

# REVISTA

**IIDH** INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS  
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME  
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS  
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

# 74



Julio - Diciembre 2021



Embajada de Noruega  
*Ciudad de México*

REVISTA  
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos  
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme  
Instituto Interamericano de Direitos Humanos  
Inter-American Institute of Human Rights

© 2021 IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista  
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos  
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)  
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-  
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

*Corrección de estilo: Español: Jacinta Escudos  
Portugués: María Gabriela Sancho Guevara  
Inglés: Charles Moyer*

*Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca Salom*

*Impresión litográfica: Litografía Imprenta Versalles*

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

*Se solicita atender a las normas siguientes:*

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: [s.especiales2@iidh.ed.cr](mailto:s.especiales2@iidh.ed.cr).

***Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH***

**Instituto Interamericano de Derechos Humanos**

Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica

Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955

e-mail:[s.especiales2@iidh.ed.cr](mailto:s.especiales2@iidh.ed.cr)

**[www.iidh.ed.cr](http://www.iidh.ed.cr)**

## Índice

<b>Presentación</b> .....	7
<i>José Thompson J.</i>	
<b>Direitos humanos intergeracionais na litigância climática latino-americana</b> .....	13
<i>Elisa Fiorini Beckhauser</i>	
<i>Valeriana Augusta Broetto</i>	
<i>Fernanda de Salles Cavedon-Capdeville</i>	
<b>Restricción de la libertad de circulación en Argentina: “un país feederal”</b> .....	49
<i>Juan Cruz Fanin</i>	
<b>La dignidad humana como un eje rector en la interpretación normativa en la defensa y protección de los derechos humanos en México</b> .....	81
<i>Juan Carlos Galicia López</i>	
<b>Aproximación al concepto y análisis de la “sistematicidad” en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos</b> .....	113
<i>Javier A. Galindo P.</i>	
<b>La ciencia del derecho comparado. Notas introductorias para su comprensión a partir de algunas voces de ilustres iuscomparatistas</b> .....	143
<i>Marcos Geraldo Hernández Ruiz</i>	

<b>Los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) en la jurisprudencia de la Corte IDH y la reinterpretación del artículo 26 de la CADH</b> .....	189
<i>Juan Carlos Hitters</i>	
<b>Health, gender and climate change: towards a sustainable development</b> .....	223
<i>Camila Mies</i>	
<b>Aproximación al derecho a la salud ambiental en Perú: ¿Es necesario su reconocimiento para proteger a los pueblos indígenas, en casos de contaminación por metales pesados?</b> .....	245
<i>Sofía Diana Isabel Rodríguez Yupanqui</i>	
<b>Los derechos del niño, el litigio estratégico en Derechos Humanos y el medio ambiente: un estudio de caso</b> .....	283
<i>Ana Claudia Santano</i>	
<b>A apatridia de crianças no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: análise da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos</b> .....	307
<i>Estela Cristina Vieira de Siqueira</i>	
<i>Vinicius Villani Abrantes</i>	

## Presentación

Para el Instituto Interamericano de Derechos Humanos es motivo de gran satisfacción la salida a la luz pública de su Revista IIDH número 74, la más reciente de una tradición que comenzó en 1985, y que durante 36 años continúa difundiendo doctrina y debates especializados en materia de derechos humanos. En esta edición hay una serie de artículos que abordan situaciones contemporáneas. Por una parte, en continuación a la Revista número 73, se repasan los impactos de la pandemia COVID-19 en los derechos humanos. Por otro lado, se aborda el fenómeno del cambio climático y su influencia en la vigencia de los derechos. Asimismo, se incluyen contribuciones relacionadas con la protección de los derechos de las personas y grupos en especial situación de vulnerabilidad. El IIDH espera que esta publicación contribuya a ahondar en el debate en este campo y a propiciar el desarrollo de nuevos conocimientos.

Brevemente, a continuación se reseñan los artículos que contiene esta edición, comenzando con la contribución de Elisa Fiorini Beckhauser, Valeriana Augusta Broetto y Fernanda de Salles Cavedon-Capdeville, titulada *Direitos humanos intergeracionais na litigância climática latino-americana*. En esta se aborda la amenaza que significa el cambio climático para los derechos humanos, especialmente de la niñez, juventudes y las generaciones futuras del Sur Global. El artículo aborda la perspectiva intergeneracional de los derechos humanos en litigios de América Latina, a través del análisis de casos de la región. Al respecto, se identifica una tendencia hacia el reconocimiento

de los derechos de la naturaleza, destacando la vulnerabilidad conectada de la niñez y los ecosistemas latinoamericanos al cambio climático.

Por su parte, Juan Cruz Fanin, autor de *Restricción de la libertad de circulación en Argentina: “un país federal”*, estudia la suspensión de derechos fundamentales (particularmente, la libertad de circulación y tránsito) que tuvo lugar en Argentina a propósito del Decreto de Necesidad y Urgencia No. 297/20 con motivo de la pandemia. La falta de un criterio federal unificado y discrepancias entre las provincias sobre las medidas de emergencia se analiza no solo como un factor en las violaciones a los derechos antes mencionados, sino que también se cuestiona en sí un sistema político federal que, en la práctica, no parece resultar eficaz para la garantía de derechos en este escenario.

En *La dignidad humana como un eje rector en la interpretación normativa en la defensa y protección de los derechos humanos en México*, Juan Carlos Galicia López realiza un profundo repaso de la doctrina, de la norma constitucional, de relevante jurisprudencia nacional y de los instrumentos universales e interamericanos de derechos humanos más emblemáticos. El análisis visibiliza el contenido del concepto de la dignidad humana con el fin de destacar la importancia que tiene dicho principio como un eje rector en la interpretación normativa de los derechos humanos. La sólida argumentación se vincula con las posibilidades que ofrece la aplicación de los estándares de derechos humanos para el acceso a la justicia y garantía de los derechos humanos, pero también cuestiona desafíos pendientes, particularmente en cuanto a la protección de los pueblos indígenas en el país.

En el artículo *Aproximación al concepto y análisis de la “sistematicidad” en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Javier A. Galindo realiza un profundo estudio de la doctrina y jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericano con la finalidad de conceptualizar la sistematicidad como un elemento de las violaciones de derechos humanos e, incluso, crímenes de lesa humanidad. El estudio facilita la identificación de las características de la sistematicidad, lo que resulta revelador y de gran utilidad para las personas litigantes y operadoras de justicia.

El artículo *La ciencia del derecho comparado. Notas introductorias para su comprensión a partir de algunas voces de ilustres iuscomparatistas*, de Marcos Geraldo Hernández Ruiz, presenta el Derecho Comparado como una ciencia jurídica moderna que posibilita a las personas juristas perfeccionar el Derecho en beneficio de la sociedad. El estudio da cuenta de una metodología que transita desde la definición del Derecho Comparado, su función, el objeto, el método y la finalidad. En definitiva, se presenta el Derecho Comparado como una herramienta de reflexión, toda vez que el derecho doméstico coexiste con otros órdenes, como lo es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En su artículo *Los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) en la jurisprudencia de la Corte IDH y la reinterpretación del artículo 26 de la CADH*, Juan Carlos Hitters estudia y repasa los principales estándares interamericanos para la protección de los DESCAs, incluyendo la transformación jurisprudencial de la Corte IDH sobre la justiciabilidad directa de artículo relacionado con el Desarrollo Progresivo de la Convención. La sistematización



de estándares que realiza el artículo visibiliza los desarrollos jurisprudenciales más emblemáticos en la materia, con el fin de evidenciar los cambios argumentativos del Tribunal y, con ello, la interdependencia, indivisibilidad, progresividad y exigibilidad inmediata de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Camila Mies en su artículo denominado *Health, gender and climate change: towards a sustainable development*, analiza el derecho humano a la salud bajo una sólida perspectiva de género. El estudio revela como la garantía de este derecho se materializa de forma distinta para hombres y mujeres debido a las relaciones de poder y jerarquía que sustentan la inequidad de género en nuestra sociedad. Por ello, el artículo plantea la necesidad de identificar y estudiar la relación que existe entre salud, género y cambio climático y cómo ello afecta la consecución de un desarrollo sostenible.

En el artículo *Aproximación al derecho a la salud ambiental en Perú: ¿Es necesario su reconocimiento para proteger a los pueblos indígenas, en casos de contaminación por metales pesados?*, Sofía Diana Isabel Rodríguez Yupanqui hace referencia al concepto de salud ambiental. El análisis parte de un repaso a los antecedentes de la protección al medio ambiente en los casos de pueblos indígenas, desde el marco internacional y en el contexto normativo peruano. El estudio destaca la relevancia que tienen el derecho a la salud y el derecho al medio ambiente en los desarrollos normativos y jurisprudenciales actuales, pero también explica y argumenta la necesidad de que sea reconocido un derecho en específico a la salud ambientan con un enfoque desde el pluralismo jurídico.

Ana Claudia Santano, en *Los derechos del niño, el litigio estratégico en Derechos Humanos y el medio ambiente: un estudio de caso*, estudia un caso bajo la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relacionado con la responsabilidad de los Estados frente al cambio climático. Dos aspectos esenciales se destacan: por una parte, que la denuncia está dirigida a más de 30 países, por otro lado, que involucra los derechos de las juventudes e infancias. El artículo repasa los aspectos más emblemáticos del caso hasta sus más recientes instancias y destaca las posibilidades de una eventual sentencia con un fuerte enfoque de interseccionalidad en un caso relacionado con cuestiones medio ambientales. Sin duda, el análisis invita a permanecer con atención al desarrollo de este caso.

En *A apatridia de crianças no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: análise da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, Estela Cristina Vieira de Siqueira y Vinicius Villani Abrantes realizan un amplio estudio jurisprudencial de los criterios de la Corte IDH relacionados con el derecho a la nacionalidad. El estudio evidencia una construcción social excluyente que perpetúa el racismo estructural, y que a la fecha sostiene prácticas estatales en donde se priva a las personas de sus derechos más elementales con motivo de su origen étnico. La omisión de inscripción en registro nacionales y las expulsiones colectivas son algunas situaciones que se examinan, con el fin de evidenciar la dimensión *de facto* de la apatridia, especialmente en las infancias.

Concluyo esta presentación con el agradecimiento de siempre a la cooperación noruega, sin cuyo apoyo no sería posible la

producción y difusión de nuestra Revista IIDH, al Consejo Consultivo Editorial por sus valiosos aportes, y a las autoras y autores por sus relevantes contribuciones.

*José Thompson J.*  
Director Ejecutivo, IIDH  
Instituto Interamericano de Derechos Humanos

# Direitos humanos intergeracionais na litigância climática latino-americana

*Elisa Fiorini Beckhauser\**

*Valeriana Augusta Broetto\*\**

*Fernanda de Salles Cavedon-Capdeville\*\*\**

## Introdução

A crise climática remodela os direitos humanos, que demonstram sua importância no enfrentamento do maior desafio da humanidade no século XXI. Os que estão especialmente expostos, como crianças e jovens, buscam visibilidade e proteção em jurisdições nacionais e em organismos internacionais. A perspectiva intergeracional dos direitos humanos tem se afirmado como um argumento central na litigância climática, evidenciando revisão da perspectiva temporal desses direitos na garantia de um futuro seguro.

---

\* Estudante de Doutorado em Direito e Sustentabilidade na Universidade do Salento (Itália). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil).

\*\* Estudante de Mestrado em Direito Ambiental na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Brasil). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil).

\*\*\* Doutora em Direito Ambiental pela Universidade de Alicante (Espanha); pós-doutora na Universidade de Limoges (França), e estudante de pós-doutorado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil).

A América Latina é uma região complexa, sócio e biodiversa<sup>1</sup>, altamente exposta aos impactos do desequilíbrio do clima<sup>2</sup>, que acentua vulnerabilidades e desigualdades preexistentes. Esta complexidade impulsiona experiências jurídicas inovadoras, a exemplo da litigância climática. Considerando estes fatores, o objeto do presente estudo é a perspectiva intergeracional dos direitos humanos na litigância climática da América Latina. Explora-se como e por quais razões os direitos humanos têm se configurado como argumento forte na litigância climática na região. Abordam-se as relações entre direitos da criança e clima, e o reconhecimento da perspectiva intergeracional dos direitos humanos nesse contexto. Para delinear o perfil das experiências latino-americanas de litigância climática intergeracional faz-se uma análise de oito casos envolvendo Argentina, Brasil, Colômbia, Equador, Guiana, Haiti e Peru.

Identifica-se um perfil único de litígios climáticos, articulando direitos humanos e direitos da natureza, fundamentados a partir de uma abordagem multinível e com uma perspectiva intergeracional. Confirma-se que a América Latina impulsiona experiências jurídicas inovadoras face à crise climática, alinhadas às especificidades socioambientais, aos direitos e às necessidades dos que estão na linha de frente dessa crise, como é o caso de crianças e jovens.

- 
- 1 Cerca de 60% da vida terrestre global se encontra na América Latina. Seis dos países com maior biodiversidade são latino-americanos: Brasil, Colômbia, Equador, México, Peru e Venezuela. UNEP-WCMC. *The State of Biodiversity in Latin America and the Caribbean: A mid-term review of progress towards the Aichi Biodiversity Targets*. Cambridge: UNEP-WCMC, 2016.
  - 2 América Central é a segunda região mais exposta à mudança climática, e a América do Sul fica na 6ª posição, de acordo com o *Climate Change Vulnerability Index 2017*, <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/verisk%20index.pdf>. No período 1998-2017, entre os 10 países mais afetados por riscos climáticos, 5 estão na América Latina e Caribe. Eckstein, D.; Hutfils, M. L.; Wignes, M. *Global Climate Risk Index 2019*. Berlim: German Watch, 2019.

## Os direitos humanos na litigância climática do Sul Global

A relação entre crise climática e direitos tem sido abordada tanto por organismos regionais, a exemplo da Organização dos Estados Americanos (OEA)<sup>3</sup>, do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH)<sup>4</sup> e da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL)<sup>5</sup>; como pelo Sistema Universal de Direitos Humanos, a exemplo do Conselho de Direitos Humanos<sup>6</sup> e o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos<sup>7</sup>. O papel dos direitos humanos

---

3 Por exemplo, a Resolução da Assembleia Geral da OEA n. 2429 de 2008 “*Derechos Humanos y Cambio Climático en las Américas*”.

4 Por exemplo, o Comunicado da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) de 2015, expressando preocupação com os efeitos da mudança climática sobre os direitos humanos, e o Parecer Consultivo 23/17 de 2017 sobre direitos humanos e meio ambiente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, reconhecendo que a mudança climática afeta estes direitos. Em 2019 a Comissão realizou audiência pública sobre os efeitos da mudança climática sobre os direitos humanos, especialmente dos povos indígenas, crianças e comunidades rurais, cujo relatório dos solicitantes pode ser consultado em: Diaz, M. A., et al. *Cambio Climático y los Derechos de Mujeres, Pueblos Indígenas y Comunidades Rurales en las Américas*. Bogotá: Fundação Heinrich Boll, 2020.

5 Lamarche, D. B. et. al. *Cambio Climático y Derechos Humanos: perspectivas desde y para América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL, Nações Unidas, 2019.

6 Por exemplo, as resoluções sobre direitos humanos e mudança climática, publicadas a partir de 2008, abordando a questão a partir da perspectiva de grupos específicos, como crianças, mulheres, migrantes, idosos, entre outros: A/HRC/RES/7/23 (2008), A/HRC/RES/10/13 (2009), A/HRC/RES/19/22 (2011), A/HRC/RES/26/27 (2014), A/HRC/RES/29/15 (2015), A/HRC/RES/32/33 (2016), A/HRC/RES/35/20 (2017), A/HRC/RES/38/4 (2018), A/HRC/RES/41/21 (2019), A/HRC/44/L.5 (2020).

7 A partir de um primeiro relatório apresentado em 2009 sobre a relação entre direitos humanos e mudança climática (A/HRC/10/61) o ACNUDH publicou outros 11 relatórios, abordando o tema na perspectiva de grupos ou direitos específicos como, por exemplo, idosos (A/HRC/47/46), pessoas portadoras de

nas ações e políticas climáticas também é reconhecido no Regime Internacional do Clima. A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (CQNUMC) integra o princípio de solidariedade intergeracional na proteção do sistema climático, pautada na equidade, que é condição para a realização dos direitos humanos. O Acordo de Cancún, que resulta da 16ª Conferência das Partes à CQNUMC (2010), reconhece as consequências da mudança climática para o gozo efetivo dos direitos humanos, que são definitivamente integrados ao regime internacional do clima através do Acordo de Paris de 2015. Em seu preâmbulo, solicita aos Estados que respeitem, promovam e considerem suas obrigações na matéria ao adotar medidas relacionadas à mudança climática, especialmente direitos de grupos vulneráveis, como as crianças<sup>8</sup>.

A sinergia entre direitos humanos e clima propiciou o reconhecimento de uma nova dimensão do direito ao meio ambiente: o direito ao clima seguro. O Relator Especial da ONU sobre as obrigações de direitos humanos relacionadas ao usufruto de um meio ambiente seguro, limpo, saudável e sustentável, aponta o clima seguro como um elemento substantivo do direito ao meio ambiente, baseado nos compromissos que decorrem da agenda climática internacional<sup>9</sup>.

---

necessidades especiais (A/HRC/44/30), mulheres (A/HRC/41/26), migrantes (A/HRC/38/21) e crianças (A/HRC/35/13).

- 8 Para aprofundar a perspectiva dos direitos humanos na Agenda do Clima, sugere-se: Mayer, B. *Human Rights in the Paris Agreement*. In: *Climate Law*, 2016, pp. 109-117. Rajamani, L. *Human Rights in the Climate Change Regime: from Rio to Paris and Beyond*. In: Knox, J.; Pejan, R. *The Human Right to a Healthy Environment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 236-251.
- 9 UNGA. *Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment - Safe Climate*. A/74/161. Nova Iorque: UNGA, 2019.

Esse direito também emerge no contexto da litigância climática. No litígio *L’Affaire du Siècle*<sup>10</sup>, pleiteia-se um princípio geral que fundamenta o direito de viver em um sistema climático preservado, mesmo sem previsão jurídica expressa, que resulta da consciência jurídica contemporânea e das exigências do Estado de Direito. No caso do Instituto de Estudos Amazônicos c. Brasil<sup>11</sup>, alega-se o direito à estabilidade climática e os deveres de ordem objetiva a ele correlatos, constitucionalmente implícitos. Outros novos direitos também têm sido invocados a partir da perspectiva intergeracional, como o direito de lutar contra a extinção da espécie humana<sup>12</sup> ou o direito a um projeto de futuro<sup>13</sup>. Considerando que os direitos humanos são um ‘instrumento vivo que deve ser interpretado à luz das condições atuais’<sup>14</sup>, expande-se o seu conteúdo axiológico-normativo para adequá-los ao contexto da crise climática.

O reconhecimento dos impactos do desequilíbrio do clima sobre os direitos, especialmente dos que estão na linha de frente da crise climática, repercute nas obrigações estatais e responsabilidades do setor econômico<sup>15</sup>. Decorre do direito ao clima seguro a obrigação dos Estados de prevenir interferências danosas no sistema climático, de promover este direito e evitar sua violação. Os Estados têm a obrigação de prevenir riscos e

---

10 *Notre Affaire à Tous* c. França (Tribunal Administrativo de Paris, 2018), pendente de decisão.

11 Instituto de Estudos Amazônicos c. Brasil (Justiça Federal de Curitiba, 2020), pendente de decisão.

12 Do-Hyun Kim e outros c. Coréia do Sul (Corte Constitucional, 2020), pendente de decisão.

13 Álvarez e outros c. Peru (Superior Tribunal de Lima, 2019), pendente de decisão.

14 *Tyrer v UK* (1978) 2 European Court of Human Rights 5.

15 Sobre o tema, ver: *United Nations Human Rights Office of the High Commissioner. Human Rights, Climate Change and Business - Key Messages*. Genebra: ONU, 2020.



reparar danos climáticos que ocorram dentro do seu território e fora dele, sendo responsáveis pelas violações de direitos que resultem de sua contribuição à mudança climática, o que se estende à regulação e controle de empresas sob sua jurisdição<sup>16</sup>. Desde os primeiros casos estratégicos relacionando direitos humanos e clima<sup>17</sup>, como Asghar Leghari c. Federação do Paquistão<sup>18</sup>, consolida-se a estratégia de invocar estes direitos, tanto nos litígios em jurisdições nacionais, como nos sistemas de proteção dos direitos humanos. Vejam-se as petições submetidas à Corte Europeia de Direitos Humanos<sup>19</sup> e aos organismos de controle de tratados do Sistema Universal<sup>20</sup>.

---

16 *Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR). Key Messages on Human Rights and Climate Change*. n.d. Disponível em: <<https://www.unhcr.org/events/conferences/5a1812a87/ohchrs-key-messages-human-rights-climate-change-migration.html>>. UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Safe Climate - Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment*. Genebra: ONU, 2019. (UN Doc. A/74/161).

17 Sobre o argumento dos direitos humanos na litigância climática, ver: Peel, J.; Osofsky, H. M. *A Rights Turn in Climate Change Litigation? Transnational Environmental Law*, v. 7, n. 1, 2017, p. 37-67. Savarezi, A.; Auz, J. *Climate Change Litigation and Human Rights: Pushing the Boundaries, Climate Law*, v. 9, n. 3, 2019. p. 244-262.

18 Leghari c. Paquistão, WP No. 25501/2015, Suprema Corte de Lahore, Set. 4, 2015. Maiores informações sobre sua importância para o argumento dos direitos humanos em: Barritt, E.; Sediti, B. *The Symbolic Value of Leghari v. Federation of Pakistan: Climate Change Adjudication in the Global South. King's Law Journal – Environmental Justice in the Anthropocene*, v. 30, n. 2, 2019, p. 203-210.

19 Identificam-se 3 casos na Corte Europeia de Direitos Humanos, todos pendentes de decisão: Mex M c. Áustria (2021), Duarte Agostinho e Outros c. Portugal e 32 outros países (2020) e Union of Swiss Senior Women for Climate Protection c. Swiss Federal Council e outros (2020).

