impone que las obligaciones asumidas por un Estado deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno.

BIBLIOGRAFÍA

Acosta López, Juana Inés; Paola Andrea Acosta Alvarado y Daniel Rivas Ramírez. *De anacronismos y vaticinios: diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica*, Bogotá, Externado, 2018.

Aguilar Barreto, Andrea Johana; Claudia Katherine Vivas Mantilla, Diana Marcela Suárez y Fabián Alberto Caicedo Rangel. "Bloque de constitucionalidad frente a la debida aplicación del control de convencionalidad en Colombia", en Andrea Johana Aguilar Barreto y Yurley Karime Hernández Peña (eds.). *La investigación jurídica: reconociendo acciones normativas relevantes*, Barranquilla, Colombia, Universidad Simón Bolívar, 2018, pp. 13 a 41.

Aguilar Cavallo, Gonzalo. "Constitucionalismo global, control de convencionalidad y el derecho a huelga en Chile", *ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 9, 2016, pp. 113 a 166, disponible en [https://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/4494].

Arango Olaya, Mónica. "El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana", *Precedente. Revista Jurídica*, 2004, pp. 79 a 102, disponible en [https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1406].

Arévalo Robles, Luz Ángela. "El impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Colombia: avances y retrocesos", *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.° 9, 2015, pp. 86 a 104, disponible en [https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2804].

Bazán, Víctor. "Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.° 18, 2011, pp. 63 a 104, disponible en [https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r16775.pdf].

Bernal Pulido, Carlos. "La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano", *Precedente. Revista Jurídica*, 2003, pp. 13 a 43, disponible en [https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1395].

Cadavid Jiménez, Álvaro José. "¿Tiene fuerza vinculante la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico colombiano por vía del control de convencionalidad?", en *Tratados internacionales y constitución: una visión integral*, Imprenta Universitaria, 2017.

Camacho Vinueza, Daniela y Omar Alfonso Cárdenas Caycedo. "La consolidación de la reparación integral en virtud de la aplicación del control de convencionalidad por el juez contencioso administrativo", *Academia & Derecho*, n.° 19, 2019, pp. 49 a 86, disponible en [https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/6008].

Castillo Galvis, Sergio Hernando. "La Corte Constitucional y el Consejo de Estado frente al control de convencionalidad en el contexto de terminación del conflicto armado en Colombia", *Precedente. Revista Jurídica*, vol. 15, 2019, pp. 209 a 233, disponible en [https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/3105].

Chile. Decreto-Ley 2191 de 18 de abril de 1978, *Diario Oficial*, n.° 30.042, de 19 de abril de 1978, disponible en [https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6849].

Corte Constitucional de Colombia

Sentencia C-225 de 18 de mayo de 1995, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm].

Sentencia C-408 de 4 de septiembre de 1996, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-408-96.htm].

Sentencia C-191 de 6 de mayo de 1998, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-191-98.htm].

Sentencia C-481 de 9 de septiembre de 1998, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-481-98.htm].

Sentencia T-568 de 10 de agosto de 1999, M. P.: Carlos Gaviria Díaz, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-568-99.htm].

Sentencia C-010 de 19 de enero de 2000, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-010-00.htm].

Sentencia T-1319 de 7 de diciembre de 2001, M. P.: Rodrigo Uprimny Yepes, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-1319-01.htm].

Sentencia C-067 de 4 de febrero de 2003, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-067-03.htm].

Sentencia C-028 de 26 de enero de 2006, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-028-06.htm].

Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006, MM. PP.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-370-06.htm].

Sentencia C-291 de 25 de abril de 2007, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-291-07.htm].

Sentencia C-941 de 24 de noviembre de 2010, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-941-10.htm].

Sentencia C-442 de 25 de mayo de 2011, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-442-11.htm].

Sentencia T-653 de 23 de agosto de 2012, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-653-12.htm].

Sentencia C-086 de 27 de febrero de 2019, M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez, disponible en [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-086-19.htm].

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) *vs*. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre 1999 (fondo), disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf].

Caso Myrna Mack Chang *vs*. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (fondo, reparaciones y costas), disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf].

Caso de las Masacres de Ituango *vs*. Colombia, Sentencia de 1.° de julio de 2006, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf].

Caso Almonacid Arellano y otros *vs*. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf].

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs*. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf].

Caso Cabrera García y Montiel Flores *vs*. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), disponible en [http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM1.pdf].

Caso Gelman *vs*. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones), disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf].

Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") *vs*. Guatemala, Sentencia de 20 de noviembre de 2012 (fondo, reparaciones y costas), disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_253_esp1.pdf].

Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.° 7: Control de Convencionalidad, San José, C. R., Corte IDH, 2021 disponible en [https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7_2021.pdf].

Diálogo entre Cortes Regionales de Derechos Humanos, San José, C. R., Corte IDH, 2020, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/dialogo-es.pdf].

Opinión Consultiva OC-16/99 de 1.° de octubre de 1999, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf].

"Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013. Supervisión de cumplimiento de sentencia en el Caso Gelman vs. Uruguay", 2013, disponible en [https://summa.cejil.org/api/files/15155236557 23dlz4yu6g20d9e2ui68figgb9.pdf].

Cruz Cadena, Katerin Yulieth; Sergio Andrés Caballero Palomino, Liseth Vásquez Gualdrón y Mariel Moreno Ortiz. "Alcance del control difuso de convencionalidad en las providencias judiciales en Colombia", *Advocatus*, vol. 17, n.° 34, 2020, pp. 37 a 46, disponible en [https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/advocatus/article/view/6587].

Cubides Cárdenas, Jaime Alfonso; Nathalia Chacón Triana y Alfonso Jaime Martinez Lazcano. "El control de convencionalidad (CCV): retos y pugnas. Una explicación taxonómica", *Revista Academia & Derecho*, año 6, n.° 11, 2015, pp. 53 a 94, disponible en [https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/327].

Díaz Alarcón, Camila y Rodrigo Lagos Guadalupe. "El control de convencionalidad y los órganos involucrados en su aplicación en el ámbito interno", *Revista de Derechos Fundamentales*, n.° 13, 2015, pp. 37 a 70, disponible en [https://repositorio.uvm.cl/handle/20.500.12536/710].

Durango Álvarez, Gerardo A. y Kennier José Garay Herazo. "El control de constitucionalidad y convencionalidad en Colombia", *Prolegómenos*, vol. 18, n.° 36, 2015, pp. 99 a 116, disponible en [https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/936].

Franco, Paula. "Hacia la construcción del control de convencionalidad en Colombia", *Revista de Derecho Público*, n.° 34, 2015, p. 1 a 34, disponible en [https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub505.pdf].

Fuenzalida Bascuñán, Sergio. "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho. Una revisión de la doctrina del 'examen de convencionalidad'", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. xxviii, n.° 1, 2015, pp. 171 a 192, disponible en [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173741316008].

Garzón Buenaventura, Edgar Fabián. "De la supremacía de la constitución a la supremacía de la convención", *Verba luris*, n.° 31, 2014, pp. 189 a 204, disponible en [https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/52].

Gil Botero, Enrique. *Control de convencionalidad en Colombia: una experiencia de diálogo judicial*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2019.

Gómez Gamboa, David Augusto. "Hacia un 'Ius Constitutional Commune Americanum': comentario al voto razonado del Juez Ferrer Mac-Gregor a la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de marzo de 2013, con ocasión a la supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso Gelman vs. Uruguay", *Frónesis. Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, vol. 20, n.° 3, 2013, pp. 447 a 467.

González Domínguez, Pablo. "La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad", *Estudios Constitucionales*, vol. 15, n.° 1, 2017, pp. 55 a 98, disponible en [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82052274003].

Gutiérrez Ramírez, Luis Miguel. "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: interacción, confusión y autonomía. Reflexiones desde la experiencia francesa", *Revista iidh*, n.° 64, 2016, pp. 239 a 264, disponible en [https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/71156].

Henríquez Viñas, Miriam. "La naturaleza del control interno de convencionalidad y su disímil recepción en la jurisprudencia de las cortes chilenas", *Revista Derecho del Estado*, n.° 43, 2019, pp. 131 a 157, disponible en [https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/5909].

Hitters, Juan Carlos. "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", *Estudios Constitucionales*, vol. 7, n.° 2, 2009, pp. 109 a 128, disponible en [https://www.redalyc.org/pdf/820/82011841005.pdf].

Midón, Mario A. R. *Control de convencionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2016.

Monroy Cabra, Marco Gerardo. "El derecho internacional como fuente del derecho constitucional", *acdi - Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 1, 2008, pp. 107 a 138, disponible en [https://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/6812].

Mora Méndez, Jorge Andrés. "Hacia la aplicación del control difuso de convencionalidad en Colombia", *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. 40, n.° 40, 2014, pp. 157 a 177, disponible en [http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/10].