20 No Comitê de Direitos Humanos estão dois casos: Ioane Teitiota c. Nova Zelândia, com decisão definitiva em 2020 e Torres Strait Islanders c. Austrália, petição apresentada em 2019. No Comitê dos Direitos da Criança: Sacchi e outros c. Argentina, Brasil, Alemanha, França e Turquia, decidido em 2021. Destaca-se,

Direitos humanos e obrigações estatais correlatas quanto à mudança climática têm se consolidado como argumento jurídico forte da litigância relacionada ao clima no Sul Global, despertando um crescente interesse pelo fenômeno na região<sup>21</sup>. Em razão da maior vulnerabilidade<sup>22</sup> dos povos do Sul aos riscos climáticos, a litigância conecta a natureza ‘periférica’ das questões climáticas aos direitos humanos e constitucionais, proteção ambiental, uso da terra, desastres, gestão e conservação de recursos naturais<sup>23</sup>. Considerando que os impactos da mudança climática dependem também de fatores sociojurídicos<sup>24</sup>, a litigância do Sul Global

---

ainda, a petição apresentada por tribos indígenas da Louisiana e do Alaska à 11 Relatores Especiais de Direitos Humanos da ONU, solicitando medidas por parte dos Estados Unidos da América relacionadas à violação de direitos humanos que resulta dos deslocamentos forçados em consequência da mudança climática, em 2020.

- 21 Ver, por exemplo: Peel, J.; Lin, J. *Transnational Climate Litigation: The Contribution of the Global South. American Journal of International Law*, v. 113, n. 4, 2019, p. 679-726. Setzer, J.; Benjamin, L. Climate Litigation in the Global South: Constraints and Innovations. *Transnational Environmental Law*, v. 9, n. 1, 2020, p. 77-101. Osofsky, H. M. *The Geography of Emerging Global South Climate Change Litigation, AJIL Unbound*, v. 114, 2020, p. 61-66. Rodríguez-Garavito, C. Human Rights: *The Global South's Route to Climate Litigation. AJIL Unbound*, v. 114, 2020, p. 40-44.
- 22 A vulnerabilidade lida com condições de insegurança material, mas suas causalidades estão interligadas a injustiças históricas e estruturais, de modo que há uma dimensão política na criação de riscos de desastres, assim como na capacidade de resposta à mudança climática. Assim, desastres originados por eventos climáticos resultam de vulnerabilidades pré-existentes que se chocam com eventos naturais. Lizarralde, G *et al. We said, they said: the politics of conceptual frameworks in disasters and climate change in Colombia and Latin America. Disaster Prevention and Management: An International Journal*. Vol. 29, n. 6, 2020 p. 909-928 Emerald Publishing Limited 0965-3562.
- 23 Louis Kotzé, “*Human Rights, the Environment and the Global South*”, in Shawkat Alam, Sumudu Atapattu, Carmen Gonzalez and Jona Razzaque (eds.), *International Environmental Law and the Global South* (CUP 2015).
- 24 *Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). Special Report on Climate Change and Land*. 2020. Available at <https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/>

aborda a crise climática em termos de equidade e justiça. Coloca as comunidades no centro das preocupações, dá visibilidade e reconhecimento a grupos e pessoas específicas, dá um rosto à mudança climática<sup>25</sup>. Ao adotar a estratégia do litígio, invocam os direitos humanos a partir de uma lente única, que reflete a sociobiodiversidade e as especificidades da região, o que requer proteger ecossistemas essenciais ao clima e aos modos de vida tradicionais e os direitos dos grupos mais expostos e invisibilizados nos processos decisórios.

A análise dos litígios climáticos do Sul Global aponta para alguns traços comuns. Centram-se nos vetores da mudança climática, como o desmatamento, a indústria extrativista e os impactos a ecossistemas essenciais e ao equilíbrio do clima, a exemplo dos casos relacionados à Floresta Amazônica<sup>26</sup>. Os litígios se concentram em temas mais visíveis e urgentes na região e que afetam o alcance de objetivos climáticos. A mudança climática figura como um elemento transversal que incide e agrava problemas ambientais, conflitos e vulnerabilidades preexistentes, e ameaça os direitos humanos. Outra característica é o enfoque na implementação e efetividade de compromissos e políticas climáticas e ambientais existentes, mais do que adoção de novas normas ou objetivos mais ambiciosos, e a consideração das questões relacionadas à adaptação, além da redução de emissores.

---

[sites/4/2020/02/SPM\\_Updated-Jan20.pdf](https://www.iidh.org/sites/4/2020/02/SPM_Updated-Jan20.pdf).

25 Osofsky, Hari M. *The geography of emerging Global South climate change litigation. Symposium on Jacqueline Peel & Jolene Lin, 'Transnational climate litigation: the contribution of the Global South'*. 2020.

26 Instituto de Estudos Amazônicos c. Brasil, Tribunal Federal da Circunscrição de Curitiba (2020, pendente de decisão); PSB e outros c. Brasil, Supremo Tribunal Federal (2020, pendente de decisão), Gerações Futuras c. Min. Ambiente, Corte Suprema de Justiça da Colômbia (2018); Álvarez e outros c. Peru, Corte Superior de Justiça de Lima (2019, pendente de decisão).

Identificam-se aspectos propulsores do argumento dos direitos humanos nos litígios climáticos do Sul Global, como o constitucionalismo ambiental, que promove a integração de direitos ambientais, e mesmo da natureza, nos textos constitucionais. Outro fator é a experiência em matéria de ativismo e de litigância em direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, dos povos indígenas e de judicialização de políticas públicas por falhas de implementação, que é aplicada ao contexto climático. Identifica-se uma abordagem multinível, fundamental para a litigância climática, pela articulação de tratados internacionais, normas constitucionais e infraconstitucionais. A jurisprudência inovadora e a postura progressista dos tribunais em matéria ambiental e de direitos e a articulação dos direitos humanos às pautas ambientais também favorecem a litigância climática centrada em direitos<sup>27</sup>.

Quanto à América Latina, Auz<sup>28</sup> aponta três fatores que impulsionam os litígios climáticos pautados em direitos humanos: i) o reconhecimento de direitos ambientais constitucionais, a mudança climática é apontada nos litígios da região como fator de ameaça aos direitos ambientais, mesmo se o clima não é o elemento principal da discussão; ii) a abertura dos países da região ao direito internacional e a utilização de obrigações internacionais e regionais de direitos humanos nos litígios climáticos e iii) a presença em todas as constituições latino-

---

27 Na Corte Interamericana de Derechos Humanos o Parecer Consultivo *Meio Ambiente e Direitos Humanos* – OC-23/17 de 15 de novembro de 2017 e o primeiro caso de reconhecimento de violação do direito ao meio ambiente como um direito autônomo - Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs. Argentina. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 6 de fevereiro de 2020. Série C N. 400.

28 Auz, Juan. *Litigios climáticos basados en los derechos humanos en América Latina*. Fundação Heinrich Böll, 2021. Publicação digital, disponível em: <<https://co.boell.org/es/2021/04/26/litigios-climaticos-basados-en-los-derechos-humanos-en-america-latina>>.

americanas de instrumentos processuais para proteger direitos fundamentais. A litigância climática na região apresenta um perfil peculiar, a partir da configuração dos conflitos socioecológicos e da interseccionalidade da justiça ambiental<sup>29</sup>. Integra os direitos humanos interpretados em uma perspectiva ecologizada<sup>30</sup>, os direitos da natureza e outros argumentos de base ecocêntrica e a perspectiva intergeracional. O enfoque ecocêntrico ganha reforço com a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos do direito ao meio ambiente, como direito que protege a todos os elementos ambientais como interesses jurídicos em si mesmos e pela sua importância para os demais organismos vivos que, por sua vez, também merecem proteção<sup>31</sup>. Traduz-se pela articulação dos direitos humanos com o reconhecimento de direitos específicos à natureza, como demonstram os casos analisados adiante, no que se refere à Floresta Amazônica e ao Delta do Rio Paraná.

Verifica-se que a litigância climática se apropria e promove inovações jurídicas na América Latina, como resultado da necessidade de adaptar os direitos humanos e de reconhecer novos direitos mais adequados ao contexto da crise climática e das especificidades da região. Identifica-se a tendência a uma interpretação extensiva dos direitos humanos para integrar uma perspectiva climática, através do direito ao clima

---

29 Luis Felipe Jiménez, Mauricio Pérez and Diana Niño, *Litigio estratégico y justicia climática: Una mirada a la realidad de los estrados y las decisiones judiciales en el mundo* in Natalia Niño and Wilfredo Galvis (eds.) *Emergencia climática: prospectiva 2030* (UEC 2020).

30 Sobre a ecologização dos direitos humanos e experiências no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ver: Cavedon-Capdeville, F. Da Dimensão Ambiental à Ecologização dos Direitos Humanos: Aportes Jurisprudenciais. Em: Morato Leite, J. R. et. al. *A Ecologização do Direito Ambiental Vigente: Rupturas Necessárias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 235-292.

31 CORTE IDH. *Meio Ambiente e Direitos Humanos* – Parecer Consultivo OC-23/17 de 15 de novembro de 2017 Solicitada pela República da Colômbia. § 62.

seguro, e ecológica, que reconhece à natureza o direito de existir e contribuir ao equilíbrio do sistema climático global. Esta interpretação dos direitos humanos a partir do contexto da crise climática lhes confere igualmente uma perspectiva intergeracional, também presente nos litígios da região.

## **Os direitos da criança face à crise climática e a perspectiva intergeracional dos direitos humanos**

A mudança climática ameaça desproporcionalmente os direitos das crianças e adolescentes e põe em risco a possibilidade das futuras gerações de viver em um mundo seguro, pois seus impactos afetam direitos do presente e do futuro. Considerando que estão no início da vida, esses grupos ainda terão de lidar com cenários climáticos extremos para os quais tiveram pouca ou nenhuma contribuição. Alguns, inclusive, já experimentam de forma mais severa os impactos da mudança climática<sup>32</sup>, como alerta a organização *Save the Children*<sup>33</sup> sobre inúmeras crianças ao redor do mundo que hodiernamente sentem efeitos irreversíveis no seu direito à vida<sup>34</sup>.

---

32 United Nations, *Analytical study on the relationship between climate change and the full and effective enjoyment of the rights of the child: Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*. A/HRC/35/13.

33 Após a publicação do sexto relatório de avaliação do IPCC (AR6), em agosto de 2021, a ONG *Save the Children* declarou que o relatório é “um aviso angustiante, mas as crianças já sofrem impactos devastadores das mudanças climáticas”. Disponível em: <https://reliefweb.int/report/world/report-harrowing-warning-children-already-suffer-devastating-impacts-climate-change>.

34 De acordo com a UNICEF: i) mais de um terço das crianças está exposta a ondas de calor e à escassez de água; ii) aproximadamente uma a cada seis crianças está exposta a ciclones; iii) uma a cada sete crianças está exposta a inundações fluviais; iv) uma a cada dez crianças está exposta a inundações costeiras; e v) uma a cada quatro crianças está exposta a doenças transmitidas por vetores. UNICEF, *The Climate Crisis is a Child Rights Crisis: Introducing the Children’s Climate*

Essas ameaças se sobrepõem, de modo que quase todas as crianças do mundo estão expostas a pelo menos um perigo climático e ambiental. Estão ainda em maior risco aquelas que integram outros grupos vulneráveis, como portadoras de deficiência, migrantes, pobres e indígenas, especialmente as meninas. Com relação a esse recorte de gênero, a *Human Rights Watch*<sup>35</sup> salienta que fatores climáticos podem intensificar problemas preexistentes, como os casamentos de menores, impulsionados pela insegurança alimentar das famílias.

Entre os principais fatores que impactam os direitos de crianças, jovens e gerações futuras podem-se mencionar os eventos climáticos extremos e desastres, a escassez de água e insegurança alimentar, a poluição do ar, as doenças infecciosas e os impactos na saúde mental<sup>36</sup>. Além de problemas externos, as novas gerações terão de enfrentar problemas mentais (ansiedade, estresse crônico, depressão) desencadeados por fatores ambientais. A exposição sistêmica a esses danos sobrepostos desencadeia uma pandemia silenciosa de doenças e distúrbios<sup>37</sup>.

O que está por vir é ainda mais alarmante. Estudo publicado no periódico científico *Science*<sup>38</sup>, mostra que, pelos parâmetros

---

*Index. Summary Report*, 2021.

35 *Climate Change and Child Rights Submission by Human Rights Watch*. 2016. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/RightsChild/HRW.pdf>. Acesso em 5 out. 2021.

36 United Nations, *Analytical study on the relationship between climate change and the full and effective enjoyment of the rights of the child: Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*. A/HRC/35/13.

37 United Nations, *Report of the Special Rapporteur on the implications for human rights of the environmentally sound management and disposal of hazardous substances and wastes* (A/HRC/33/41). 2016.

38 Wim Thiery *et al*, *Intergenerational inequities in exposure to climate extremes*. *Science*, [S.L.], *Policy Forum*, 26 set. 2021. *American Association for the Advancement of Science* (AAAS).

da política climática atual, crianças enfrentarão sete vezes mais ondas de calor durante a vida do que seus avós. A mudança do clima ameaça ainda os direitos dos não nascidos, frente à inércia política e econômica em responder ao cenário de emergência. A injustiça intergeracional é reforçada pelas poucas oportunidades conferidas aos jovens e crianças de participar de decisões e escolhas relacionadas ao clima, determinantes para seus direitos e projetos de vida.

Como alerta a Relatoria Especial da ONU para os Direitos Humanos e Meio Ambiente<sup>39</sup>, a mudança climática é uma crise ambiental de longo prazo que afetará os jovens durante toda sua história, ameaçando os direitos à vida, à saúde e ao desenvolvimento. O desequilíbrio do clima tem impactos que se projetam no tempo: além de dificultar que as crianças desfrutem de seus direitos hoje, os danos associados impedem que esses direitos sejam usufruídos no futuro. O direito a um padrão de vida adequado no futuro – interpretação extensiva do direito à vida – depende de condições ambientais propícias no presente. Aponta, ainda, para a necessidade de se criar oportunidades de participação nos processos decisórios relativos ao meio ambiente, que possam afetar o seu desenvolvimento e sobrevivência, o que inclui iniciativas de conscientização e educação. Integrar os direitos humanos no enfrentamento da mudança climática para a proteção das futuras gerações é um imperativo legal e ético, destaca a CEPAL<sup>40</sup>. Isso exige uma abordagem ampla, inclusiva e de gênero para que as medidas de mitigação e adaptação se conformem às referências do grupo específico dos jovens.

---

39 United Nations, *Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy, and sustainable environment* (A/HRC/37/58). 2018. p. 10.

40 *Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Cambio climático y derechos humanos: contribuciones desde y para América Latina y el Caribe*. 2019.



A equidade e a solidariedade intergeracionais, pautadas na meta de um clima seguro, propõem a satisfação equitativa das necessidades dos seres humanos em arranjos de tempo e espaço: pela garantia do bem-estar das gerações presentes sem prejudicar as futuras, e pela promoção de benefícios para segmentos populacionais já vulneráveis<sup>41</sup>.

O reconhecimento das conexões entre clima seguro e realização dos direitos de crianças e jovens têm refletido na interpretação e implementação da Convenção sobre os Direitos da Criança, especialmente nas manifestações do Comitê encarregado do controle de sua aplicação pelos Estados partes. O Comitê para os Direitos da Criança integrou a questão climática na sua Observação Geral n. 15 (2013) sobre o direito das crianças a desfrutar do mais alto nível de saúde possível. Reconhece a mudança climática como uma das principais ameaças a este direito, que exacerba disparidades em termos de saúde e recomenda aos Estados que a saúde das crianças esteja no centro de suas estratégias de adaptação e mitigação da mudança climática<sup>42</sup>.

Em distintas observações finais, o Comitê reforça a importância do protagonismo das crianças no enfrentamento da crise climática. Por exemplo, nas observações finais sobre a Guatemala (CRC/C/GTM/5-6)<sup>43</sup>, recomenda que, ao planejar e gerir os riscos climáticos, o Estado integre o ponto de vista das crianças que vivem no Corredor Seco da América

---

41 *Ibidem*.

42 UN Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 15 (2013) on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (art. 24)*, 2012, (CRC/C/GC/15).

43 UN Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Guatemala*, 2018, (CRC/C/GTM/CO/5-6).

Central. Também nas Observações Finais sobre a Austrália<sup>44</sup>, de 2016, o Comitê externou preocupação com o progresso insuficiente do país em atingir os objetivos do Acordo de Paris e demonstrou insatisfação com a resposta negativa das autoridades a um protesto de crianças pela proteção do meio ambiente, desrespeitando o seu direito de expressão. Em consequência, solicita que se considere as opiniões das crianças no desenvolvimento de políticas e programas de enfrentamento à mudança climática, e que elas sejam melhor preparadas para riscos associados ao clima e desastres.

Outras recomendações que derivam dos direitos das crianças no contexto da crise climática podem ser encontradas, por exemplo, nas observações finais sobre o Cabo Verde<sup>45</sup>, Moçambique<sup>46</sup> e Estados Federados da Micronésia<sup>47</sup>: i) reforçar a conscientização sobre redução de risco de desastres e medidas de prevenção, com fortalecimento dos sistemas de alerta sobre eventos climáticos; ii) incorporar a variável climática em planos escolares, a fim de preparar as crianças para lidar com a mudança do clima; iii) revisar os protocolos de emergência para incluir assistência às crianças durante os desastres; iv) desenvolver uma base de dados empírica para a redução de riscos e preparação para desastres, com atenção às crianças portadoras de necessidades especiais. Devem implementar medidas urgentes que reduzam

---

44 UN Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Australia*, 2019, (CRC/C/AUS/CO/5-6).

45 UN Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the second periodic report of Cabo Verde*, 2019, (CRC/C/CPV/CO/2).

46 UN Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the combined third and fourth periodic reports of Mozambique*, 2019, (CRC/C/MOZ/CO/3-4).

47 UN Committee on the Rights of the Child, *Concluding observations on the second periodic report of the Federated States of Micronesia*, 2020, (CRC/C/FSM/CO/2).

as emissões de gases de efeito estufa e eliminar a exploração industrial de carbono, acelerando a transição energética justa e renovável.

A integração da questão climática no controle do cumprimento da Convenção sobre os Direitos da Criança demonstra que a interpretação de tais direitos deve se dar de acordo com as condições atuais, nas quais a consideração dos impactos climáticos sobre as crianças e suas perspectivas de futuro é essencial. Verifica-se que os direitos da criança e o fomento ao seu protagonismo têm se configurado como uma pauta central no Sistema Universal de Direitos Humanos, ao abordar o impacto da crise climática sobre tais direitos. Além das manifestações do Comitê para os Direitos da Criança, cita-se o interesse do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, expressado no seu estudo analítico sobre a relação entre a mudança climática e o desfrute pleno e efetivo dos direitos da criança, ou ainda a Resolução 32/33 do Conselho de Direitos Humanos da ONU sobre mudança climática, com referências e recomendações relacionadas às crianças<sup>48</sup>.

As conexões entre direitos da criança e clima também se refletem no protagonismo frente à inércia dos governos em proteger seus direitos face à crise climática. O movimento mais expressivo é o *Fridays for Future*, iniciado em 2018 pela ativista Greta Thunberg. Contudo, há décadas crianças e jovens demonstram sua preocupação com a mudança climática<sup>49</sup>, ainda que somente nos últimos anos tenham ganhado visibilidade. Centram-se na constatação de que os adultos falharam na tarefa

---

48 UN Human Rights Council, *Resolution 32/33, Human rights and climate change*, 2016, (A/HRC/RES/32/33).

49 Emma Marris, *Why young climate activists have captured the world's attention*, *Nature*, [S.L.], v. 573, n. 7775, p. 471-472, 18 set, 2019, <http://dx.doi.org/10.1038/d41586-019-02696-0>.

de prevenir a crise climática, e agora devem considerar os interesses das crianças e jovens, que requerem seu espaço nos processos de tomada de decisão. Os governos não só falharam como continuam a propagar promessas vazias e se mantiveram inertes frente a uma crise sem precedentes<sup>50</sup>. Nesse contexto, a jovem ativista Khishigjargal, da Mongolia afirma: “*We are the last generation that can end climate change. We can and we will*”<sup>51</sup>.

A perspectiva intergeracional na litigância climática tem se afirmado como tendência mundial e estratégia para o protagonismo e afirmação de direitos de crianças e jovens nas discussões sobre o clima. Visam-se ações para prevenir e reverter os impactos desproporcionais do desequilíbrio do clima e a injusta distribuição de esforços climáticos entre gerações. Caso paradigmático nesse sentido é Neubauer e outros c. Alemanha<sup>52</sup>, com decisão em 2021, no qual a Suprema Corte Alemã considerou desproporcional a distribuição do *carbon budget* entre as gerações, pois se autorizava um consumo atual tão grande do orçamento de carbono, que acarretaria a futura perda de liberdade em termos inaceitáveis na perspectiva de hoje. Outros exemplos podem ser citados. Em 2015, no caso Juliana c. Estados Unidos da América, 21 jovens ingressaram na Corte Distrital de Oregon alegando que o governo violou seus direitos constitucionais por permitir a emissão de uma quantidade perigosa de dióxido de carbono<sup>53</sup>. Em 2016 Ali, uma menina de sete anos ingressou na Suprema Corte do Paquistão questionando

---

50 Laura Parker, ‘Listen and help us’: Kids worldwide are on strike for the climate, National Geographic, 2019.

51 UNICEF, *Youth for climate action: elevating the voices of young people to protect the future of our planet*, 2021.

52 Neubauer et al c. Alemanha (Suprema Corte da Alemanha, 2019), julgado.

53 Juliana c. Estados Unidos da América (Corte Distrital de Oregon, 2015), julgado.

as ações e omissões do governo frente à mudança climática<sup>54</sup>. Em 2019, no caso *La Rose c. Her Majesty the Queen*, quinze crianças e jovens canadenses alegam que o país emite e contribui para as emissões de gases do efeito estufa, o que estaria violando os direitos das crianças do presente e do futuro<sup>55</sup>. Em 2020, no caso *Sharma e outros c. Ministro do Meio Ambiente*, jovens ingressaram perante a Corte Federal da Austrália contra um projeto de mina de carvão, já que essa atividade contribui para o agravamento da mudança climática e prejudicando especialmente crianças e jovens<sup>56</sup>. Os sistemas de direitos humanos também são espaços de litigância climática intergeracional, a exemplo da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Duarte Agostinho e outros c. 33 Estados*, em que se alega que crianças e jovens estão expostos a riscos climáticos sem precedentes, violando os direitos à vida, à privacidade e a não discriminação, previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>57</sup>.

Ao se configurar como estratégia de visibilidade da situação de risco de crianças e jovens frente à crise climática, a litigância climática incorpora a perspectiva intergeracional dessa crise e seus impactos sobre seus direitos. Estes sujeitos protagonistas reivindicam sua participação na construção de um futuro que permita a realização de seus projetos de vida, forçando governos e empresas a observarem a equidade intergeracional e garantirem que os direitos das crianças, jovens e futuras gerações sejam protegidos face à crise climática. Estes litígios propiciam uma revisão do tempo dos direitos, não se limitando

---

54 *Ali c. Federação do Paquistão* (Suprema Corte do Paquistão, 2016), julgado.

55 *La Rose c. Her Majesty the Queen* (Corte Federal do Canadá, 2019), pendente de decisão final.

56 *Sharma et al c. Minister for the Environment* (Corte Federal da Austrália, 2020), pendente de decisão final.

57 *Duarte Agostinho et al c. Portugal et al* (Corte Europeia de Direitos Humanos, 2021), pendente de decisão final.

ao presente e projetando-se no futuro em uma perspectiva de solidariedade e equidade intergeracional. No contexto latino-americano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece que a dimensão coletiva do direito ao meio ambiente engloba a perspectiva intergeracional direito fundamental para a existência da humanidade e não somente de indivíduos vivendo em momento e local específicos<sup>58</sup>. Esta perspectiva também foi incorporada aos direitos dos povos indígenas, ao reconhecer a propriedade tradicional como um patrimônio cultural imaterial a ser transmitido às futuras gerações, uma herança intangível que integra a identidade destes povos<sup>59</sup>. A litigância climática protagonizada por crianças e jovens na região se desenvolve a partir desse contexto plural, trazendo novos argumentos para a discussão dos direitos humanos frente ao clima.

## Experiências de Litigância Climática Intergeracional na América Latina

A fim de explorar a perspectiva intergeracional dos direitos humanos no enfrentamento da crise climática na América Latina, foram selecionados oito litígios<sup>60</sup> i) adequados à definição de

---

58 Corte IDH, Meio ambiente e direitos humanos (*obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Parecer Consultivo OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23.

59 Ver Casos *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua* (2001); *Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai* (2005) e *Povo Indígena Kichwa de Sarayaky Vs. Equador* (2012).

60 Quanto aos litígios ‘Núñez et al v. Ministerio de Energía y Recursos Naturales no Renovables y el Ministerio del Ambiente y Agua’ (Equador) e ‘Thomas & De Freitas v. Guyana’ não se teve acesso à integra das petições.

litigância climática adotada<sup>61</sup>; ii) interpostos em jurisdições latino-americanas ou internacionais, desde que as partes sejam da região; iii) que integram os direitos humanos na argumentação jurídica; iv) com perspectiva intergeracional; e v) que tenham como demandantes crianças e/ou jovens. A análise integra os elementos formais do caso, o argumento dos direitos humanos e a perspectiva intergeracional, verificando-se como influencia a configuração do litígio.

No âmbito do Sistema Universal, identificou-se o caso *Sacchi e outros c. Argentina, Brasil, Alemanha, França, Turquia*<sup>62</sup>, apresentado ao Comitê da ONU para os Direitos da Criança em 2019, com decisão em outubro de 2021. Os petionários denunciam a violação de direitos fundamentais de crianças e das futuras gerações pela ação insuficiente dos governos frente à mudança climática. No Sistema Interamericano de Direitos

---

61 O ponto de partida é o conceito de litigância climática apresentado pelo *Sabin Center for Climate Change Law & Arnold & Porter Kaye Scholer*, qual seja, “qualquer parte do litígio administrativo ou judicial federal, estadual, tribal ou local em que as decisões do tribunal levantem direta e expressamente uma questão de fato ou de direito relacionada à substância ou política das causas e impactos das mudanças climáticas”. Entretanto, assume-se a contribuição de Jacqueline Peel e Hari Osofsky quando explicam que a litigância climática pode ser vista sob o enfoque de ciclos concêntricos nos quais a mudança climática seja: (a) o ponto central, (b) levantada em questões periféricas de demanda, ou (c) a preocupação com o clima, em alguma medida, o motivo do processo judicial. Assim, envolve casos de forma ampla, mesmo que a mudança climática pareça, à primeira vista, invisível. *Columbia Law School – Sabin Center for Climate Change Law & Arnold & Porter Kaye Scholer LLP, U.S. Climate Change Litigation*, disponível em <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/> Peel, J.; Osofsky, H. M. *Climate Change Litigation: Regulatory Pathways to Cleaner Energy*. Cambridge University Press. Cambridge Studies in international and comparative law. United Kingdom, 2015, p. 8.

62 *Sacchi et al c. Argentina et al* (Comitê sobre os Direitos das Crianças das Nações Unidas, 2020), pendente de decisão.

Humanos, uma petição<sup>63</sup>, submetida em 2020, foi identificada na CIDH, tendo como peticionárias crianças que habitam *Cité Soleil*, região periférica de Porto Príncipe, no Haiti. Denunciam um contexto de violações generalizadas dos direitos de crianças em decorrência da disposição inadequada de resíduos, que são agravadas pelos impactos da mudança climática, podendo levar a deslocamentos forçados.

Nas jurisdições nacionais, os casos *Gerações Futuras c. Ministério do Meio Ambiente*<sup>64</sup>, Colômbia, decidido em 2018, e o caso *Álvarez e outros c. Peru*<sup>65</sup>, interposto em 2019, guardam correlação fática, pois ambos foram interpostos por crianças e jovens ante o alto nível de desmatamento do bioma amazônico e a omissão estatal em proteger este importante sumidouro de carbono, o que contribui para o desequilíbrio do clima e afeta os direitos humanos. Solicitam o reconhecimento da Floresta Amazônica como sujeito de direitos. O caso *Asociación Civil por la Justicia Ambiental et al c. Provincia de Entre Ríos e outros*<sup>66</sup> (Argentina), de 2020, se alinha neste perfil, tendo como objeto a proteção do ecossistema do Delta do Rio Paraná, ameaçado por queimadas e agropecuária, considerando sua importância para o equilíbrio do clima e buscando o reconhecimento como sujeito de direitos.

---

63 Petition to the Inter-American Commission on Human Rights Seeking to Redress Violations of the Rights of Children in Cité Soleil, Haiti (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021), pendente de decisão.

64 *Generaciones Futuras c. Ministerio del Medio Ambiente* (Corte Constitucional da Colômbia, 2018), julgado.

65 *Álvarez et al. c. Peru* (Corte Superior de Lima, 2019), pendente de decisão.

66 *Asociación Civil por la Justicia Ambiental et al. c. Provincia de Entre Ríos et al* (Suprema Corte Argentina, 2020), pendente de decisão.



No caso ‘Thomas e De Freitas c. Guiana’<sup>67</sup>, jovem indígena contesta as permissões do governo à empresa Exxon-Mobil para a exploração de petróleo, o que violaria direitos constitucionais das populações locais. Aproxima-se do caso Núñez e outros c. Ministério de Energia e Recursos Naturais Não Renováveis e Ministério do Meio Ambiente e Água<sup>68</sup> (Equador), em que nove meninas indígenas denunciam violações de direitos humanos e da natureza em consequência da queima de gás natural pela indústria petrolífera, com consequências graves para a sua saúde. Ambos os casos evidenciam o impacto da indústria extrativista de combustíveis fósseis sobre os direitos dos povos tradicionais e seu impacto sobre o clima.

O caso ‘Seis Jovens c. Ministério do Meio Ambiente e outros (Brasil)’<sup>69</sup> se distancia dos perfis anteriores ao se concentrar no questionamento da Contribuição Nacional Determinada (CND) apresentada pelo governo em 2020, pois altera a base de cálculo das emissões de gases de efeito estufa e permite a emissão de até 400 milhões de toneladas de GEE a mais do que a CND anterior, representando um retrocesso climático.

Nos objetos destes litígios climáticos, verifica-se a relação entre clima seguro, proteção de ecossistemas e indústria extrativista, refletindo as especificidades da região, além de problemas relacionados à falta de implementação de normas e compromissos ambientais e climáticos e de direitos humanos, identificando-se a tendência a um giro ecocêntrico na região sobre os litígios climáticos, representados pelas demandas

---

67 Thomas & De Freitas c. Guyana (Suprema Corte, 2021), pendente de decisão.

68 Núñez *et al.* c. *Ministerio de Energía y Recursos Naturales no Renovables y el Ministerio del Ambiente y Agua* (Corte Provincial de Justiça de Sucumbiós, 2021), pendente de decisão.

69 Seis Jovens c. Ministério do Meio Ambiente *et al.* (*Supremo Tribunal Federal, 2021*), pendente de decisão.

de reconhecimento de personalidade jurídica e direitos a ecossistemas essenciais ao equilíbrio climático.

### Quadro 1 – Síntese dos casos analisados

Caso	Partes	Objeto	Direitos
<b>Sistema Universal de Direitos Humanos</b>			
Sacchi <i>et al</i> v. Argentina <i>et al</i> (2020, decidido)	Crianças e jovens c. governos da Argentina e Brasil (e outros)	Violações de Direitos Fundamentais das crianças e gerações futuras frente à mudança do clima, pela ação insuficiente dos governos	Direito à vida, à saúde e à cultura (crianças indígenas) e priorizar os interesses das crianças
<b>Sistema Interamericano de Direitos Humanos</b>			
Petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos buscando reparar violações de Direitos das Crianças em Cité Soleil, Haiti (2021, pendente)	Crianças e adolescentes c. governo do Haiti	Violações de direitos das crianças por conta do lixo industrial, doméstico, hospitalar e tóxico depositado nos canais de Cité Soleil sem respeito aos padrões sanitários apropriados	Direito da Criança, direito à dignidade, ao meio ambiente saudável, e à proteção judicial

---

**Jurisdições Nacionais**

---

Gerações futuras v. Ministério do Meio Ambiente (2018, julgado)	Crianças e jovens c. governo da Colômbia	Violação de direitos fundamentais e humanos pela alta taxa de desmatamento da Amazônia Colombiana devido à omissão do dever de proteção do governo, gerando o aumento das emissões de gases de efeito estufa que acentuam a mudança climática	Direitos das gerações futuras à vida digna, à saúde, à alimentação, à água, e ao meio ambiente sano
Álvarez et al v. Peru (2019, pendente)	Crianças e jovens c. governo do Peru	Violação de direitos fundamentais e humanos pela omissão na execução de uma política pública nacional para frear o desmatamento da Amazônia peruana	Direito ao meio ambiente saudável, à dignidade humana, à vida e condições de existência digna, ao projeto de vida, e à saúde

---

---

<i>Asociación Civil por la Justicia Ambiental et al v. Provincia de Entre Ríos et al</i> (2020, pendiente)	Crianças e jovens c. governos regionais da Argentina	Reconhecimento do Delta do Paraná como sujeito de direitos que deve ser protegido adequadamente, especialmente frente à mudança climática e ao direito fundamental ao meio ambiente sadio das crianças e futuras gerações	Direito ao meio ambiente sadio e direito à participação nos processos decisórios
<i>Seis Jovens vs. Ministério do Meio Ambiente et al</i> (2021, pendiente)	Crianças e jovens c. governo do Brasil	Regressão da CND brasileira, violação do disposto pelo Acordo de Paris e violação do Direito Fundamental ao meio ambiente sadio, especialmente quanto às gerações futuras	Direito ao meio ambiente sadio

---

---

Núñez et al v. Ministério de Energia e Recursos Naturais não renováveis e Ministério do Meio Ambiente e Água (2021, pendente)	Crianças e jovens c. governo do Equador	Não concessão de autorização do governo para queima de gás natural pela indústria petroleira, pois as populações que convivem com as substâncias tóxicas advindas da queima dos combustíveis fósseis têm desenvolvido doenças crônicas	Direitos fundamentais à saúde, à soberania alimentar, à água e ao meio ambiente sano e ecologicamente equilibrado
Thomas & De Freitas v. Guyana (2021, pendente)	Crianças e jovens c. governo da Guiana	Direitos violados pela concessão de licenças para a exploração de petróleo (Exxon-Mobil). Licenças são incompatíveis com a crise climática	Direito ao meio ambiente sadio e ao desenvolvimento sustentável, direitos das futuras gerações

---

### (a) O argumento dos direitos humanos na litigância climática intergeracional na América Latina

Os casos constroem a sustentação jurídico-argumentativa sobre os direitos violados a partir de bases diversas. Quanto às normas internacionais de direitos humanos, destaca-se a referência à Convenção sobre os Direitos da Criança aparece em quatro casos: o interposto perante o Comitê de Direitos da Criança e os ajuizados nas jurisdições da Argentina, Colômbia e Peru. Destaca-se do primeiro que os demandantes afirmam que a

Convenção deve ser interpretada segundo o direito internacional do meio ambiente e das normas climáticas, resultando em obrigações estatais de: i) prevenir violações internas e extraterritoriais previsíveis dos direitos humanos resultantes da mudança climática; ii) cooperar internacionalmente face à crise climática; iii) aplicar o princípio da precaução e iv) garantir a justiça intergeracional. Outras referências ao direito internacional dos direitos humanos são a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), e Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP). As normas de direitos humanos são articuladas com o Acordo de Paris, mencionado para fundamentar os pressupostos mínimos de mitigação e adaptação à mudança climática com que se comprometeram a Colômbia, a Argentina, e o Brasil. As CNDs que decorrem do Acordo são mencionadas nos litígios da Colômbia e do Brasil, e também no caso Sacchi.

No âmbito regional, a Convenção Americana de Direitos Humanos foi invocada nos casos do Haiti e do Peru, sinalizando os direitos da criança, à dignidade, a um ambiente saudável e à proteção judicial. Particularidade do caso haitiano é que a Convenção foi a única fonte jurídica dos argumentos, ressaltando-se que não seria possível utilizar a Constituição do país por falta de previsão dos direitos. Este caso desenvolve interessante argumento de que os direitos humanos são um todo indivisível, cujo alicerce unificador é a dignidade, vez que ela ressalta a humanidade que existe na singularidade do indivíduo e reforça a proteção permanente de cada direito para a plena realização de todos os outros. A dimensão ecológica também é sublinhada ao destacar que o meio ambiente saudável é a chave para a realização conectada e progressiva de direitos econômicos, sociais e culturais. Considera-se que o direito à vida engloba uma dimensão ampla de dignidade, não sendo ameaçado só com a

morte do corpo físico, mas também com o extermínio do pleno desenvolvimento da personalidade e da integridade no início da vida. Os direitos ambientais procedimentais à informação, participação e acesso à justiça ambiental são reforçados no caso argentino a partir do Acordo de Escazú. Destaca-se a urgência de se garantir a participação ampla e efetiva da sociedade nos processos decisórios relativos à proteção do Delta do Paraná.

Quanto aos direitos humanos invocados com base nas Constituições dos países, evidenciam-se os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à água, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à cultura. No caso da Argentina, também são mencionadas legislações infraconstitucionais como a Lei das Crianças e a Lei Geral do Meio Ambiente. A Constituição do Peru fundamenta, ainda, o direito às condições de existência digna, releitura mais abrangente do direito à vida, e um direito único em relação aos demais casos: o direito ao projeto de vida. Já o litígio da Guiana traz, além do direito ao meio ambiente, também o direito constitucional ao desenvolvimento sustentável previsto na Constituição.

No caso do Equador, para além dos direitos à vida, saúde, e meio ambiente saudável, invoca-se o direito à soberania alimentar. Outro destaque do caso é o argumento de co-<sup>70</sup> violação de direitos humanos e direitos da natureza, a partir da Constituição Equatoriana que, no capítulo sétimo, reconhece sua subjetividade jurídica. Assim, protege-se o bioma amazônico do país em conjunto com os direitos fundamentais das populações vulneráveis, no caso indígenas e crianças, expressando uma característica única da litigância climática da América Latina. A mudança climática também é abordada pelo prisma dos direitos da natureza, quando o caso ressalta que a atividade da indústria

---

70 Expressão que resulta da interpretação das autoras.

petroleira causa perda do equilíbrio ecossistêmico da Amazônia e agrava a crise climática.

Essa tendência de articular direitos humanos e da natureza também está presente nos casos da Colômbia, Peru e Argentina. O caso colombiano que, além do argumento dos direitos humanos, demandou o reconhecimento de personalidade jurídica e direitos à Amazônia, obteve decisão favorável da Corte Constitucional da Colômbia. A Corte reconheceu a dimensão ambiental de direitos humanos como a vida e a saúde, e a impossibilidade de lhes dissociar de seu contexto ambiental. Estabeleceu conexões entre a dignidade dos sujeitos de direito e as suas condições ambientais de existência, reconhecendo a alteridade entre todos os habitantes do Planeta, compreendendo outras espécies animais e vegetais. Com escopo paradigmático, considerou o ser humano como parte interdependente do meio ambiente e foca na progressividade dos direitos e no pluralismo jurídico<sup>71</sup>, estabelecendo que deve haver uma relação de maior equidade e justiça entre humanos e natureza. Reconhece a Amazônia Colombiana como sujeito de direitos, consolidando a articulação entre direitos humanos e da natureza como um único sistema de direitos operado no enfrentamento da crise climática. Já no caso peruano ressalta-se que, embora os direitos da natureza não estejam expressamente previstos em seu ordenamento jurídico, um exercício hermenêutico e de comparação constitucional é capaz de conduzir ao seu reconhecimento no país, o que seria a única forma de conter a crise ecológica. No caso argentino, no qual se requer o reconhecimento do Delta do Paraná como sujeito de direitos, a necessidade de proteção dos ecossistemas por seu valor próprio decorre do direito de todos a viver em um meio ambiente sadio. Assim, a argumentação se desenrola a

---

71 Calzadilla, Paola Villavicencio. *A Paradigm Shift in Courts' View on Nature: The Atrato River and Amazon Basin Cases in Colombia*. *Law, Environment and Development Journal*. Vol. 15, n. 1, 2019, p. 49.



partir da interdependência entre direitos humanos e direitos da natureza, reconhecendo que os seres humanos não são superiores à natureza, mas dela dependem para sobreviver. Invoca-se o princípio da solidariedade intergeracional e também para com a natureza, reconhecendo-se que é necessário proteger o Delta como base da vida em todas as suas expressões.

### **(b) A perspectiva intergeracional na litigância climática da América Latina**

Para analisar a perspectiva intergeracional na argumentação dos casos estudados considera-se a descrição dos efeitos climáticos no contexto fático da vida de crianças e jovens, os fatores centrais que ameaçam seus direitos, os princípios a partir dos quais endereçar a crise climática e, ainda, os argumentos inovadores relacionados à perspectiva intertemporal de direitos.

Em todos os casos, crianças e jovens, figurando como demandantes, argumentam que os efeitos da mudança climática afetam seus direitos e que se tornarão ainda mais agressivos nas próximas décadas, prejudicando sua qualidade de vida e suas perspectivas de futuro. Por essa razão, é preciso integrar a perspectiva da infância, da juventude e das gerações futuras nas ações de enfrentamento e resposta ao desequilíbrio do clima.

Para os demandantes da Guiana, os direitos das futuras gerações precisam ser considerados na medida em que a mudança climática exacerba os riscos de sua violação. O caso do Haiti, mesmo não tendo o clima como elemento central, integra-o como tema transversal que agrava problemas e vulnerabilidades preexistentes, as quais afetam principalmente as crianças. A mudança do clima, devido à maior frequência de tempestades intensas e alagamentos, afeta as crianças de Cité Soleil a)

podendo provocar deslocamento ambiental, reduzindo o acesso a escolas e desestabilizando estruturas comunitárias de apoio e b) agravando a propagação de doenças transmitidas pela água, vez que encontrarão uma infraestrutura de saneamento já comprometida. Eventos climáticos extremos também expandirão a gama sazonal e geográfica de doenças transmitidas por vetores, e impactarão alimentos seguros e água potável, que já são escassos. Socialmente, haverá perturbação dos sistemas de proteção da criança e piora de tensões e conflito, suscetibilizando as gerações mais novas a abusos, trabalho infantil e exploração, particularmente para meninas. A preocupação com danos associados à mudança climática também está presente nos casos do Brasil, Peru e Colômbia, em que o desmatamento e a destruição de um ecossistema essencial para um clima seguro são um ponto comum.

Os principais fatores que ameaçam os direitos humanos no futuro são atividades econômicas específicas que geram sucessivas externalidades negativas na região latino-americana. O desmatamento massivo da Amazônia é o tópico central nos casos da Colômbia e do Peru, pois significa a destruição de significativos sumidouros de carbono sem os quais a estabilidade climática global fica comprometida. Embora seja uma atividade que se realiza hoje, a projeção de seus impactos se estende para o futuro. Outro vetor de ameaças é a indústria extrativista petrolífera, que figura nos litígios do Equador e da Guiana. Para os demandantes guianenses, as licenças que o governo concede para que empresas privadas explorem petróleo é a concordância institucionalizada com a emissão de bilhões de toneladas de CO<sub>2</sub> na atmosfera, fato que expõe a perigo acentuado as comunidades costeiras. As litigantes equatorianas enfrentam um impasse já consolidado, pois experimentam hoje danos graves à sua saúde em virtude da queima de gás natural. Doenças crônicas diversas já são uma realidade imposta a crianças pela exposição a gases

tóxicos com os quais lucram a indústria do petróleo. Constatase que, para além de potencializar efeitos climáticos negativos no futuro, certas indústrias e sua irresponsabilidade climática, associada à inação dos Estados são, atual e concretamente, as grandes ameaças aos direitos humanos de sujeitos vulneráveis no Sul Global.

Como o aumento das emissões de GEE causará danos ambientais e violações ao direito ao meio ambiente, ‘buscar no presente meios para ativamente proteger o meio ambiente do mundo em que viverão como adultos não é apenas uma prerrogativa da juventude, mas um dever’<sup>72</sup>. Seguindo essa linha, os litigantes peruanos reforçam que embora ainda sejam menores e em fase de desenvolvimento, serão aqueles que participarão da vida política, social e econômica no futuro, mas para isso precisam de condições materiais suficientes que garantam níveis de bem-estar. A partir dessa lógica, os litigantes argentinos argumentam que crianças e futuras gerações são as mais interessadas no mérito discutido, já que são elas que terão de lidar, pela maior parte de suas vidas, com as consequências das decisões tomadas no presente e nas quais não têm direito de participação. Destacam a necessidade de maior participação da sociedade nos processos decisórios, com base no Acordo de Escazú, que aqui conecta o direito ao meio ambiente e o direito à participação de crianças e futuras gerações nesses processos.