Nash Rojas, Claudio. "Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año xix, 2013, pp. 489 a 509, disponible en [https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/4049].

Nogueira Alcalá, Humberto. "Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. xlv, n.° 135, 2012, pp. 1.167 a 1.220, disponible en [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42724584008].

Núñez Donald, Constanza. "Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile" (tesis de licenciatura), Santiago, Universidad de Chile, 2014, disponible en [https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/129769/Control-de-convencionalidad-teor%C3%ADa-y-aplicaci%C3%B3n-en-Chile.pdf?sequence=1&isAllowed=y].

Olano García, Hernán Alejandro. "El bloque de constitucionalidad en Colombia", *Estudios Constitucionales*, vol. 3, n.° 1, 2005, pp. 231 a 242, disponible en [https://www.redalyc.org/pdf/820/82003112.pdf].

Olano García, Hernán Alejandro. "Teoría del control de convencionalidad", *Estudios Constitucionales*, vol. 14, n.° 1, 2016, pp. 61 a 94, disponible en [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82046567003].

Parada Figueroa, Angie Noraima. "Aplicación del control de convencionalidad dentro del Estado colombiano" (tesis de grado), Cúcuta, Universidad Libre de Colombia, 2019, disponible en [https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/17799].

Pérez Fuentes, Carlos Alfredo. "El control de convencionalidad *ex officio* en el marco de post-conflicto en Colombia", *Saber, Ciencia y Libertad*, vol. 12, n.° 1, 2017, pp. 19 a 45, disponible en [https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/saber/article/view/691].

Quinche Ramírez, Manuel Fernando. "El control de convencionalidad y el sistema colombiano", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.° 12, 2009, pp. 163 a 190, disponible en [https://corteidh.or.cr/tablas/r25586.pdf].

Quinche Ramírez, Manuel Fernando. "La constitucionalización y la convencionalización del derecho en Colombia", *Revista Jurídicas*, vol. 13, n.° 1, 2016, pp. 43 a 63, disponible en [http://vip.ucaldas.edu.co/juridicas/downloads/Juridicas13(1)_4.pdf].

Reina García, Óscar M. "Las cláusulas de apertura o reenvío hacia fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad", *Revista Derecho del Estado*, n.° 29, 2012, pp. 176 a 214, disponible en [https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3296].

Rincón Plazas, Elmer Ricardo. "¿Cómo funciona el control de convencionalidad?: definición, clasificación, perspectiva y alcances", *Iter Ad Veritatem*, vol. 11, n.° 11, 2013, pp. 197 a 214, disponible en [http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/view/579].

Rodas Balderrama, Víctor Hugo. "Aplicación del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano de los derechos humanos", *Revista IIDH*, vol. 64, 2016, pp. 311 a 346, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36285.pdf].

Rodríguez Castañeda, Roberto y Tiffanny Tinoco Smith. "Límites al control de convencionalidad difuso", *Nuevo Derecho*, vol. 15, n.° 24, 2019, pp. 17 a 36, disponible en [https://revistas.iue.edu.co/index.php/nuevoderecho/article/view/1104].

Sagüés, Néstor Pedro. "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", *Estudios Constitucionales*, vol. 8, n.° 1, 2010, pp. 117 a 135, disponible en [https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82018806005].

Sanabria Moyano, Jesús Eduardo y Lina María Bedoya Cerquera. "Control de convencionalidad de la reparación integral en las decisiones del Consejo de Estado colombiano", *Academia & Derecho*, n.° 20, 2020, pp. 193 a 228, disponible en [https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/8049].

Sierra Zamora, Paola Alexandra; Jaime Cubides Cárdenas y Hugo Carrasco Soulé. "El control de convencionalidad: aspectos generales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en el derecho colombiano", en Jaime Cubides Cárdenas (ed.). *El control de convencionalidad (CCV): fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2016, pp. 51 a 87, disponible en [https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14400/4/control-de-convencionalidad.pdf].

Suelt-Cock, Vanessa. "El bloque de constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del bloque en derechos en Colombia", *Vniversitas*, vol. 65, n.º 133, 2016, pp. 301 a 382, disponible en [https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/17747].

von Bogdandy, Armin; Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*, Querétaro, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, disponible en [https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36072.pdf].

Editado por el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–,
en febrero de 2023

Se compuso en caracteres Minion Pro de 11 y 9 ptos.

Bogotá, Colombia