---

72 Seis Jovens vs. Ministério do Meio Ambiente *et al* (Supremo Tribunal Federal, 2021), pendente de decisão.

O caso Sacchi<sup>73</sup>, assim como o litígio argentino, traz a perspectiva da solidariedade intergeracional no contexto dos direitos humanos, considerando a crise climática como uma crise dos direitos das crianças. Assim, da Convenção sobre os Direitos da Criança entendem que é obrigação dos Estados limitar o dano contínuo e futuro a estes direitos, o que engloba os danos oriundos de fatores ambientais. Neste sentido, os litigantes inovam ao interpretar de forma expansiva os direitos das crianças, especialmente os direitos à vida, à saúde e direitos culturais, que, em vigor hoje, têm o condão de impedir a ocorrência de danos futuros a seus titulares.

O princípio da equidade intergeracional é invocado nos casos da Colômbia, Peru e Argentina e no caso Sacchi. Na construção argumentativa, este princípio se sedimenta em dois aspectos: a passagem pela Terra é temporal, de modo que depois da geração presente, virão as futuras que possuem o mesmo direito a um meio ambiente saudável; esse princípio também conecta os atuais tomadores de decisão e a geração mais jovem que enfrentará os efeitos dessas escolhas. Em decisão histórica, o Comitê para os Direitos da Criança estatuiu no caso Sacchi que os Estados podem ser considerados responsáveis pelos impactos negativos causados por suas emissões de carbono sobre os direitos das crianças dentro e fora do seu território, reconhecendo a obrigação de agir face à crise climática com base na equidade e solidariedade intergeracional.

---

73 Nesse caso, o Comitê não decidiu se os demandados teriam violado suas obrigações perante a Convenção de Direitos da Criança, mas reconheceu que os Estados são responsáveis por impactos negativos de suas emissões de GEE (emitidas em suas jurisdições) sobre as crianças em seus territórios e fora deles. Assim, concluiu que há nexos causal suficiente entre os danos arguidos pelas crianças e os atos ou omissões dos Estados destacados por elas.

No caso do Peru, outros princípios constitucionais como a conservação da diversidade biológica, a solidariedade e o superior interesse da criança são elencados, além da solidariedade intergeracional. A concepção ecológica dos direitos humanos também alcança uma dimensão intergeracional, a partir da construção argumentativa dos casos do Peru e da Colômbia. O litígio peruano avança ao salientar que o meio ambiente saudável é um pressuposto para todos os outros direitos fundamentais e por isso sua vigência plena está associada à garantia de dignidade humana. Essa é uma importante referência da litigância climática latino-americana, porque em consonância com esse argumento, a Corte Constitucional Colombiana inovou ao incluir no círculo de proteção dos direitos humanos os não nascidos, pois eles devem dispor das mesmas condições ambientais que as gerações presentes. Com isso, atribui-se uma dimensão intergeracional dos direitos humanos pela sua conexão com o meio ambiente em que se realizam.

Este argumento também é explorado no litígio argentino, em que o direito ao meio ambiente é invocado com especial consideração aos direitos das crianças e futuras gerações. De acordo com os demandantes, na base dos direitos ambientais das futuras gerações estão o valor intrínseco da natureza e o dever ético de solidariedade interespecies e entre a humanidade e a natureza. Considera-se que os direitos humanos e das futuras gerações têm a mesma base e estão conectados ao reconhecimento de direitos próprios do ecossistema do Delta do Rio Paraná.

## Conclusões

A mudança climática, ao representar uma ameaça à realização dos direitos humanos, requer uma interpretação contextualizada

e extensiva destes direitos, adequando-os às condições de vida atuais, em que o clima representa um fator importante tanto de riscos como de perspectiva de futuro. Dentre os mais expostos aos efeitos presentes e consequências futuras da crise climática estão as crianças, jovens e futuras gerações, que passam a se afirmar como protagonistas no enfrentamento desta crise, invocando os direitos humanos em uma perspectiva intergeracional ante jurisdições nacionais e sistemas de proteção de direitos humanos. Nesse contexto, a litigância climática baseada no argumento dos direitos humanos tem se consolidado como estratégia para dar visibilidade e voz àqueles que estão na linha de frente da crise climática e que pouco espaço tem para expressar sua opinião nas escolhas e decisões que, por seu impacto sobre o clima, comprometem as suas perspectivas de futuro e projetos de vida.

A partir da análise dos casos selecionados, é possível extrair algumas tendências comuns, que se estendem desde os aspectos até o conteúdo inovador nos seus argumentos. Verifica-se que a litigância climática na América Latina possui um perfil que reflete as especificidades e necessidades regionais. Confere visibilidade a grupos específicos (crianças, povos indígenas), invocando problemática ambiental e climática da região (indústria extrativista, destruição sumidouros de carbono e ecossistemas essenciais ao equilíbrio do clima), enriquecendo-se de inovações jurídicas e tendências do direito próprias (constitucionalismo ambiental, giro ecocêntrico, interpretação extensiva e ecologizada dos direitos humanos, experiências de litigância ambiental e de direitos). Embora em certos casos a questão climática não seja o único objeto do litígio, é tema transversal e ponto de convergência de pautas importantes na região, vulnerabilidades pré-existentes e conflitos socioambientais potencializados pela instabilidade do clima. Cabe, portanto, a reflexão sobre a necessidade de uma categorização própria da litigância climática para a América

Latina, capaz de abarcar as singularidades do fenômeno na região e evitar a invisibilidade de certos casos.

Entre os elementos comuns da litigância climática na região, observa-se uma tendência à articulação entre direitos humanos e da natureza, a partir de uma dimensão intergeracional, argumentando-se que há uma vulnerabilidade compartilhada entre crianças, jovens e ecossistemas face aos efeitos presentes e projetados no futuro do desequilíbrio do clima. Considera-se que são sujeitos expostos a uma distribuição desigual de riscos e danos que resultam da crise climática, tanto por razões de tempo quanto de resiliência aos mesmos. Nos casos analisados, os direitos humanos, interpretados em uma perspectiva ecológica e intergeracional, contextualizados a partir da situação de emergência climática, são catalisadores do reconhecimento de direitos também à natureza, sendo estes dois grupos de direitos dependentes e conexos em sua proteção e realização.

Em suma, os casos destacados indicam uma tendência à perspectiva intergeracional da litigância climática na região, a partir do argumento dos direitos humanos contextualizados à crise climática, à tendência de ecologização do direito na região e ao reconhecimento da especial vulnerabilidade de crianças e jovens, assim como dos ecossistemas latino-americanos, aos efeitos do desequilíbrio do clima global. No entanto, apesar da argumentação inovadora, a maioria dos casos segue pendente de decisão e ainda sem resultados concretos. Nesse contexto, identifica-se tanto como necessidade de pesquisa, quanto no tocante às instâncias onde tramitam os casos analisados, o acompanhamento dos impactos e desdobramentos presentes e futuros da litigância climática no enfrentamento da crise climática da América Latina.

# Restricción de la libertad de circulación en Argentina: “un país feudal”

*Juan Cruz Fanin\**

## Introducción

El COVID-19 ha puesto en jaque no solo a los sistemas de salud de todo el mundo, sino también a los sistemas jurídicos. Nada estaba preparado para afrontar esta crisis, ni la salud, ni los sistemas jurídico-legales de nuestros países. En Argentina, el 19 de marzo de 2020, el Presidente de la Nación, Dr. Alberto Fernández, en medio de una conmoción social marcada por el temor y el desconcierto, brindaba una conferencia de prensa, ya anticipada por los medios y con amplia legitimación social, en la que informaba que había dictado un Decreto de Necesidad y Urgencia, por el cual dispuso que a partir de las 0:00 horas del día siguiente (20 de marzo de 2020), toda la sociedad argentina quedaba sometida al aislamiento social preventivo y obligatorio, en virtud de razones de salud pública.

Específicamente dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia No. 297/20, con plazo hasta el 31 de marzo de 2020 inclusive, con los siguientes fundamentos:

---

\* Argentino. Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba y Escribano. Maestrando en Ambiente. Docente. Sec. de Modernización de Just Posse. Lidera el Foro de la Juventud. Es abogado de niños, niñas y adolescentes. Defensor de los derechos humanos desde el ejercicio profesional, dedicándose al Derecho de Familia. Ha participado en foros internacionales, siendo delegado por Argentina en el Foro de Jóvenes de las Américas de la OEA 2018 y en el Youth Forum del Ecosoc de Naciones Unidas en 2017.



A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado Nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de “Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio” en los términos indicados en el presente decreto. La misma regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo, por el tiempo que considere necesario en atención a la situación epidemiológica<sup>1</sup>.

Desde entonces, y en segundos, quedaron suspendidos derechos tan fundamentales como la libertad de circulación, de comerciar, de transitar, el derecho de los niños y niñas de mantener contacto con su otro progenitor no conviviente, el derecho a trabajar, entre otros, derechos que llevaron años en ser conquistados por nuestra sociedad. Donde los encontrara a los ciudadanos, las 0:00 horas del 20 de marzo de 2020, debían quedarse –en principio hasta el 31 de marzo–. No podían ni salir a su vereda, salvo para comprar alimentos indispensables.

Desde el 31 de marzo de ese mismo año, surgieron Decretos presidenciales que fueron prorrogando cada quince o veinte días, el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO), todo dictado mediante Decretos de Necesidad y Urgencia, con flexibilizaciones que se fueron dando en virtud de los reclamos sociales: familias que quedaron divididas, con niños que quedaron sin ver a sus padres o madres, cuando tenían regímenes compartidos de cuidado personal. Adultos mayores solos, cuyos hijos no podían ir a sus casas a hacerle las compras o levantarlos de la cama. Productores que no podían cruzar de provincia para ir a su campo.

---

1 Decreto de Necesidad y Urgencia No. 297/20 [Poder Ejecutivo Nacional]. Por medio del cual se ordena el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio en Argentina. Marzo 19 de 2020.

Al igual que en la Berlín del 1961, se crearon muros, algunos visibles y otros invisibles –principalmente– de normas jurídicas, que impedían a las personas salir de sus casas, todo basado en Decretos de Necesidad y Urgencia presidenciales, que se prorrogaron durante todo el 2020, suspendiendo derechos fundamentales de los ciudadanos. Es a partir de esta realidad vivida, que cabe analizar el método adoptado por Argentina para ordenar el aislamiento, las herramientas utilizadas, partiendo de la necesidad de sopesar por un lado la salud, la importancia de tomar medidas para ordenar que los ciudadanos se confinen, y por el otro, el valor de la república, el valor de tomar decisiones tan trascendentales sobre la vida de los ciudadanos para suspenderle derechos en virtud de garantizar otros; debemos preguntarnos si ante la emergencia, es el presidente quien puede hacer el juicio de valor sobre priorizar la salud o la libertad, o si por el contrario, es el parlamento, aún en situaciones de emergencia, que debe constituirse de forma inmediata y como sea, en caso de tener que suspender derechos fundamentales, como lo es la libertad de circulación. Además, debemos entender, luego de este análisis, la importancia que tiene para quienes interpretamos el derecho, la generación de un antecedente de esta envergadura: decretos presidenciales que suspendieron derechos y garantías constitucionales fundamentales.

Profundizaremos estos temas, no para discutir de la pandemia o el COVID-19, sino para entender si el fin justificó los medios legales utilizados, si entonces los derechos humanos y libertades conquistadas son tan endeble como para que la sociedad las entregue al mandatario de turno y las pierda tan fácil, y la incidencia que tiene el “miedo” infundado en la sociedad, para perder derechos fundamentales.

## I. El dictado de decretos de necesidad y urgencia

La Constitución Nacional, en su primer artículo establece: “Art. 1 (Forma de Gobierno): La Nación Argentina, adopta para su gobierno la forma representativa, republicana *federal*<sup>2</sup>, según la establece la presente constitución”. El Federalismo, se encuentra estructurado con 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Dentro de cada una de ellos, hay miles de municipios. (se estiman 2.500 municipios en el país). Cada provincia es Autónoma para dictar su propia constitución, siempre respetando la Constitución Nacional<sup>3</sup> y principios básicos como la Autonomía Municipal, educación primaria, administración de justicia, entre otros.

El Federalismo sostenido en el Artículo 1 de la Constitución, unido al republicanismo, implica que la división tripartita de poderes se encuentra en cada nivel político de gobierno, y por derivación existe un sistema de jerarquía de las normas, según el órgano que la emita.

Durante la cuarentena argentina, el republicanismo se vio afectado; no funcionó con la claridad que se espera de este sistema de gobierno, debido a que el Presidente de la Nación, utilizó herramientas constitucionales a su alcance para cercenar derechos como la libertad de circulación, en beneficio de la salud.

La serie de decretos presidenciales dictados fue constante durante todo el año 2020. De hecho, el Presidente, en su primer año de gestión, dictó 76 Decretos de Necesidad y Urgencia<sup>4</sup>, de los cuales 37 fueron ratificados por el Congreso de la

---

2 Énfasis del autor.

3 Constitución de la Nación Argentina (Const). Art. 5 de 1860 (Argentina).

4 <https://www.lanacion.com.ar/politica/balance-en-ano-gestion-fernandez-dicto-76-nid2558779> (3 de enero de 2001).

Nación. Este tipo de decretos son posibles, gracias a que fueron introducidos en Argentina con la Reforma Constitucional del año 1994. Un decreto de necesidad y urgencia (DNU) es un tipo de norma existente en la Argentina que, a pesar de ser sancionada por el Poder Ejecutivo, tiene validez de ley. Una vez promulgado el DNU, el Congreso *debe analizarlo* y determinar si continúa vigente o no. Este tipo de legislación está contemplado en el artículo 99, inciso 3 de la Constitución Nacional. El Congreso debe evaluar cualquier decreto de necesidad y urgencia. Como su nombre lo indica, los DNU *solo deben sancionarse en situaciones excepcionales*, cuando sea imposible seguir los trámites para sancionar leyes mediante el Congreso. Además, *no pueden sancionarse decretos que legislen sobre materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos*. Al igual que los decretos comunes, son sancionados por el presidente, pero en acuerdo general de ministros. Esto significa que todos los ministros y el jefe de Gabinete deben participar en la creación del DNU. Una vez dictado el decreto de necesidad y urgencia, el jefe de Gabinete *debe* dirigirse a la Comisión Bicameral Permanente del Congreso en un *plazo no mayor de 10 días*. Y en esto es elemental tener en cuenta el plazo acotado, debido a que por tratarse de una facultad extraordinaria del Presidente, esta comisión tiene que elevar un dictamen y enviarlo a cada Cámara legislativa para su tratamiento, también en no más de 10 días. Cabe destacar que, en este tiempo, el DNU tiene plena vigencia. Cada cámara del Congreso deberá emitir una resolución expresando su apoyo o rechazo al DNU. *Si ambas cámaras rechazan el decreto, éste pierde validez de forma permanente. No obstante, quedan a salvo los derechos adquiridos mientras la norma estaba en vigencia.*

En mayo de 2020, el Congreso de la Nación aprobó 20 finalmente DNU que habían sido dictados por el Presidente

de la Nación<sup>5</sup>. Hasta entonces, *los ciudadanos estuvieron prácticamente dos meses, con sus libertades cercenadas por decisión presidencial*; luego continuó por decisión del Congreso de la Nación, tal como establecía el “trámite” fijado por la Constitución Nacional. Es decir que desde marzo a mayo, los argentinos vieron limitadas sus libertades, principalmente la libre circulación, por una medida de un DNU y sus prórrogas, que expresamente dice:

Artículo 4º. Cuando se constate la existencia de infracción al cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” o a otras normas dispuestas para la protección de la salud pública en el marco de la emergencia sanitaria, *se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente, en el marco de los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal*. El Ministerio de Seguridad deberá disponer la inmediata detención de los vehículos que circulen en infracción a lo dispuesto en el presente decreto *y procederá a su retención preventiva por el tiempo que resulte necesario, a fin de evitar el desplazamiento de los mismos, para salvaguarda de la salud pública y para evitar la propagación del virus*<sup>6</sup>.

Es decir, que el Ejecutivo dictó un Decreto de Necesidad y Urgencia, debido a una situación excepcional que se encontraba, de lo cual no hay duda de su excepcionalidad, pero tampoco hay duda que *tipificó una conducta a los fines de hacerla penalmente reprochable*, a pesar de encontrarse prohibido dictar un DNU en materia penal. Dos meses después, el Congreso terminó aprobando estos Decretos de Necesidad y Urgencia y convalidando la tipificación del delito en los términos del artículo 205 y 239 del Código Penal.

---

5 <https://www.senado.gov.ar/prensa/18376/noticias> (13 de mayo de 2020).

6 Énfasis del autor.

## II. Un país “feudal”

El Poder Ejecutivo Nacional, además de haber cercenado la libertad de circulación por Decreto de Necesidad y Urgencia, a los fines de su aplicación y control, intentó ser sumamente federal, y delegó en las jurisdicciones provinciales los controles sanitarios y de tránsito, de tal forma que, al no existir un criterio unificado, las discrepancias entre los criterios de cada jurisdicción *terminaron convirtiendo a la Argentina en un país feudal más que federal*: cada ciudad pasó a convertirse en una especie de feudo, donde los ciudadanos entregaron todas sus libertades, y los intendentes y/o jefes comunales se convirtieron en verdaderos señores feudales. Es que las semejanzas son tales que al igual que en la Edad Media, amurallaron sus comunidades, con montículos de tierra y piedra, para impedir que ingresaran a su localidad por distintos accesos, y solamente dejaron uno o dos ingresos, al cual debía tenerse permiso especial para acceder, tramitado en cada municipio de forma anticipada, y siendo el señor feudal (su intendente), quien decidía si la persona podía ingresar o no a su feudo-ciudad. Además, el poderío fue mucho más allá, al restringir otras libertades: a nivel nacional se cerraron todos los comercios no esenciales, y a los esenciales se le limitó el horario de apertura. El derecho a comerciar del art. 14 de la Constitución Nacional, y el derecho a trabajar del art. 14 bis de la Constitución Nacional, quedaron suspendidos y solamente fueron habilitados a medida que los intendentes lo decidieron, de forma progresiva y con criterios muchas veces no explicitados de forma clara y objetiva.

Ciudades amuralladas con tierra y piedra para que no ingresaran vecinos externos, y criterios dispares en los más de 2.000 municipios argentinos, llevaron a una violación sistemática de derechos y garantías constitucionales. Ante ciudades que tenían la misma situación epidemiológica (por ejemplo, ningún

caso de COVID-19 activo), una persona que tenía una tienda de ropa en una ciudad, podía abrir; pero a 20 kilómetros en la otra no podía, porque su intendente no se lo permitía, o le permitía medio día, por más que en ambas no hubiera casos de COVID-19.

En una ciudad los residentes podían salir y viajar a la capital de la provincia para realizar trámites o ir a un médico especialista que en su pueblo no encontraban y en la ciudad de al lado, los habitantes no podían gozar de ese derecho de viajar a la capital, porque su intendente no se los permitía o les obligaba a hacer cuarentena obligatoria. En una ciudad, todos los comercios cerraban a las 20:00 horas. Y en la de al lado a las 22:00. En una se encontraban habilitados los bares y en la otra no; en una ciudad la gente podía salir a caminar por las plazas, y en la otra no; en una ciudad los albañiles podían trabajar y en la otra no.

Ocurrieron diferencias sustanciales que afectaron la vida de las personas, que veían cómo sus derechos, esos que a la sociedad le costó sudor y sangre conquistar, se veían perdidos, y era su intendente (que en las ciudades chicas, suele ser un vecino conocido), quien decidía las libertades de sus vecinos, quien se convirtió en la autoridad absoluta para “emitir permisos” para ingresos y egresos de su ciudad, para impedir que los comercios abrieran, para impedirle a la gente que fuera a trabajar, mientras que a pocos kilómetros se vivía detrás de otra muralla, en la ciudad vecina una realidad distinta, como si se tratara de otro país, con otras leyes.

Estas diferencias afectaron directamente el principio de igualdad personal receptado en el artículo 16 de la Constitución Nacional y en los tratados internacionales, pero además afectó los principios más elementales de la república: la división de poderes. El mismo intendente era quien permitía salir o no de su ciudad; en caso de incumplimiento, enviaba inspectores y

policías para que clausuraran e incluso procesaran a las personas por incumplimiento de un decreto presidencial, o de un mismo decreto que él había dictado para regular horarios de comercios durante la cuarentena en su localidad.

Los Intendentes obtuvieron un poder que desde la constitución de 1853 nunca antes se había visto y los ciudadanos por temor, sin conciencia de las garantías constitucionales del sistema de gobierno y las funciones que cada uno tiene, se sometieron a situaciones de vulneración constante de derechos. Muchos de los jefes comunales se sintieron en una posición de Leviatán, como si se tratara de un nuevo contrato social. Eran ellos quienes otorgaban las libertades. Así algunos comenzaron a entender que tenían el poder de decidir sobre derechos fundamentales: la libertad de circular, de comerciar, de trabajar. Entonces, existieron intendentes que proclamaron a viva voz, como líderes de la revolución libertadora, que en su ciudad por ejemplo “los albañiles iban a poder trabajar” a pesar que a nivel nacional se encontraba prohibida dicha actividad por decretos presidenciales, lo que llevó que intendentes firmaran decretos autorizándolos y luego fueran imputados judicialmente<sup>7</sup>. Todo resultado de la incertidumbre y desorganización en el manejo de nada más y nada menos que derechos fundamentales de los ciudadanos argentinos.

*Cada ciudad terminó convirtiendo sus accesos en verdaderas fronteras; en algunas era imposible ingresar, por decisión del intendente*<sup>8</sup>. Los criterios para obtener un permiso no eran claros;

---

7 <https://www.infobae.com/politica/2020/04/24/el-intendente-de-una-localidad-cordobesa-fue-imputado-por-habilitar-la-construccion-privada-durante-la-cuarentena/> (24 de abril de 2020).

8 <https://viapais.com.ar/cordoba/1665061-la-justicia-de-cordoba-advirtio-a-los-municipios-que-es-delito-penal-cerrar-accesos-a-los-poblados/> (27 de marzo de 2020).



por lo tanto, nadie sabía si realmente iba a poder acceder. La justicia, informada de esta situación, advirtió a los municipios que era un delito penal cerrar los ingresos, pero igualmente continuó sucediendo. Los intendentes sintieron que podían hacerlo, y crearon fronteras en los ingresos de cada ciudad, a pesar de que se encuentra prohibido constitucionalmente.

Ante tanta incertidumbre, falta de criterios unificados y claridad, cualquier integrante de los gobiernos municipales entregaba un permiso de circulación. En los municipios, los intendentes lo delegaron a sus empleados públicos: la bibliotecaria que con las escuelas cerradas estaba sin trabajo, la empleada del registro civil, que no tenía casamientos, pasaron a ser quienes decidían si una persona tenía o no la posibilidad de ingresar a su ciudad y detrás del derecho a la circulación, se encuentran historias, personas: abuelos que quedaron solos en sus camas sin salir, y que sus hijos no pudieron viajar a su ciudad para ayudarlos; enfermos que tuvieron que arreglárselas solas; progenitores que no pudieron viajar a buscar a sus hijos y verlos por un año; personas con todo tipo de problemas, que sufrieron por falta de unificación de criterios, por falta de criterios claros, por falta de personal calificado en la toma de decisiones, y también por abuso de autoridad. Los Intendentes no pueden cerrar sus ciudades, como si se tratara de una propiedad privada, no se está ingresando a otro territorio, no existen fronteras internas en Argentina, por lo que el abuso de poder fue una constante que costó la depresión y el dolor de muchas personas y familias.

Al igual que el Leviatán, es como si se hubiera hecho un nuevo contrato social, y entregado al Intendente las libertades a cambio de seguridad “sanitaria”.

### III.23 provincias

El exceso de funciones en el poder ejecutivo, debido al aprovechamiento de la situación y la incertidumbre, no se dio solamente en los municipios, también se vio reflejado en los límites interprovinciales con casos sumamente graves en virtud de la limitación de la libre circulación. A modo de ejemplo, citamos tres casos de trascendencia nacional, para entender que no son solo números, sino personas:

**Abigail Jiménez:** Abigail tiene 12 años, vive en Santiago del Estero (Argentina) y desde los 7 padece cáncer por un tumor en su pierna izquierda (Sarcoma de Ewing). En 2016 fue trasplantada, en 2019 tuvo una recaída, y desde entonces se encuentra en quimioterapia, para lo cual debe viajar a Tucumán (Argentina) donde se hace el tratamiento. En noviembre, cuando viajaba a realizar su tratamiento, fue impedida de volver a la provincia donde reside (Santiago del Estero) de parte de la policía que se encontraba en el límite interprovincial, aduciendo “no tener autorización para dejarlos pasar”. Su padre, Diego Jiménez, tomó a su hija en brazos y caminó 5 kilómetros con altas temperaturas hasta llegar a su casa<sup>9</sup>. Luego de este episodio tuvo una recaída, que repercutió en su salud<sup>10</sup>.

**Solange Musse:** 35 años, cordobesa. Se encontraba realizando un tratamiento por sufrir un cáncer teminal. Su padre Pablo Musse obtuvo todos los permisos para poder ir a ver a su hija, que se encontraba en una situación de salud sumamente delicada, cuando intentó cruzar de provincia en Huinca Renancó. La

---

9 <https://www.perfil.com/noticias/sociedad/viral-dibujo-abigail-brazos-padre-ingresando-santiago-estero.phtml> (20 noviembre 2020).

10 <https://www.infobae.com/sociedad/2020/12/10/es-desesperante-el-estado-de-salud-de-abigal-jimenez-la-nena-a-la-que-le-negaron-el-ingreso-a-santiago-del-estero/> (10 diciembre 2020).

policía le impidió el ingreso en el mes de agosto de 2020 y lo escoltó de vuelta hasta Neuquén, donde él vivía (en el recorrido de cuatro provincias). Cinco días después su hija murió<sup>11</sup>. Entre los argumentos, conforme cuenta el señor Pablo Musse:

Intenté hablar con el COE local, y me dijeron que solo respetan el permiso local del COE, no el permiso nacional. El permiso nacional dice que la gente con domicilio en Córdoba lo tienen que alojar y hacerle el hisopado, todo eso no sucedió. Le pido que mi cuñada tenía que ir al baño con quien viajaba, y me dijeron que ya venía el patrullero y nos sacaban de Córdoba, nos dicen que nos van a patrullar todo el camino de regreso (40 horas) y les pedí que tenía que bajar a comprar agua, y me dijeron que no podía bajarme nunca del auto<sup>12</sup>.

En una carta abierta que publicó Musse al Presidente de la Nación. luego de la muerte de su hija, menciona: “Las últimas palabras de mi hija fueron *hasta el último suspiro tengo mis derechos*”<sup>13</sup>. Musse volvió viajando acompañado durante 40 horas por una patrulla, sin poder incluso bajar a un baño, con su cuñada, quien según comenta solamente podían hacer sus necesidades en las orillas de la ruta.

**Carmen Acosta:** Viajó 3.000 kilómetros desde Rawson a Formosa, para despedir a su mamá que se encontraba enferma de cáncer. En el límite de provincias para acceder a Formosa le impidieron ingresar. Permaneció cinco días acampando en una estación de servicio, esperando la respuesta de las autoridades.

---

11 <https://www.lanacion.com.ar/comunidad/el-peor-final-murio-hija-del-hombre-nid2427309/> (21 de agosto de 2020).

12 “Desgarrador relato de un padre que no pudo entrar a Córdoba para ver a su hija enferma de cáncer” Link: <https://www.youtube.com/watch?v=YODfKukFg9o> (18 de agosto 2020).

13 <https://www.facebook.com/pablo.musse.522/posts/197065705388827> (30 de agosto de 2020).

Luego de que los medios le dieran relevancia nacional, le permitieron ingresar a la provincia de Formosa, pero no la llevaron a ver a su madre, que ya había muerto, sino que la llevaron a un hotel. Junto a Carmen se encontraba su cuñada y su hija menor de edad. Cinco días esperando un hisopado para ver a su mamá por última vez<sup>14</sup>.

Los casos mencionados de Abigail, Carmen y Solange tienen el mismo denominador común: *La restricción a la libertad de circulación* garantizada en la Constitución.

Ahora bien, sabemos que la circulación y la posibilidad de tránsito es un derecho y una garantía, y también sabemos que los derechos no son absolutos, y pueden ser limitados. Debemos entonces analizar la envergadura del derecho a libre circulación de los ciudadanos, para comprender su posibilidad de ser limitado.

#### **IV. Derecho humano a la libre circulación**

La Constitución Nacional Argentina, en su artículo 31, establece su supremacía, como norma máxima; luego en el artículo 75, inciso 22, incorpora una serie de tratados de Derechos Humanos a los cuales les otorga Jerarquía Constitucional. De esta conjunción de normas, surge el derecho humano a la libre circulación.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 13, menciona: “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”.

---

14 [https://www.youtube.com/watch?v=Ajefx\\_abYpg](https://www.youtube.com/watch?v=Ajefx_abYpg) – (15 de octubre de 2020).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) recoge en su artículo 12, inciso 1, el derecho a “... circular libremente...”; y el artículo 12.3 establece que el ejercicio de los derechos por él consagrados “no podrá ser objeto de restricciones, a no ser que éstas se encuentren previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos sostiene en su artículo 22, inciso 3 que el ejercicio de los derechos a circular y residir en un Estado consagrados en el artículo 22.1 “... no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable, en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás”.

La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, en su artículo 5 menciona: “los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: d) Otros derechos civiles, en particular: i) El derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Artículo 15.4: “Los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio”.

## El Principio 22 de Yogyakarta, Derecho a la libertad de movimiento:

Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. La orientación sexual y la identidad de género nunca podrán ser invocadas para limitar o impedir el ingreso de una persona a un Estado, su salida de este o su retorno al mismo, incluyendo el Estado del cual la persona es ciudadana. Los Estados: A) Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que se garantice el derecho a la libertad de movimiento y de residencia, con independencia de la orientación sexual o la identidad de género.

La Observación General No. 27 del Comité de Derechos Humanos, establece la libertad de circulación en su artículo 12: “La libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona. También está relacionada con otros derechos consagrados en el Pacto, como se observa a menudo en la práctica del Comité al examinar los informes de los Estados Partes y las comunicaciones de los particulares”. Además, el Comité, en su Observación general número 15 (“La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto”, de 1986) hizo referencia al vínculo especial entre los artículos 12 y 13. 2. Las limitaciones permisibles que pueden imponerse a los derechos protegidos en virtud del artículo 12 no deben anular el principio de la libertad de circulación, y se rigen por las exigencias establecidas en el artículo 12, párrafo 3, de que sean necesarias y además compatibles con los otros derechos reconocidos en el Pacto.

Los Derechos Humanos son, según la Organización de Naciones Unidas, “derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad,

origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición”<sup>15</sup>. Estos derechos son una conquista de la sociedad, que tienen el carácter de “Fundamentales”, y que representan ideales comunes para las sociedades. Dentro de la tipificación de sus características, podemos decir que los Derechos Humanos son universales, innatos por el simple hecho de ser persona, indivisibles, inviolables, irrenunciables, permanentes, progresivos, irrevocables y obligatoriamente deben ser respetados y protegidos.

No hay duda que el mayor respaldo es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que fue creada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Desde entonces, el derecho a la Libre Circulación tiene un carácter de derecho humano internacional, de aplicación en todos los territorios, y como se ha entendido, a nivel interno de país, el derecho a la libre circulación se comprende dentro de todo el territorio nacional.

Circular, desplazarse, moverse, son sinónimos; todo lo que implica movimiento en el espacio físico. Replantarse la importancia que tiene para los seres humanos, no es solamente saber que es un Derecho Humano, por estar comprendido en tratados de jerarquía constitucional, sino en cuestiones que son conocidas por todos, que le inciden directamente al ciudadano. La circulación, la posibilidad de desplazarse y moverse, va de la mano de la Libertad, es justamente la Libertad de circular. La libertad de desplazarse y moverse es la principal restricción que ordenan los sistemas penales cuando una persona comete un delito, condenando con pena de prisión y/o reclusión, lo que implica la pérdida de la libertad. Pero de todas las libertades, ¿cuál es la que afecta? Justamente la libertad de moverse, de

---

15 <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html> (20 de enero 2021).

circular, de desplazarse, que es exactamente lo que uno no puede hacer en prisión. Otras libertades, como la libertad de pensar, nunca se limita, la libertad de expresarse, e incluso de elegir con quien contraer matrimonio, nunca se pierde, solo por mencionar algunas. La doctrina más calificada de argentina lo explica así: “El Código penal, prevé como penas privativas de libertad la reclusión y la prisión. Ambas son penas de encierro, esto es, privativas de la libertad ambulatoria, pero no de la libertad de movimiento corporal, pues los grillos, el cepo y la estaca están prohibidos por ser torturas o malos tratos (Ley penitenciaria Nacional Art. 9)<sup>16</sup>.

Es decir que la sociedad, hace cientos de años, se dio cuenta del valor que tiene la libertad de circulación ambulatoria para las personas, para ser la sanción estrella, y a la cual más temer. El bienpreciado, que es la posibilidad de circular libremente sin restricciones. El tiempo de restricción de este derecho fundamental ambulatorio de las personas, se restringe de forma proporcional al delito cometido: “Así lo exige el principio de proporcionalidad. Y por eso no resulta extraño que algunos autores postulen un derecho penal de dos velocidades y reserven la pena de prisión y las garantías propias del derecho penal para las infracciones más graves, y propongan enfrentar las infracciones más leves con penas distintas de la prisión y la flexibilización de los criterios de imputación de responsabilidad penal”<sup>17</sup>.

La circulación es regulada desde diversas ramas del derecho, debido a la amplitud que dicho derecho conlleva:

---

16 Ricardo C. Núñez. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Pág. 306. Ed. Lerner. Quinta edición. 2009.

17 Iván Meini. “La Pena: Función y Presupuestos”. Pág. 144. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32497.pdf> (29/08/2013).



El tránsito o circulación vehicular, constituye un fenómeno cuyo grado de generalización, incorporación en la vida cotidiana de las personas e importancia personal, social, cultural y económica difícilmente puedan ser sobrestimados. La sociedad contemporánea es inconcebible sin la intensa circulación vial que constituye el basamento material de la vida urbana, el turismo y los canales de comercialización y de comunicación. El fenómeno del Tránsito es posible de estudio por diversas disciplinas, algunas de ellas con pretensiones normativas (como el derecho y la seguridad vial)<sup>18</sup>.

La libre circulación se encuentra vinculada íntimamente con la libertad y autonomía de las personas, por lo que como ya viene sosteniendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversos casos, es una “condición indispensable para el libre desarrollo de toda persona”, entendiendo esto como la libertad de trasladarse libremente, de un lugar a otro, sin necesidad de brindar motivos, o razones por los cuales se circula. Ha dicho expresamente la Corte Interamericana:

115. La Corte coincide con lo indicado por el Comité de Derechos Humanos en su Comentario General No. 27, en el sentido de que el derecho de circulación se trata del derecho de toda persona a trasladarse libremente de un lugar a otro y a establecerse libremente en el lugar de su elección. El disfrute de este derecho no debe depender de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar. Se trata de una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona. 117. El derecho de circulación y de residencia, incluido el derecho a salir del país, pueden ser objeto de restricciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 22.3 y 30 de la Convención. Sin embargo, es necesario que dichas restricciones se encuentren expresamente fijadas por ley, y que

---

18 Maximiliano R. Calderón. *Derecho de Tránsito*. Pág. 11. Ed. Advocatus. 2018.

estén destinadas a prevenir infracciones penales o a proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás, en la medida indispensable en una sociedad democrática<sup>19</sup>.

Las condiciones en que pueden limitarse esos derechos deben estar determinadas por ley, por lo que las restricciones no previstas en la ley o que no se ajusten a los requisitos establecidos en el artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, serían violatorias de los referidos derechos. Asimismo, el Comité indicó que al aprobar leyes que prevean las restricciones permitidas, los Estados deben guiarse siempre por el principio de que las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho; así como, también, deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación.

En primer término, la Corte destaca la importancia de la vigencia del principio de legalidad en el establecimiento de una restricción al derecho de salir del país en una sociedad democrática, *dada la alta incidencia que dicha restricción tiene en el ejercicio de la libertad personal*. Por ello, es necesario que el Estado defina de manera precisa y clara mediante una ley, los supuestos excepcionales en los que puede proceder una medida como la restricción de salir del país. *La falta de regulación legal impide la aplicación de tales restricciones, puesto que no se encontrará definido su propósito y los supuestos específicos en los cuales se hace indispensable aplicar la restricción para cumplir con alguno de los fines indicados en el artículo 22.3 de la Convención, así como también impide al procesado presentar los alegatos que estime pertinentes sobre la imposición de tal medida. No obstante, cuando la restricción se encuentre contemplada por ley, su regulación debe carecer de ambigüedad de tal forma*

---

19 Ricardo Canese vs. Paraguay. Serie C No. 111, Parágrafo 115-117 (2004).

*que no genere dudas en los encargados de aplicar la restricción permitiendo que actúen de manera arbitraria y discrecional realizando interpretaciones extensivas de la restricción, particularmente indeseable cuando se trata de medidas que afectan severamente bienes fundamentales, como la libertad*<sup>20</sup>.

La Corte Interamericana ha sido clara y dirimente, respecto a la libertad de circulación y lo ha venido sosteniendo en otros casos<sup>21</sup> a lo largo del tiempo, por lo que no quedan dudas de su importancia como derecho fundamental. También ha dejado clara la importancia de ser cautelosos en su limitación, en que sea por Ley, y que no deje lugar a ambigüedades, por lo tanto, a partir de la lectura de los fallos de la Corte podemos inferir su posición: la libertad de circulación constituye un derecho humano fundamental, y su *limitación debe ser excepcional, solamente en los casos que la ley establezca*.

## V. El delito: circular

El Principio de Legalidad, tiene su recepción en el art. 18 de la Constitución Nacional Argentina, debido a que nadie en nuestro país puede ser sancionado, “por una ley anterior”<sup>22</sup> al

---

20 Ricardo Canese vs. Paraguay. Serie C No. 111, Parágrafo 124 - 125 (2004). Destacados del autor.

21 Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie CN No. 111. 2005. Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C. No. 134. 2005.

22 Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos

hecho del proceso, es decir, debe existir una *ley previa*, que se reputa conocida por todos, debido a que el error de derecho es inexcusable en Argentina.

El Código Penal Argentino, es una norma infraconstitucional, con incidencia en todo el territorio argentino, que establece en su artículo 202: “Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas”; y el artículo 205 del mismo cuerpo normativo, establece: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia”.

En base a estos dos artículos del Código Penal Argentino, se estructuró todo el sistema punitivo de esta pandemia. Los inconvenientes que presentan, son la determinación de una enfermedad peligrosa y/o contagiosa, el momento que lo es y lo deja de ser, y la autoridad competente para determinarlo, debido a que como ya conocemos, todo lo que no encuadra en el “tipo penal” queda fuera de ser punible.

Ambos artículos se enmarcan en los delitos contra la seguridad pública, o salud pública, y dentro del título “*Propagación de una enfermedad peligrosa o contagiosa*”. La diferencia entre el artículo 202 y 205, reside en que el 202 tipifica la acción de propagar una enfermedad (que podría ser el COVID-19 en este caso) por acción individual. “Es un mero delito de peligro, no es necesario que efectivamente se contagien las personas”, sostiene

---

podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.

Núñez, pero este artículo tipifica una acción que solo admite el dolo; la persona sabe que está propagando una enfermedad que afectaría a un grupo indeterminado de personas. El autor penalmente culpable del artículo 202 es una persona enferma –de COVID– que contagia sabiendo que va a hacerlo. Imaginemos el caso entonces: Me diagnostican positivo de COVID-19, y voy al cumpleaños de mi abuela, contagiando a 20 familiares y amigos de ella.

En cambio, el artículo 205 del Código Penal Argentino, se ocupa de un sujeto que viola medidas contra epidemias (y por derivación también aplicable a pandemias). En este caso puede ser una persona que no se encuentre enferma de COVID, sino que por ejemplo viole el aislamiento y se junte con amigos. Estos delitos son los que se llaman “leyes penales en blanco”<sup>23</sup>.

Es entonces un tipo penal en blanco, porque debe ser completado, debido a que obviamente el código penal en el 1921 no estableció las epidemias que iban a existir en el mundo, por eso su posibilidad de “completitividad”. Ahora bien, esa potestad de completitividad, no deja de ser materia penal, debido a que entender lo contrario sería también delegar facultades penales en poderes que no lo tienen, pero la doctrina no es unánime en su opinión.

Por un lado, se sostiene que: “las penas, según la constitución, sólo se imponen por infracciones legales y no son tales las que prevee el artículo, que no se refiere a ley alguna, sino a medidas que puedan adoptar otras autoridades, poder ejecutivo,

---

23 “Se entiende por ley penal en blanco, aquella que es sólo formalmente una ley. Ella sólo es el requisito de punibilidad, que requiere la especie y la medida de la pena, lo que vendría a ser la norma de sanción. Pero la concretización del mandato o de la prohibición depende de otra ley, en especial otra disposición legal”. Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal: Parte Especial*. Tomo II-C. Pág 218. Ed. Rubinzal Culzoni. 2015.

municipalidades, policiales, Consejo Nacional de Higiene”<sup>24</sup>. Mientras que por otro extremo tenemos autores que sostienen que:

Estas leyes se justificarían, debido a una especie de estado de necesidad legislativo, en sus palabras. Y en segundo lugar de una desobediencia que se agrava por las circunstancias y no admite el cuestionamiento de constitucionalidad. Esta es la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables, que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo”<sup>25</sup>.

A pesar de que la doctrina más calificada de nuestro país se encuentra dividida, tenemos cuestiones objetivas para analizar (un artículo 18 que establece la necesidad de una ley previa, la imposibilidad de delegar materia penal al ejecutivo), y la realidad (una serie de decretos dictados por el presidente de la nación que han regulado actividades de todo tipo, prohibiendo la libertad de circulación, de reunión, etc. Cuando su potestad para hacerlo es discutible, por lo menos a *prima facie*).

## VI. Reflexiones finales: desafíos pendientes

Argentina ha sido el claro ejemplo de la falta de previsión para el manejo de situaciones de crisis, como lo fue esta pandemia, al

---

24 Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal: Parte Especial*. Tomo II-C. Pág 220. Ed. Rubinzal Culzoni. 2015.

25 Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal: Parte Especial*. Tomo II-C. Pág 221. Ed. Rubinzal Culzoni. 2015.

igual que si un enemigo externo nos hubiera declarado una guerra de la noche a la mañana. Y en esto no hacemos referencia a la infraestructura hospitalaria, respiradores, sistemas de salud, etc., sino por el contrario, a lo que nos aboca: al sistema jurídico-legal y político de nuestro país y su funcionamiento.

La pandemia vino a visibilizar en muchos aspectos lo que es cada uno, lo que es un país, una provincia, una ciudad, una familia, una persona, acentuó las virtudes y los defectos, y así, visibilizó un sistema de gobierno con falencias, que pusieron en tela de juicio, las bases de nuestro Estado: ¿funciona en Argentina el Federalismo? ¿Somos realmente Republicanos?

Estas preguntas que fueron respondiéndose a lo largo de este ensayo, nos permiten hacer algunas aproximaciones: estas falencias del Estado siempre afectan primero a los más vulnerables. Abigail tuvo que ir sobre el hombro de su padre, ya que los policías no tuvieron las órdenes de dejar pasar su auto mientras hacía un tratamiento –que nada tenía que ver con el COVID–; o el padre de Solange no pudo despedirse en los últimos momentos de su hija enferma terminal –no de COVID–. Por otro lado, famosos y con alto nivel adquisitivo en sus aviones privados pudieron “obtener permisos” que les permitieron irse a vacacionar a sus fincas privadas, a pasar de forma placentera el confinamiento. Es decir, lo cuestionable en primera medida es la desigualdad que se manifestó, dada la incertidumbre, la falta de criterios claros para poder obtener esos “permisos” que cambiaban cada día, y en cada jurisdicción. Incluso el caso de Carmen, que recorrió todo el país, miles de kilómetros para ver a su madre, atravesando varias provincias argentinas, y a la única que no pudo entrar, fue a Formosa, donde quería despedirse de su madre; estuvo cinco días acampando sin respuesta, hasta que la repercusión de los medios hicieron que le dieran el “permiso” para Formosa, aunque ya era tarde:

su madre había muerto. El caso de Carmen es el ejemplo de esa falta de unificación de criterios y el daño que produce, porque esta arbitrariedad y discrecionalidad en el manejo de la libertad de circulación, en pos de proteger la salud, no tiene el resultado esperado, debido a que si Carmen, por ejemplo, hubiera sido un caso positivo de COVID-19, podría haber contagiado a lo largo de varias provincias a otras personas, y solamente fue limitada en Formosa.

El permiso de circulación nacional, provincial, el interprovincial, y el de cada municipio que cercó sus ingresos, convivieron todos bajo un mismo sistema pero con criterios y requisitos totalmente distintos, muchos de los cuales, ni los mismos que lo emitían tenían claro. La incertidumbre, acentuada por el miedo, dio como resultado situaciones sumamente gravosas y preocupantes para los ciudadanos, que como mencionamos, afectaron sus derechos, siendo el Derecho, la Constitución, las normas, las que surgieron en el mundo para organizar a las sociedades, y proteger a sus ciudadanos, frente a los Estados, frente al monopolio del poder punitivo del Estado.

La Ley es la que regula las formas y los casos en que procede, para evitar otro Zar como “Iván IV”<sup>26</sup> de Rusia, o la innumerable cantidad de monarcas que a lo largo de la historia concentraron los poderes del Estado en uno solo. Ser una República, por el contrario, implica la división de poderes, pero no como algo caprichoso, sino como garantía de un correcto funcionamiento del país que da seguridad a sus ciudadanos. Así como también, el Federalismo, que pudo –pero no fue– haber sido correctamente implementado. Coexistieron –o pudieron coexistir– durante este tiempo, más de 2.500 permisos en nuestro país, entendiendo que cada municipio emitió el suyo, algunos con otros nombres, como

---

26 Iván IV, Zar de Rusia (1547-1584). Conocido como “Iván el Terrible” por la sangre que fue derramada bajo su reinado.



“Declaración Jurada de Ingreso” para disimular lo que realmente eran: autorizaciones para entrar a las ciudades. Y aquí debemos concluir que los Intendentes, jefes comunales y municipios, no tienen bajo ningún aspecto, la potestad para poder hacerlo, como tampoco se puede dejar librado a cualquier jurisdicción: hablamos del Derecho Humano a la Libre Circulación, a la libertad ambulatoria, ése que solo es restringido a los prisioneros por cometer delitos graves.

Es por eso, que partiendo del análisis que hemos efectuado, concluimos que se trata de un derecho fundamental, que resulta necesario entenderlo, para comprender el concepto de Libertad que rige en nuestro país. Tenemos que afirmar que los ciudadanos –argentinos al menos– no se encuentran en un proceso de realizar un nuevo contrato social, no han decidido entregarle su libertad al presidente, o al intendente, para que hagan con ella lo que quieran, por el contrario, desde el primer Decreto de Necesidad y Urgencia dictado por el Presidente de la Nación, esta autoridad, se auto proclamó con la potestad para restringir un derecho humano fundamental: La libertad de circulación.

Ahora bien, entendiendo la situación de emergencia y excepcional, única, que el mundo atravesaba, debemos pasar a analizar si el presidente podía restringir la circulación por DNU. Y arribamos a la conclusión que de la conjunción de normas analizadas, y en base al sistema legal argentino, donde por encima de todo, está el bloque de Constitucionalidad, integrado por la Constitución Nacional y los Tratados de DD.HH, la potestad, en virtud de restringir algo tan pero tan fundamental para la vida como es la libertad de circulación, debe ser de carácter restrictiva su interpretación y su aplicación: siendo clara, y limitada en el tiempo, tal como hemos visto del propio análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por lo que en primer lugar es el Congreso de la Nación el facultado a hacerlo,

el Poder Legislativo que representa a toda la sociedad, a todo el pueblo y a las 23 provincias argentinas y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Ante una situación de emergencia como la que se le presentó al Presidente, pudo utilizar lo que se conocen como “medidas de emergencia”, de las cuales entendemos que se debió optar por la declaración de Estado de Sitio, receptado en el art. 23 de la Constitución Nacional<sup>27</sup>, justamente porque se trataba de una situación de conmoción interior, y en virtud de proteger la salud, se suspendían garantías constitucionales. Ese era el método constitucional que debía adoptarse. Por la Declaración de Estado de Sitio, primero debió hacerlo el Congreso; ante su imposibilidad de reunirse, pudo hacerlo el presidente y ordenar la inmediata reunión del Congreso, debido a que se trataba de derechos fundamentales los que quedaban suspendidos. Pero en Argentina se eligió otra medida de emergencia: el dictado de un Decreto de Necesidad de Urgencia, por el Ejecutivo Nacional. Entendemos que el Decreto de Necesidad Y Urgencia, en primer lugar, no tiene jerarquía superior a la Constitución para poder suspender derechos en ella reconocidos y garantizados, y menos aún poder decretar en materia penal, como finalmente ocurrió con el DNU, ordenando que ante su incumplimiento se apliquen las penas del Código Penal Argentino. Es decir, el Presidente, por un Decreto de Necesidad Urgencia en el cual expresamente se encuentra vedado en materia penal, amparándose en la “excepcionalidad”,

---

27 Art. 23 de la Constitución Nacional: “En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino”.

tipificó conductas penales: circular, transitar, reunirse con amigos y familiares no convivientes, pasaron a ser delitos penales.

La incongruencia que arrojó esta realidad es mayor aún, porque suponiendo que el presidente lo que hizo fue “completar la ley penal en blanco”, como sabemos la Constitución Nacional le da un plazo de diez días para que se remita al Congreso como máximo desde dictado el DNU. En ese tiempo debe el Congreso decidir si continúa o no vigente. En Argentina eso sucedió dos meses después del primer DNU, donde el Congreso se reunió para finalmente debatirlo. Es entonces donde quedan claras las falencias de las instituciones, porque aun cuando quisiéramos ser proclives a darle la facultad al Presidente para dictar por medio de un Decreto de Necesidad y Urgencia la suspensión de un derecho y garantía constitucional como lo es circular, por el grado de fundamental que tiene, el Congreso *debió* analizarlo y reunirse de forma inmediata, incluso de manera virtual –como aún se encuentra sesionando–, porque se trata de la suspensión de derechos fundamentales que hacen a nuestra República.

¿Qué sucede entonces con los ciudadanos que fueron imputados por violar un DNU que restringe un derecho constitucional antes de que el mismo sea aprobado por el Congreso? Debemos preguntarnos las situaciones que se presentaron, debido a que encontrar una respuesta nos permite saber que las formas no deben perderse ni aún en emergencia, porque es ahí donde se vulneran los derechos de los más débiles, porque además deja abierta la posibilidad a que frente a una “excepcionalidad” por la situación que se atraviesa el Presidente siga restringiendo derechos por Decretos.

Argentina tiene una larga historia de ser irrespetuosa con su Constitución Nacional. Las dictaduras cívico-militares son el fiel reflejo de la suspensión de derechos constitucionales,

y esa memoria de lo vivido hace que debamos ser aún más responsables que otros países, porque sabemos cómo nos ha ido cuando no se ha respetado. Es que entregar el poder al Presidente, como si se tratara de un super presidencialismo con facultades para suspender derechos fundamentales, nos hace recordar momentos de nuestra historia reciente que terminaron con 30.000 desaparecidos. No queremos decir con esto, que el COVID lleve a que desaparezcan ciudadanos por abuso de autoridad de los gobiernos, pero sienta un precedente: los ciudadanos le entregaron su libertad al poder ejecutivo (nacional, provincial y municipal), ése que se elige cada cuatro años, en donde no está representado el pueblo ni hay debate como en el Parlamento, porque justamente el Ejecutivo, administra, ejecuta y gobierna.

El desafío de Argentina en primera medida es respetar las normas existentes, y entender la función que tiene cada uno de sus poderes. Hay garantías y derechos que son indiscutibles en el siglo XXI. La libertad es una, la libertad ambulatoria, y si bien no existen derechos absolutos, tampoco puede limitarse o restringirse de la misma forma un derecho constitucional que un derecho de tercera generación, por ejemplo. El COVID-19 ha venido a romper esquemas y acelerar tiempos; entonces será momento de acelerar la eficiencia del Estado y la comunicación: es necesario la unificación de criterios, la claridad de conceptos y organización. No puede volver a suceder que existan permisos dispares, no puede suceder que los intendentes decidan sobre la libertad de circulación. Los gobiernos nacionales *deben* estructurar las políticas sanitarias de forma unánime, y si es necesario, generar diferencias entre provincias, y también clarificarlo. Si se deben suspender garantías constitucionales se debe Declarar el Estado de Sitio, de forma temporal y restringida, incluso como lo dice la Constitución, pudiendo hacerlo de forma parcial en algunas provincias. La Declaración del Estado de Sitio es una medida extrema para un gobierno, pero no hay dudas que

restringir Derechos Fundamentales Constitucionales, requiere de medidas extremas.

Argentina debe utilizar todas las herramientas que eviten que, a la incertidumbre del virus y su infecciosidad, se le sume la incertidumbre de un sistema político sin respuestas y que diferencia a los ciudadanos, porque según el lugar en el que se viva, será el derecho de circulación que se tenga, en virtud del intendente que le toque.

El Leviatán fue publicado en 1651 por Hobbes pero pareciera que estas teorías políticas están más vigentes que nunca. Necesitamos Estados fortalecidos y conscientes que protejan a sus ciudadanos, porque cuando hablamos de Derechos Humanos no importan las cifras, sino las historias que hay detrás de cada violación de dichos derechos. Necesitamos que nuestro país afronte esta crisis del COVID-19 como cualquier otra, sin poner en juego garantías que son las bases de nuestro Estado. si decide limitarlas, debe ser de forma excepcional y restringida, para que cuando se presenten nuevas situaciones de crisis como estas o similares, no se opte por suspender derechos de formas que no corresponden, ya que cualquier mandatario podría incluso inventar una enfermedad, para suspender derechos básicos como la libertad, la vida, la propiedad privada, etc. llegando a límites inimaginables. ¿O alguien pudo imaginar el COVID-19 y sus consecuencias?

El fin nunca justifica los medios, y si bien estamos de acuerdo con decir que la salud es el principal bien jurídico protegido por nuestra sociedad, no pueden justificarse los medios, ni la violación de derechos humanos. Argentina debe buscar que sus ciudadanos sientan que esas garantías y derechos que tanto les costó conseguir, son tan fuertes como creen, y que solamente serán suspendidas ante un caso extremo –como el COVID-19–

*pero con garantías*, para que no vuelva a existir más casos como el de Abigail, Solange y Carmen. Detrás de estas historias, hay personas a las cuales se les han violado derechos humanos fundamentales, con una arbitrariedad inimaginable. El destino hizo que algunos de ellos ya no estén más en este mundo, por lo que la vida no les dio la posibilidad de una segunda oportunidad para gozar de sus derechos, ellos ya lo perdieron. Es momento entonces de no permitir que más ciudadanos sigan transitando este mundo viendo sus derechos vulnerados.

# La dignidad humana como un eje rector en la interpretación normativa en la defensa y protección de los derechos humanos en México

*Juan Carlos Galicia López\**

## Introducción

La lucha por el reconocimiento, la preservación, protección y el efectivo aseguramiento de los Derechos ha estado presente en distintos periodos de la historia, desde el Código Hammurabi (1700 a. C.) en Babilonia, pasando por el Código Dracón (621 a. C.) en Grecia y la Ley de las Doce Tablas (451 a. C.), espíritu del Derecho Romano, hasta llegar a la Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948 en el *Palais de Chaillot en París*). De este modo, el avance y la evolución de la civilización y las culturas ha ido asociado al establecimiento y consolidación actual en la defensa y protección de los derechos humanos el cual debe encaminarse bajo el principio de la dignidad humana, a través de las normas fundamentales constitucionales, criterios jurisprudenciales, tratados internacionales y leyes que contengan tales derechos de los cuales me detengo a mencionar solo algunos: el derecho a la vida, derecho a la libertad, derecho a un debido proceso, derecho a la libertad de pensamiento de conciencia y de religión, el derecho a no ser torturado o ser sujeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a

---

\* Licenciado en Derecho por el Instituto Mexicano de Estudios Superiores y de Posgrado en México, 2014-2017. Maestrando en Defensa y Promoción de los Derechos Humanos por la Universidad Autónoma de la Ciudad de México (UACM) 2020-2022. Ciudad de México, octubre de 2021.

no ser esclavizado, derecho al libre tránsito, derecho al acceso a la justicia, derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho a la libertad de expresión, derecho de asociación, derecho a adquirir una nacionalidad, derecho a un nombre, derecho a votar y ser votado o elegido en elecciones periódicas, derecho a la igualdad, derecho a la educación, derecho a la alimentación, derecho a una vivienda, derecho a la salud, derecho al trabajo, derecho a la seguridad social, derecho a la cultura o la libre determinación de los pueblos indígenas, entre otros; de tal suerte que sean reconocidos y protegidos universalmente por los Estados y la comunidad internacional.

Dicho lo anterior, es pertinente definir el concepto de los derechos humanos, al respecto me parece oportuno retomar la definición que nos aporta la Comisión Nacional de Derechos Humanos en México: “Los derechos humanos son el conjunto de prerrogativas sustentadas en la *dignidad humana*, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona. Este conjunto de prerrogativas se encuentra establecido dentro del orden jurídico nacional, en nuestra Constitución Política, tratados internacionales y las leyes”<sup>1</sup>. De esta definición se desprende que, los derechos humanos se encuentran sustentados en la dignidad humana o dicho de otra modo *el fundamento y principio que sustentan los derechos humanos actualmente es la dignidad humana*; por lo tanto, resulta una condición *sine qua non* que este principio o fundamento sea el eje rector en la interpretación normativa para los órganos jurisdiccionales o autoridades judiciales encargados en la administración e impartición de justicia, así como en el trabajo que desarrollan los órganos ejecutivos, legislativos o administrativos. De ahí que los actos, decisiones o resoluciones

---

1 Comisión Nacional de los Derechos Humanos. <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos>



que emitan dichos órganos o autoridades se encuentren apegadas al principio de la dignidad humana para llevar a cabo una verdadera defensa y protección de los derechos humanos.

En este orden de ideas es oportuno destacar que tras el caso Radilla Pacheco en el que el Estado Mexicano fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte 2009)<sup>2</sup>, se reformó el 10 de junio de 2011 el artículo primero *constitucional* de la Carta Magna; esta reforma marca un nuevo paradigma en la protección y defensa de los derechos humanos; puesto que, el contenido del párrafo segundo, tercero y quinto sentencia textualmente, párrafo segundo: “Las normas relativas

- 
- 2 Coordinador: Juan Carlos Gutiérrez. La sentencia de la Corte IDH, Caso Rosendo Radilla vs. Estados Unidos Mexicanos, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, AC, México, 2010, p.13. El 15 de diciembre de 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) notificó la Sentencia en la que condenó al Estado mexicano por la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco por parte de militares en 1974. La Corte IDH halló al Estado mexicano responsable de la violación de los derechos a la libertad, a la integridad personal, a la vida y al reconocimiento a la personalidad jurídica del señor Radilla Pacheco, así como los derechos a la integridad física y mental, a las garantías judiciales y a la protección judicial de sus familiares. Igualmente, la Corte consideró que el proceso llevado ante la jurisdicción militar no respetó los estándares en materia de debido proceso en el derecho internacional.

Por lo anterior, la Sentencia representa un triunfo significativo del movimiento de familiares y víctimas de los crímenes cometidos por el Estado durante la denominada “guerra sucia”, que durante décadas han luchado por obtener justicia por las violaciones sistemáticas y masivas a los derechos humanos. En efecto, la Sentencia es un memorándum certero sobre los múltiples pendientes de México en materia de reparación integral del daño a las víctimas y sus familias, la justicia transicional y el derecho a la verdad histórica. De igual modo, la Sentencia apunta hacia la necesidad de adecuar la legislación relativa al delito de desaparición forzada de personas y la limitación de la jurisdicción militar a casos de violaciones graves de los derechos humanos de civiles por parte de elementos castrenses, ambas, prácticas persistentes en el México de hoy. <http://cmdpdh.org/project/la-sentencia-de-la-corte-idh-caso-radilla-pacheco-vs-estados-unidos-mexicanos/>

a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”; párrafo tercero: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, tiene la obligación de promover, respetar 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, en los términos que establezca la ley”; pero además este artículo incorpora en el párrafo quinto el principio de *dignidad humana* en los siguientes términos: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que *atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas*”; de este modo, se advierte que actualmente la interpretación de las normas relativas a los derechos humanos es una obligación que deben realizar desde el ámbito de su competencia, todas las autoridades, entendidas estas ya sea de carácter ejecutivo, legislativo, administrativo y principalmente judicial; de igual manera, es importante destacar que en el segundo párrafo del artículo 1º Constitucional se traduce el *principio pro persona*; esto quiere decir que, la interpretación normativa relativa a derechos humanos debe realizarse de tal forma que proteja de manera más amplia a las personas<sup>3</sup>.

---

3 Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, p. 16. *Principio pro persona*. El término *pro persona* quiere decir “*en favor de la persona*”. También existen algunas otras expresiones equivalentes, por ejemplo, *pro homine*, pero que al final se encuentran referidas a la misma cuestión.

En consecuencia, la dignidad de las personas como fundamento de los derechos humanos debe inspirar el eje rector en la interpretación normativa. Esta interpretación, bien se ha dicho, debe realizarse con base en la constitución, los tratados internacionales, leyes, así como de los criterios jurisprudenciales que se van generando por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México; toda vez, que la jurisprudencia representa una fuente del derecho, de observancia obligatoria, así como de los tratados internacionales en materia de derechos humanos; lo anterior, para garantizar a cabalidad la defensa y protección de los derechos humanos, con el fin de ir configurando un real estado constitucional de derechos humanos.

## **1. Definición de dignidad humana en los derechos humanos**

Para adentrarnos al análisis y estudio del tema que nos ocupa es preciso contextualizar el concepto de dignidad humana. En este sentido, podemos decir que, a la luz de los retos históricos, diferentes aspectos del significado de la dignidad humana surgen desde la experiencia de lo que *significa ser oprimido, humillado y herido profundamente*; de esta forma, la defensa de los derechos humanos se nutre justamente de la indignación de los humillados en su dignidad humana. De tal modo que, si esto configura su punto de partida histórico, tendrían que estar presentes vestigios *del vínculo conceptual entre la dignidad humana y los derechos humanos desde los inicios del desarrollo del derecho mismo*.

La afirmación, acorde con la tradición iusnaturalista, encuentra el fundamento ontológico de la dignidad del hombre en su naturaleza. *Encontramos entonces que el hombre tiene desde su nacimiento la evidencia racional de un rango y una dignidad propios*, que procede de su naturaleza intrínseca antes de

tratar a toda persona como un fin en sí mismo. Las palabras de Kant son las siguientes: [Todo] tiene o un precio o una dignidad. Lo que tiene precio puede ser sustituido por otra cosa como equivalente, en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite equivalente, posee dignidad”<sup>7</sup>. Este concepto sólo alcanzó a materializarse en textos de derecho internacional y en las constituciones nacionales recientes hasta después de la Segunda Guerra Mundial. En las últimas décadas la dignidad humana ha desempeñado un papel protagónico en la jurisdicción internacional.

*De manera contrastante la noción de dignidad humana no apareció como concepto legal ni en las codificaciones del siglo XVIII, ni en las codificaciones del siglo XIX. Ciertamente en los documentos fundacionales de las Naciones Unidas, que establecieron una conexión explícita entre los derechos humanos y la dignidad humana, fueron una respuesta clara a los crímenes masivos cometidos bajo el régimen nazi y las masacres de la Segunda Guerra Mundial. ¿Puede dar cuenta también del lugar destacado que se le otorgó a la dignidad humana en las constituciones de la posguerra de Alemania, Italia, y Japón, y en los regímenes sucesivos de los países que causaron y participaron directamente en esa catástrofe moral del siglo XX? ¿O únicamente en el marco histórico del Holocausto la idea de los derechos humanos se convirtió, de manera casi retrospectiva, en una idea moralmente cargada –y tal vez sobrecargada– con el concepto de dignidad humana?*

La manera en que se acude al concepto de “*dignidad humana*” en las discusiones constitucionales, jurisprudenciales y sobre legislación internacional recientemente parece apoyar esta idea, el concepto de dignidad humana se encuentra previsto

---

7 Kant, 2003.

cualquier concesión dada por el Estado; bajo este razonamiento, es para Lachance el punto de partida de cualquier justificación de los derechos humanos. “*Estos derechos son universales, como lo son los supuestos naturales y espontáneos de la razón humana que los capta y formula. De ahí, que ‘para establecer los principios de un derecho humano basta con recurrir a la naturaleza y a la razón’*”<sup>4</sup>.

En este orden de ideas, Martin Kriele considera que la idea central de los derechos humanos y *el valor de la dignidad del hombre es un “concepto metafísico”*, ya que en la historia del derecho natural tal valor “se ha fundado o bien en la revelación o bien en el supuesto de que está escrita en el corazón del hombre y se manifiesta en la conciencia”<sup>5</sup>.

Igualmente, y tal como lo expone en su escrito el Profesor Emérito de la Universidad de Fráncfort, Jürgen Habermas<sup>6</sup>, se identifica que *vale la pena resaltar el hecho que la dignidad humana como concepto filosófico ya existía en la antigüedad y adquirió su expresión canónica con Kant*: “Kant define el concepto de dignidad como el requerimiento moral que exige

---

4 L. Lachance, *El Derecho y los derechos del hombre*, trad. Cast. de L. Horno, con introducción de A. E. Pérez Luño, Rialp, Madrid, 1979, pág. 26. Cfr. A. E. Pérez Luño, “Louis Lachance y la fundamentación de los derechos humanos”, en RJC, 1981, núm. 4, págs. 241 y sigs. Citado por Antonio Pérez Luño, *Fundamentación de los Derechos Humanos*.

5 M. Kriele, *Liberación e ilustración. Defensa de los Derechos Humanos*, trad. Cast. de C. Gancho, Herder, Barcelona, 1982, pág. 241”. Citado por Antonio Enrique Pérez Luño, *Fundamentación de los Derechos Humanos*. Antonio-Enrique Pérez Luño, “La Fundamentación de los derechos humanos”, *Estudios. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Núm. 35, septiembre-octubre 1983. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3&IDN=194&IDA=16099>

6 Jürgen Habermas, Profesor Emérito Universidad de Fráncfort. “El concepto de la dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”. *Dianoia*, volumen LV, número 64 (mayo 2010), p. 3-25.

actualmente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Reiteración Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica de 1969, como veremos más adelante; de este modo el espíritu de la dignidad humana se encuentra incorporado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos del 16 de diciembre de 1966, así como del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 16 de diciembre de 1966; lo anterior, no quiere decir que la dignidad humana sea sólo un concepto normativo, sino que también constituye la fuente moral vinculado estrechamente al derecho natural, de la que todos los derechos fundamentales derivan su sustento.

La formulación actual de los derechos humanos es el resultado de una larga lucha que debe rastrearse en la historia política, jurídica, y filosófica de la humanidad y sus acontecimientos. Su definición responde a las distintas batallas que se libraron por el reconocimiento y respecto del valor más grande con el que cuenta todas las personas y que constituye actualmente el fundamento de todos nuestros derechos: *la dignidad humana*. Así, la dignidad humana se ha convertido en el valor supremo a proteger y en el fundamento de toda convivencia noble y pacífica, materializándose en el concepto de derechos humanos que figura actualmente en la mayoría de las constituciones políticas de los Estados alrededor del mundo<sup>8</sup>.

Por consiguiente, se puede concluir que la definición de la dignidad humana surge desde el enfoque del derecho natural (*iusnaturalismo*), así como del enfoque filosófico-metafísico y que recobra su vigor en la época moderna, en virtud del

---

8 Emilio Álvarez Icaza Longoria, *Para entender Los Derechos Humanos en México*, Nostra Ediciones, México- España, 2009, p. 11.

acontecimiento del holocausto en la Alemania Nazi después de la Segunda Guerra Mundial. Se destaca de esto último que:

Los campos de concentración y exterminio nazi como régimen totalitarios fueron las instituciones estatales que sirvieron como laboratorios en los que se puso a prueba la creencia fundamental del totalitarismo de que todo es posible, *se desaparecía a la persona como sujeto de derecho; los campos de concentración eran concebidos, no solo para exterminar a las personas y degradar a los seres humanos, sino servir para los experimentos de eliminar, bajo condiciones científicamente controladas, a la misma espontaneidad como expresión del comportamiento humano y de transformar a la personalidad humana en una simple cosa*. No existían paralelos para la vida en los campos de concentración; su horror nunca puede ser abarcado completamente por la imaginación por la simple razón de que permanecen al margen de la vida y la muerte, el trabajo forzado como castigo se limitaba en el tiempo y en la intensidad<sup>9</sup>.

Estos acontecimientos llevaron a una severa crisis mundial en el reconocimiento, defensa, protección y promoción de los derechos humanos, llegando a desdibujar del significado mismo de la dignidad humana en esta etapa de la historia.

## **2. La constitución mexicana y el principio de dignidad humana**

Antes de adentrarnos al desarrollo de este tema, es oportuno señalar a modo de preámbulo algunas consideraciones que giran en torno a la Constitución:

---

9 Arendt, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*, Alianza Editorial, Madrid, 1987, p. 253.

1) Ciertamente la Constitución es un acuerdo de reglas de convivencia; es decir, una forma de pacto político y social. Se llama así porque integra, establece, organiza, constituye las normas que rigen a la sociedad de un país. Por lo tanto, el texto de la Constitución interesa a todos, puesto que sus normas tienen que ver con aspectos esenciales de la vida de cada uno de nosotros. Actualmente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce los derechos humanos; pero a su vez, es una constitución de principios. Entre estos, contempla el principio de la dignidad humana en el que deben orientarse la aplicación de los derechos humanos o fundamentales que gozarán todas las personas. Tal como lo expone Pedro Salazar Ugarte:

En la modernidad, el concepto de Constitución adquirió un significado preciso referido a un contenido determinado. Ello al menos en el contexto occidental. La definición de ese concepto de Constitución quedó plasmado en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definido, no tiene Constitución. Se trata de un concepto de Constitución que corresponde a una teoría política específica: el liberalismo. La idea de los derechos (humanos o individuales) como elemento fundamental del documento constitucional puede rastrearse, al menos, desde la tesis de John Locke que, para muchos, es el padre del liberalismo moderno. Y la tesis de que los derechos naturales son anteriores al estado, pero se conservan —ahora con forma jurídica— (positivismo) cuando éste surge y constituyen límites a los poderes del mismo, es una idea que caracteriza al liberalismo político. De hecho, es lícito afirmar que esta teoría política es la precursora de la teoría jurídica conocida como constitucionalismo que estudia, precisamente, a las constituciones modernas en las que los derechos de



las personas se encuentran recogidos. Pero lo cierto es que las constituciones modernas contienen invariablemente un catálogo de derechos humanos<sup>10</sup>.

Por esta razón, el conocimiento y reconocimiento de lo que establece la Constitución es una responsabilidad cívica y política de todos los que habitamos dentro del Estado mexicano, para gritar, reclamar, exigir y proclamar el respeto de los derechos humanos con base en el principio de la dignidad humana.

- 2) Supremacía Constitucional. En este orden de ideas debemos considerar que la Constitución no es una norma más, igual a las otras que conforman el ordenamiento jurídico. *Es la norma suprema, la que se encuentra en el escalafón superior del sistema normativo de nuestro país.* La Constitución tiene la característica de la supremacía, de la que carecen otras normas. La supremacía constitucional es una cualidad que tiene repercusiones tanto estrictamente jurídicas como políticas; la supremacía constitucional proviene precisamente del texto del artículo 133 el cual establece que: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas”. El origen del artículo 133 proviene justamente de la cláusula segunda del artículo VI de la Constitución

---

10 Pedro Salazar Ugarte. *Sobre el Concepto de Constitución*, Capítulo 53, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015, p. 1934. Libro completo en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/9.pdf>

estadounidense, y de la tradición sentada por el famosísimo caso *Marbury versus Madison*<sup>11</sup>.

- 3) La Constitución como reglas y principios. El neoconstitucionalismo (alude a una nueva visión del estado de derecho que parte del constitucionalismo, cuya característica primordial es la primacía de la constitución sobre las demás normas jurídicas y que vienen a hacer la distinción entre reglas como normas legalistas y principios como normas constitucionales), a diferencia del “excesivo positivismo” presenta a la Constitución como centro base y fundamento de todo el sistema jurídico, pero es *una Constitución pensada en términos de principios y directrices que deben ser interpretados no bajo el vetusto esquema de los métodos tradicionales del derecho sino mediante la ponderación y principios de los derechos humanos*. La Constitución es omnipotente en cualquier análisis, asunto o caso; la ley pasa a segundo plano, es más, la ley y cualquier otro ordenamiento debe verse siempre bajo el prisma de la Constitución y, algo muy importante, el derecho no representa un esquema homogéneo de sociedad sino otro heterogéneo en donde los sentidos y significados de la Constitución son plurales y en ocasiones difícilmente compatibles.

En esta nueva realidad se pone en evidencia que el derecho no siempre tiene origen estatal, rompiendo con ello una de las ideas tradicionales del positivismo. En efecto, el derecho tiene orígenes plurales en las comunidades indígenas, los partidos, sindicatos, iglesias, organismos internacionales o movimientos sociales. Es así que surge la necesidad de un nuevo entramado

---

11 González Oropeza, Manuel, “*Marbury versus Madison*. La política en la Justicia”. *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1989, t. I, p. 315.

institucional compuesto por las reglas de acceso y ejercicio del poder público. Además, la necesidad de un nuevo entramado institucional requiere venir *acompañado de una nueva cultura jurídica que afronte la interpretación de las nuevas reglas y principios, entre estos el “principio de la dignidad humana”*, desde una visión de Estado Constitucional democrático en donde los derechos humanos y los principios democráticos sean la base de la argumentación y de la nueva legitimidad.

La presencia de los principios hace que el derecho tenga una clara textura abierta; los principios no son cerrados, sino indeterminados, necesitados de significados que no estén definidos *a priori*, que sólo se pueden precisar a la luz de las exigencias del caso en particular. La concreción de significados llega en los principios como el de dignidad humana al momento de su aplicación vía la razonabilidad y la ponderación. Por lo tanto, la constitución demanda ponderar, porque sólo así es posible conservar valores heterogéneos propios de una sociedad plural. El contenido constitucional es plural y está formado por criterios de valor. Por otra parte, los principios y valores constitucionales están abiertos a los contextos económicos, sociales o políticos. *Las normas llamadas principios están necesariamente conectadas con su contexto de una forma que no lo están las reglas, en gran parte debido a la diferente estructura morfológica entre reglas y principios.* Es aquí donde reside el temor de muchos a que los principios se conviertan en una puerta abierta al activismo judicial. Desde luego habría que decir que la ponderación no significa arbitrariedad o carácter no justificado de las decisiones judiciales, sino razonabilidad bajo criterios distintos a los del modelo tradicional. Entonces la justificación racional representa la condición de validez y de legitimidad de

las decisiones judiciales; es decir, *los principios han venido a modificar los cimientos de la tradición teórica del derecho*<sup>12</sup>.

Ahora bien, podemos identificar que la reforma al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, realizada el 10 de junio del año 2011, trajo consigo muy importantes cambios y avances dentro del sistema jurídico mexicano. Además del reconocimiento de las obligaciones de respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos, también se establece un complejo sistema de interpretación, aplicación e implementación de los derechos humanos dirigido a los poderes legislativo, ejecutivo y principalmente judicial del país. De igual forma, contiene un sofisticado mecanismo para el análisis y la implementación de los derechos y obligaciones a partir de ciertos principios que permiten mantener, realizar y avanzar el disfrute de los derechos, a través del cual se suscribe el “*principio de la dignidad humana*” que a continuación se transcribe:

Artículo 1o. 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, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece<sup>13</sup>.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados

---

12 Jaime Cárdenas Gracia, “Hacia un cambio en la cultura jurídica nacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 119, Nueva serie Año XL núm. 119 mayo-agosto 2007, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 312, 313.

13 *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Edición Conmemorativa, Gallardo ediciones, 2018, p. 15, 16, 17, 23.

internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

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, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Si bien es cierto que en el párrafo segundo y tercero de este artículo podemos identificar los principios *pro persona*, *universalidad*, *interdependencia*, *indivisibilidad* y *progresividad*, como bien se ha expuesto en el párrafo quinto de este mismo artículo, se incorpora acorde a los principios interpretativos el principio de la *dignidad humana*.

Por su parte el Artículo 2 de la Constitución prevé el principio de la *dignidad humana*, en el Apartado A, fracción II en los siguientes términos:

*Artículo 2. La Nación Mexicana es única e indivisible.*

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

Son 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.

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de ~~autonomía~~ que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.

*II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los*

*principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.*

Por su parte el Artículo 3 de la Constitución prevé el principio de la *dignidad humana*, en el párrafo primero y tercero:

Artículo 3. Toda persona tiene derecho a la educación. El Estado—Federación, Estados, Ciudad de México y Municipios—impartirá y garantizará la educación inicial, preescolar, primaria, secundaria, media superior y superior. La educación inicial, preescolar, primaria y secundaria, conforman la educación básica; ésta y la media superior serán obligatorias, la educación superior lo será en términos de la fracción X del presente artículo. La educación inicial es un derecho de la niñez y será responsabilidad del Estado concientizar sobre su importancia.

Corresponde al Estado la rectoría de la educación, la impartida por éste, además de obligatoria, será universal, inclusiva, pública, gratuita y laica.

*La educación se basará en el respeto irrestricto de la dignidad de las personas, con un enfoque de derechos humanos y de igualdad sustantiva. Tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a todos los derechos, las libertades, la cultura de paz y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia; promoverá la honestidad, los valores y la mejora continua del proceso de enseñanza aprendizaje.*

Asimismo, la fracción II, inciso C del mismo artículo, establece:

II. El criterio que orientará a esa educación se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios.

Además:

C. Contribuirá a la mejor convivencia humana, a fin de *fortalecer el aprecio y respeto por la naturaleza, la diversidad cultural, la dignidad de la persona*, la integridad de las familias, la convicción del interés general de la sociedad, los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos.

Asimismo, el Artículo 25 de la Constitución prevé el principio de la dignidad humana, en el párrafo primero:

Artículo 25. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, *permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución*. La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.

Con lo antes expuesto, se determina que la Constitución reconoce el *principio de la dignidad humana desde el enfoque del valor intrínseco de la persona*, el cual



emerge en favor del ser humano por el sólo hecho de existir y, por tanto, la dignidad debe ser respetada. Además, se debería prohibir de manera expresa *todo acto o disposición que atente contra la dignidad humana*, lo cual implicaría poner en relieve la dignidad como uno de los principios transversales de nuestro sistema jurídico y reconocer que ésta puede y debe ser materializada a través del respeto efectivo de los derechos humanos, por medio de la interpretación y ponderación de la dignidad humana por parte de los órganos judiciales, ejecutivos, legislativos o administrativos; sobre todo, considerando los principios establecidos ya descritos en el primer artículo constitucional.

### **3. El principio de la dignidad humana y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la nación en México**

La jurisprudencia es el conjunto de principios, criterios, precedentes o doctrinas que se encuentran en las sentencias o fallos de los jueces o tribunales. *Se le reconoce como la principal fuente formal indirecta, pues de su doble función, la principal es interpretar el sentido de la ley y llenar las lagunas que aparecen en todo el sistema jurídico.* Por lo tanto, la jurisprudencia apoya el trabajo del legislador como el del juez, coadyuvando a la producción y aplicación de la ley a través de directrices y parámetros que establece sobre el sentido que deberá darse a la norma jurídica misma y al Derecho. En México la *jurisprudencia* es fuente formal indirecta y tiene, por virtud de la propia Constitución, *fuerza obligatoria*.

Así, el Artículo 94 constitucional establece textualmente los parámetros generales referidos a la jurisprudencia, esto es, su carácter, su regulación, su alcance y los órganos que pueden producirla. En su parte conducente, dicho artículo señala: *“La ley fijará los términos en que es obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del poder Judicial de la Federación sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción”*. Recordemos que la Ley de Amparo en México establece la facultad para establecer jurisprudencia: la Suprema Corte de Justicia de la Nación en pleno o en salas y los Tribunales Colegiados de Circuito. La jurisprudencia de ambos tribunales versará sobre la interpretación, es decir, *el sentido con que deberá ser entendida o aplicada la Constitución, las leyes federales o locales, los reglamentos federales o locales y los tratados internacionales firmados y ratificados por México e incorporados a su sistema jurídico*. Entonces se advierte que la jurisprudencia será de aplicación obligatoria para todos los tribunales que sean jerárquicamente inferiores a los tribunales federales que la generan.

En este orden de ideas, la interpretación respecto al principio de la dignidad humana no ha pasado inadvertido en la generación de jurisprudencia; de este modo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha generado los siguientes criterios jurisprudenciales, que a la luz de la protección y promoción de los derechos humanos debe representar el eje rector en la interpretación normativa de los entes judiciales:

**1. Reiteración.** Dignidad humana. Constituye una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas y no una simple declaración ética<sup>14</sup>.

---

14 Décima Época, Instancia Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Materia: Jurisprudencial (Constitucional), Tesis: Ia./J. 37/2016 (10ª),

La dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral, sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica, reconocido actualmente en los artículos 1º., último párrafo; 2º., apartado A, fracción II; 3º., fracción II, inciso c); y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, el Pleno de esta Suprema Corte ha sostenido que la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad. Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta –en su núcleo más esencial– como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un sujeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada<sup>15</sup>.

**2. Dignidad humana. Definición.** La dignidad humana es el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos<sup>16</sup>.

---

Núm. de Registro: 2012363.

15 <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis>

16 Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Décima Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* Libro I, octubre de 2011, Tomo 3, página 1528, Materia: Civil, Tipo: Jurisprudencial, Tesis: 1.5o C.J/30 (9a).

**3. Dignidad humana. Su naturaleza y concepto.** La dignidad humana es un valor supremo establecido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se reconoce una calidad única excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida íntegramente sin excepción alguna<sup>17</sup>.

#### **4. El principio de dignidad humana y el derecho internacional de los derechos humanos**

El derecho internacional de los derechos humanos es una muestra evidente de la notable evolución del derecho internacional contemporáneo. Se ha ido transitando de una época donde se consideraban las cuestiones de derechos humanos como asuntos de interés nacional bajo el restrictivo concepto de soberanía, a otra *donde los derechos humanos han adquirido una observancia internacional y son de vigencia universal*. Es decir, se ha ido construyendo en las décadas recientes, un sistema internacional de promoción y protección de los derechos humanos, *digno de la persona humana*, a nivel internacional y regional, consagrado en los tratados internacionales, declaraciones, pactos, protocolos, proclamaciones y convenciones que obligan a los Estados a garantizar, proteger y promover los derechos humanos<sup>18</sup>.

---

17 Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Décima Época, Instancia: Tribunal Colegiado de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* Libro I, octubre de 2011, Tomo 3 página 1527, Materia: Civil, Tipo: Jurisprudencia, Tesis: I.5o.C./31(9a), Registro digital 160869.

18 Hermilo López-Bassols, *Derecho Internacional Público y Jurisprudencia Internacional*, Editorial Porrúa, México, 2014, p. 491-492.

Dichos tratados incluyen algunos como la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948; la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica del 22 de noviembre de 1969; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966; y, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales del 16 de diciembre de 1966. El desarrollo de las normas de derechos humanos, por tanto, ha tenido un impacto profundo en el derecho internacional, derecho que podemos decir están plenamente reconocido por la comunidad internacional como el *ius cogens*<sup>19</sup>.

En este orden de ideas, el principio de la dignidad humana se encuentra en la fundamentación de los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos tal como se expone más adelante. Para el caso del estado mexicano, este derecho internacional se encuentra reconocido por el artículo 133 Constitucional, el cual dispone que: “[...] todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados [...]”; en tal sentido, se advierte la fuerza obligatoria de los tratados. Es así que el estado mexicano debe dar cumplimiento en el marco del derecho internacional de los derechos humanos como columna vertebral del derecho natural y de la dignidad humana.

---

19 El principio *ius cogens* se define en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), que establece lo siguiente: “Es nulo todo tratado que, en el momento de su elaboración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Por lo tanto, se insiste que la dignidad humana debe ser el eje rector en la aplicación e interpretación normativa, principalmente para las autoridades judiciales u órganos jurisdiccionales encargados en la administración e impartición de justicia, así como de los órganos ejecutivos, legislativos o administrativos, armonizando la aplicación del marco normativo como lo indican los diferentes instrumentos internacionales y el ordenamiento interno del estado mexicano, en materia de derechos humanos tales como los que se describen a continuación:

### **a) Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es el primer texto jurídico internacional que formula un catálogo de derechos humanos, con la pretensión de alcanzar valor universal. Es así que, el sistema internacional de protección de los derechos humanos que se ha desarrollado a partir de esta Declaración Universal, constituye el pilar de todo el sistema actual de los derechos humanos, del cual se derivan, en buena parte, los instrumentos universales y regionales existentes. El preámbulo de la *Declaración parte de la idea de que los derechos humanos tienen su raíz en la dignidad y el valor de la persona humana*, se aprecia entonces inequívocamente el reconocimiento de la dignidad inherente a la persona.

En el párrafo primero del preámbulo de esta declaración reconoce la dignidad intrínseca: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la *dignidad intrínseca* y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

De igual modo en el párrafo quinto del mismo preámbulo se reafirma la dignidad de la persona humana en los derechos fundamentales: “Considerando que los pueblos de las Naciones

Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la *dignidad y el valor de la persona humana* y en la igualdad de los derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro concepto más amplio de la libertad;”

Por su parte el Artículo 1, refiere que: “Todos los humanos nacen libres e iguales en *dignidad y derechos* y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

De igual modo el Artículo 22, refiere la satisfacción de los derechos económicos sociales y culturales, vinculándolo directamente con la dignidad de la persona: “Toda persona, como miembro de la sociedad tiene derecho a la Seguridad Social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, *la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*”.

De igual forma, el Artículo 23 numeral 3, hace énfasis en el derecho al trabajo, asegurando la existencia de la persona y su familia conforme a la *dignidad humana*: “Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”<sup>20</sup>.

---

20 Declaración Universal de Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948. Preámbulo, artículo 1, 22, 23 numeral 3. [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)

## **b) Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969**

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José en homenaje a la ciudad en que fue aprobada, y suscrita el 22 de noviembre de 1969, es pieza clave del sistema protector de los derechos humanos en América. México depositó el instrumento de ratificación correspondiente en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), el 24 de marzo de 1981; por lo tanto, la aplicación de esta convención resulta obligatoria para el estado mexicano, en el estándar del “Control de convencionalidad”. Este control resulta una enorme oportunidad para que las autoridades judiciales del ámbito local interpreten directamente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a la luz de las normas internacionales sobre derechos humanos, abriendo nuevos retos y enormes oportunidades argumentativas confiando que las autoridades judiciales asuman y optimicen tales retos y oportunidades en provecho de la justicia y de la plena vigencia de los derechos humanos.

El Artículo 5, numeral 2 de esta convención, dispone el Derecho a la Integridad Personal: “Nadie debe ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. *Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*”.

Por su parte el Artículo 6, numeral 2, dispone la Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre: “Nadie debe ser constreñido o ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señaladas penas privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. *El trabajo*



*forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.*

De igual modo el Artículo 11, numeral 1, dispone la Protección de la Honra y de la Dignidad: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y *al reconocimiento de su dignidad*”.

### **c) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966**

Desde 1981, México es parte tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; en consecuencia, resultan normas fundamentales de aplicación obligatoria para la protección de los Derechos Humanos. Consecuentemente, en el preámbulo de este pacto, párrafo primero se reconoce el principio de la *dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana*:

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base *el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienable*.

Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana.

De igual modo, el Artículo 10, numeral 1 dispone: “Toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”<sup>21</sup>.

---

21 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966. Preámbulo, artículo 10 numeral 1. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

## d) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre de 1966

De igual forma en el preámbulo, párrafo primero de este pacto se reconoce el principio de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana:

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables.

Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana.

Por su parte el Artículo 13, numeral 1 dispone:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia *el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos* y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz<sup>22</sup>.

## Conclusiones

En el marco de la protección y promoción de los derechos humanos en México, he intentado destacar en el presente trabajo la importancia que constituye actualmente el principio o fundamento que gira en torno a la dignidad humana como un eje rector en la interpretación normativa de los derechos humanos. Principio que bien se ha explicado le da fundamento a los Derechos Humanos desde un enfoque iusnaturalista, filosófico, metafísico y que finalmente se traduce textualmente en el derecho positivo, a través del derecho interno en nuestro país por medio de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, leyes y las tesis jurisprudenciales; pero también de los diferentes instrumentos de derecho internacional de derechos humanos entre los que se han examinado la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969; así como de los dos Pactos Internacionales, el de Derechos Civiles y Políticos, y el de Derechos Económicos Sociales y Culturales ambos de 1966.

De este modo, resulta que el principio de dignidad humana debe ser la piedra angular en la cual debe descansar el reconocimiento, interpretación y expresión de los derechos humanos. Ciertamente la interpretación normativa relativa a derechos humanos deben realizarla principalmente los órganos judiciales o jurisdiccionales. Sin embargo, me parece que es importante hacer énfasis que esta actividad no debe ser exclusiva a los entes judiciales; es decir, es necesario posibilitar, abrir y democratizar la interpretación al pueblo con base en la realidad social, cultural y económica. Si tomamos en cuenta el nuevo paradigma con relación a la reforma constitucional al artículo 1º

---

diciembre de 1966. Preámbulo, artículo 13, numeral 1. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cesscr.aspx>

sobre derechos humanos en México, efectuada el 10 de junio de 2011, se desprende la existencia de un nuevo paradigma sobre el reconocimiento, así como de la interpretación de las normas relativas a derechos humanos. A la luz de los cambios de esta reforma, encontramos que la interpretación relativa a derechos humanos se realizará de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia (principio pro persona); así como de la obligación que tienen todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. En este orden de ideas es importante señalar que la aplicación del principio de convencionalidad brinda una enorme oportunidad a las autoridades judiciales en su capacidad para interpretar directamente la constitución y las normas internacionales sobre derechos humanos como de las que se han hecho mención en el desarrollo del presente trabajo, integrando de este modo un bloque de derechos de rango constitucional que puedan dar plena vigencia, respeto y promoción de los derechos humanos en México.

Finalmente, a modo de reflexión es necesario fijar la realidad en México en cuanto a la defensa y protección de los derechos, bajo el principio de dignidad humana, en este contexto justamente un ejemplo inequívoco es la situación que se vive actualmente de las comunidades indígenas de Choréachi, conformada por los rarámuris y tarahumaras, ubicadas en el municipio de Guadalupe y Calvo, localizada en la zona llamada Triángulo Dorado en el estado de Chihuahua. En el mes de julio de 2021, alrededor de 67 familias han sido desplazadas por la violencia de los grupos criminales y los enfrentamientos entre los carteles de Sinaloa y el nuevo Cartel de Juárez, por el control de la siembra de amapola y mariguana. El caso ha sido de conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para solicitar

medidas cautelares al Estado Mexicano, ante la situación de gravedad, mismas que se recibieron en 2015, aunque han sido insuficientes para garantizar y proteger la dignidad humana de estas comunidades indígenas, así como de la posesión ancestral de sus territorios.

La comisión sostuvo que desde el año 2013 hasta el presente, la Comunidad Choréachi viene siendo objeto de graves hechos de agresiones, hostigamientos y amenazas en un contexto en el cual sostiene una disputa legal del territorio con otra comunidad, y se ha alegado además la presencia de grupos criminales con intereses en el uso de la tierra y vinculadas al narcotráfico; por su parte, la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 10 de junio de 2020, dispuso que el Estado mexicano debía continuar implementando las medidas de protección que ya habían sido dispuestas y que adoptara, de manera inmediata, todas las acciones necesarias para proteger y garantizar el respeto a la vida y a la integridad personal de los integrantes de la comunidad indígena<sup>23</sup>.

A pesar que la Constitución Política establece la protección de los derechos humanos, aunado a que México es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que adicionalmente el estado mexicano ratificó en 1990 el Convenio No. 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de 1989, se siguen presentando violaciones sistemáticas a los derechos humanos y de su dignidad humana, como es el caso de los pueblos indígenas Choréachi, en el estado Chihuahua en México.

---

23

[https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/choreachi\\_se\\_02.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/choreachi_se_02.pdf)

## Aproximación al concepto y análisis de la “sistematicidad” en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

*Javier A. Galindo P.\**

El concepto de sistematicidad, en el plano de los Derechos Humanos, se ha convertido en un elemento de gran relevancia ya que, aunque no ha sido definido por una norma internacional, ha sido plasmado, entre otros tratados, en (i) el Estatuto de Roma<sup>1</sup>; (ii) el reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH” o “Comisión IDH”)<sup>2</sup>; (iii) la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas<sup>3</sup>; y (vi) en las Directrices básicas para la investigación

---

\* Magister en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia, con especialización en Derechos Humanos y DIH de la misma universidad, abogado de la ilustre Universidad Católica del Táchira, coordinador de litigio internacional de la Comisión Colombiana de Juristas (CCJ), actualmente realizando una visita profesional en la Corte Penal Internacional (CPI), ex pasante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y participación en la implementación del Acuerdo de Paz con las FARC-EP en Colombia. Experiencia de 13 años como docente en la Universidad Católica del Táchira, Universidad Autónoma de Colombia, Universidad Fermín Toro, entre otros.

- 1 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Adoptado por la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas, el 17 de julio de 1998. Artículo 7.
- 2 Aprobado por la Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009; modificado el 2 de septiembre de 2011 y en su 147° período ordinario de sesiones, celebrado del 8 al 22 de marzo de 2013, para su entrada en vigor el 1° de agosto de 2013.
- 3 Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

de violaciones a los derechos de las personas defensoras de derechos humanos en las Américas<sup>4</sup>.

La normatividad internacional, en efecto, ha usado el término de “sistematicidad”, pero no ha reconocido un concepto claro del mismo; de allí que la jurisprudencia y la doctrina hayan jugado un papel superlativo en el desarrollo del tema. Han sido principalmente los tribunales internacionales quienes lo han abordado en diferentes momentos históricos y bajo contextos disimiles, y han establecido los estándares internacionales aplicables al respecto.

A partir de lo anterior, surge la necesidad de indagar en los diferentes Informes de Fondo de la CIDH, en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH” o “la Corte”), en algunos pronunciamientos de organizaciones internacionales y en la doctrina que ha emergido sobre el particular y que ha tocado el tema, para extraer un concepto claro sobre sistematicidad y sus elementos esenciales aceptados internacionalmente.

## **Organismos internacionales**

### **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

#### **Peticiones individuales**

Como es conocido, la Comisión IDH es un órgano de la OEA<sup>5</sup> cuya principal función es promover la observancia y la defensa

---

4 CIDH. Directrices básicas para la investigación de violaciones a los derechos de las personas defensoras de derechos humanos en las Américas. 2017. [Página web en línea]: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/DirectricesBasicas-PersonasDefensoras.pdf>

5 Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”. Suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

de los Derechos Humanos en las Américas<sup>6</sup>. Para la obtención de estos fines y el cumplimiento de sus funciones, la CIDH cuenta con mecanismos cuasi judiciales y extrajudiciales, entre los cuales se encuentra las peticiones individuales, en virtud de los cuales realiza estudios de casos por violaciones a Derechos Humanos y expide Informes de Fondo en los cuales realiza un análisis de los derechos violados por los Estados.

Conforme a lo anterior, analizaremos algunos informes de fondo en donde la CIDH ha tenido la oportunidad de referirse a la sistematicidad. El primero de los casos a tomar en cuenta es la *Masacre El Mozote en contra de El Salvador*. A través del Informe de Fondo N° 177/10, la Comisión IDH indicó que los ataques realizados en diciembre de 1981, así como la realización de siete masacres sucesivas de los pobladores civiles, fueron desarrolladas de forma deliberada, coordinada y sistemática, planeados y ejecutados a través de las estructuras e instalaciones del Estado; arremetidas que se dieron en el marco de una supuesta operación de contrainsurgencia que formaba parte de una política de “tierra arrasada”<sup>7</sup>.

En su Informe de Fondo, la CIDH concluyó que la serie de masacres ocurridas como parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado hacia diversos sectores de la población<sup>8</sup>, constituyeron una de las manifestaciones más aberrantes de los crímenes de lesa humanidad cometidos en la

---

6 Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), firmada en la IX Conferencia Internacional Americana del 30 de abril de 1948.

7 “Tierra arrasada o quemada” es la denominación de una táctica militar que consiste en destruir y saquear absolutamente todo lo que pueda ser de utilidad al enemigo en determinado territorio, y a la matanza de sus habitantes o pobladores, cuando una fuerza militar avanza a través de un territorio o se retira de él.

8 Corte IDH. Caso Masacre de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. 2012.



época por parte de la institución militar salvadoreña. La Comisión IDH conoció sobre la presunta responsabilidad de integrantes del Ejército salvadoreño por la ejecución masiva de civiles en medio del conflicto armado interno en El Salvador y reiteró que dicha época se caracterizó por las violaciones sistemáticas de derechos humanos e impunidad, facilitada en parte por la ineficacia del sistema judicial salvadoreño.

El caso fue remitido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2011, la cual reconoció la responsabilidad de los agentes estatales en la grave y sistemática violación de los derechos de las víctimas y determinó, ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados, la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos a la vida, integridad personal y libertad de las personas ejecutadas extrajudicialmente, así como por la violación de la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes a los que fueron sometidas las víctimas ejecutadas<sup>9</sup>.

Asimismo, la CIDH, en el caso de la *Masacre de las Dos Erres en contra de Guatemala*<sup>10</sup> (a través de su Informe de Fondo N° 22/08), consideró que los hechos reflejaban las deficiencias del sistema de administración de justicia guatemalteco y, particularmente, la falta de debida diligencia, medios y recursos apropiados para la investigación de las graves y sistemáticas violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el conflicto armado interno que afectó a Guatemala entre 1962 y 1996<sup>11</sup>.

---

9 *Ibidem*.

10 CIDH. (2008) Informe N° 22/08. Caso 11.681. Fondo. Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala.

11 *Ibidem*.

Así mismo, reflejó la crueldad desplegada por los soldados del Ejército guatemalteco al cometer tales actos de tortura y barbarie, como infligir daños y sufrimiento a la población civil y cometer actos de violencia sexual contra mujeres y niñas. Consideró esta última como una práctica generalizada y sistemática dentro de la estrategia contrainsurgente del Ejército y una de las manifestaciones más específicas de la violencia de género llevada a cabo durante el conflicto armado interno de Guatemala<sup>12</sup>.

Si bien hubo un reconocimiento parcial de responsabilidad por parte del Estado por los hechos y actos de violación sistemática de derechos humanos ocurridos en la masacre, el caso fue enviado a la Corte IDH a fin de que declarara al Estado de Guatemala responsable por la violación del derecho a protección judicial y a las garantías judiciales en relación la obligación de respetar los derechos de las personas, en perjuicio de dos sobrevivientes de la masacre y las familias de las personas que fallecieron durante la misma.

El tribunal internacional estimó que la falta de debida diligencia en la investigación de hechos graves contra la integridad personal, como torturas y violencia sexual en conflictos armados y/o dentro de patrones sistemáticos, constituyen un incumplimiento de las obligaciones del Estado, así como lo son también la falta de juzgamiento y sanción de los responsables de la masacre del Parcelamiento de Las Dos Erres.

Este incumplimiento es particularmente grave porque se enmarca en un patrón sistemático de tolerancia y desinterés por parte del Estado, el cual, durante al menos dos décadas, no adoptó las medidas positivas necesarias para garantizar los derechos fundamentales de las víctimas y sus familiares.

---

12 CEH, “Memoria del Silencio”, Tomo III, *Las violaciones de los Derechos Humanos y los hechos de violencia*.

Por otro lado, la CIDH, en el caso de la *Masacre de la Aldea Los Josefinos en contra de Guatemala*, profirió un Informe de Fondo en el cual afirmó que las fuerzas del Estado y los grupos patrulleros afines a aquellas fueron responsables, en su gran mayoría, de las violaciones sistemáticas de derechos humanos registradas durante el conflicto armado y que incluyeron ejecuciones arbitrarias y desapariciones forzadas. Asimismo, reconoció que, durante la época más violenta del conflicto (entre 1978 y 1983), la política contrainsurgente implementada se caracterizó por acciones militares destinadas a la destrucción de comunidades y a su desplazamiento forzado cuando se las consideraba auxiliares de la guerrilla.

Indicó la Comisión que dichas acciones militares eran llevadas a cabo de manera organizada y planificada, y eran ejecutadas por orden o con conocimiento de las más altas autoridades del Estado bajo un contexto sistemático de violaciones masivas a los derechos humanos, en el cual ocurrieron múltiples masacres y en el que las víctimas sobrevivientes sufrieron una persecución sistemática; pues aquellos que lograron escapar y se refugiaron en las montañas vivieron por años con miedo, despojados de sus pertenencias, durmiendo a la intemperie y moviéndose continuamente a fin de huir de los soldados y patrulleros que los perseguían aún después de las masacres.

La Comisión IDH concluyó que la incursión del Ejército guatemalteco en la aldea Los Josefinos se cometió en el contexto del conflicto armado interno en el que existía una política de Estado destinada a llevar a cabo masacres, operaciones de tierra arrasada y desapariciones forzadas, que tenían como objetivo la destrucción tanto del núcleo familiar completo como de la comunidad. Este contexto constituyó un ataque generalizado y

sistemático de violaciones masivas a los derechos humanos por el Estado en contra de la población civil<sup>13</sup>.

De igual manera, la CIDH estimó necesario dejar constancia de la especial gravedad que reviste el caso, no sólo porque las víctimas se encontraban en total indefensión cuando miembros del Ejército las ejecutaron mediante actos de barbarie, sino, además, porque las masacres, ejecuciones y desapariciones no fueron hechos aislados dentro del conflicto armado interno, ya que estuvieron enmarcadas dentro de una política de Estado. Así, la masacre del presente caso se enmarca dentro de una persecución sistemática contra aquellos que se percibían como contrarios al orden establecido.

Por dicha razón, la CIDH concluyó que el Estado de Guatemala incumplió su deber de protección mínimo enmarcado en el Derecho Internacional Humanitario y que tales actos se cometieron como parte de un ataque generalizado y sistemático en contra de la población civil, con conocimiento de dicho ataque y de conformidad con una política de Estado de cometer tal ataque.

Ahora bien, la Comisión IDH se ha pronunciado sobre la sistematicidad en casos contra Colombia, como el caso de *Norberto Javier Restrepo en contra de Colombia*<sup>14</sup>, víctima que se caracterizaba por hacer parte de las muchas personas que desaparecieron en el marco del movimiento político de la Unión Patriótica (en adelante “UP”) en Colombia.

En dicho caso, la Comisión IDH hizo referencia a la situación de riesgo para las personas vinculadas al partido de la UP,

---

13 *Ibid.*

14 CIDH. Informe No. 96/19. Caso 11.726. Fondo. Caso Norberto Javier Restrepo vs. Colombia.

cuestión que ya había indicado en su Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia y en el informe sobre este país, incluido en el Informe Anual de 1996, en donde referenció lo indicado por la Corte IDH respecto de "... la violencia contra la UP ha sido caracterizada como sistemática"<sup>15</sup>.

La Comisión IDH conoció sobre una serie de actos graves de violencia contra la vida e integridad personal de los miembros o simpatizantes de UP, dirigidos (en la época de los hechos) a reducir progresivamente el respaldo popular y electoral con el que contaba. Lo anterior, dentro de un contexto de tensión política y de especial riesgo de las personas vinculadas a dicho partido. De igual forma, afirmó la existencia de una situación de riesgo especial para las personas que tendrían vinculación con el partido de la UP.

La Comisión estableció que las actuaciones iniciales por parte del Estado no revelan una conducta diligente dirigida a proteger los derechos a la vida, integridad y libertad personal frente a las denuncias de desaparición del señor Restrepo, puesto que la Procuraduría General de la Nación habría sido la única entidad que realizó acciones dirigidas a encontrar al señor Restrepo; omisiones que constituyeron violaciones del deber de garantía de tales derechos y que permitieron notar la falta de acciones de búsqueda específica frente a la denuncia de desaparición del señor Norberto Javier Restrepo, cuestión que posibilitó la continuidad de su desaparición y su ejecución<sup>16</sup>.

---

15 Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 81.

16 CIDH. Informe No. 96/19. Caso 11.726. Fondo. Caso Norberto Javier Restrepo vs. Colombia.

De la misma forma, declaró que i) no se cumplió con las diligencias para el esclarecimiento judicial de la muerte del señor Restrepo, ii) no hubo una investigación diligente sobre lo ocurrido al señor Norberto y iii) no existe una versión definitiva de los hechos tras el plazo irrazonable de más de 22 años.

Adicionalmente, consideró la CIDH que la muerte de la víctima se encuadra dentro del asesinato masivo y sistemático de los miembros de la Unión Patriótica y la tolerancia de tal acontecer por parte del Estado. Concluyó que Colombia es responsable por su desaparición forzada e incurrió en violación de los derechos a la vida, integridad y libertad personal, garantías judiciales y protección judicial en perjuicio del señor Norberto Javier Restrepo y sus familiares<sup>17</sup>.

Ahora bien, en el caso *Integrantes y militantes de la Unión Patriótica vs. Colombia*<sup>18</sup>, la Comisión IDH, en su informe de fondo, catalogó los hechos del caso como un exterminio<sup>19</sup> y estableció que los mismos alcanzaron una gravedad y magnitud inusitadas dada la multiplicidad y sistematicidad de violaciones de derechos humanos llevadas a cabo contra la agrupación, por razón de su orientación política<sup>20</sup> y la expresión de sus ideales.

Los actos o hechos violentos involucraron desapariciones y desplazamientos forzados, amenazas, hostigamientos, tentativas de homicidio y ejecuciones sistemáticas en contra de integrantes y militantes de la UP, actos perpetrados presuntamente tanto por

---

17 Ibid.

18 Corte IDH. Caso integrantes y militantes de la Unión Patriótica vs. Colombia. Caso Contencioso.

19 CIDH, Informe No. 170/17, Caso 11.227 Fondo. Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica. Colombia. 6 de diciembre de 2017.

20 *Ibidem*.

agentes estatales como por actores no estatales, con la alegada tolerancia y aquiescencia de aquellos.

En cuanto a la sistematicidad y la violencia ejercida en contra de los miembros de UP, la CIDH en su informe de fondo, citó el caso *Cepeda Vargas en contra de Colombia*<sup>21</sup>, en el cual la Corte IDH determinó que la violencia contra el partido político se caracterizó como sistemática tanto por organismos nacionales como internacionales, dada la intención de atacar y eliminar a sus representantes, miembros e incluso simpatizantes. Al respecto, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se refirió a las muertes de militantes de la Unión Patriótica como “ejecuciones sistemáticas”<sup>22</sup>.

La jurisprudencia de la Corte IDH, en pronunciamientos con circunstancias similares como el Caso *Ticona Estrada contra Bolivia*, *Atenco contra México*, *Masacre la Rochela contra Colombia*, *Masacre de las dos Erres contra Guatemala* y el *Anzualdo Castro contra Perú*, habló de ataques generalizados y de violencia sistemática; sin embargo, no estableció, en concreto, cuáles son los elementos sistemáticos que caracterizan las violaciones a los Derechos Humanos; de allí que la CIDH centra su análisis en la elaboración del concepto de sistematicidad en torno al crimen de Lesa Humanidad<sup>23</sup>.

---

21 Corte IDH. Caso Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010.

22 Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, presentado ante la Comisión de Derechos Humanos el 54º período de sesiones el 9 de marzo de 1998 E/CN.4/1998/16

23 Gaitán Peñaloza. Test de sistematicidad en violaciones a los Derechos Humanos, un criterio de razonabilidad desde los principios del derecho internacional. 2018. [Página web en línea]:  
<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/15168/2018CesarGaitan.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Más recientemente, la Comisión IDH expidió Informe de Fondo en el caso *Djamel Ameziane en contra de EEUU*<sup>24</sup>. Indicó que el señor Ameziane, durante su detención, fue víctima de maltratos, actos de tortura y tratos inhumanos; permaneció en confinamiento solitario por largos periodos de tiempo, fue golpeado durante los interrogatorios, sufrió simulaciones de asfixia, se le impidió dormir por periodos prolongados de tiempo y fue sometido a música estridente, entre otras formas de tortura. Adicionalmente, expuso que le fue negado el cuidado médico por las lesiones sufridas durante su confinamiento, se le impidió profesar su religión, fue insultado por sus creencias y no pudo tener contacto regular con su familia.

En su informe, la CIDH determinó que Djamel Ameziane sufrió abusos y torturas físicas y psicológicas a manos de los oficiales del centro de detención, fue brutalmente golpeado durante interrogatorios y no había evidencia de que los detenidos hubiesen recibido tratamiento efectivo por las lesiones sufridas durante su detención y para sus condiciones de salud en general; sucesos que violaron sistemáticamente los estándares éticos e impidieron la provisión de asistencia médica de calidad para los detenidos.

Adicionalmente, hizo énfasis en el patrón sistemático y la práctica de abuso por las autoridades de EE.UU. tratamiento sistemático de trato cruel, inhumano y tortura, dado que el trato degradante fue perpetrado “con el propósito de humillar y degradar a la víctima y quebrar su resistencia física y moral” y fue exacerbado por la vulnerabilidad del Sr. Ameziane como persona que fue detenida ilegalmente debido a su estatus de extranjero y musulmán en Guantánamo<sup>25</sup>.

---

24 CIDH. Informe No. 29/20. Caso 12.865. Fondo. Caso Djamel Ameziane vs. Estados Unidos de América.

25 *Ibid.*



La Comisión concluyó que existe una responsabilidad internacional agravada de Estados Unidos en el caso por el daño irreparable causado a Djamel Ameziane, en tanto fue sometido a torturas, malos tratos, actos de violencia y detención sin cargos; además, por ser trasladado de regreso a Argelia y dejando en evidencia una ausencia sistemática y absoluta de respeto por los derechos humanos más fundamentales del Sr. Ameziane y de otros similarmente detenidos.

Cabe resaltar que esta fue la primera resolución por parte de un órgano regional de Derechos Humanos con respecto a las violaciones cometidas en el Centro de detención de Guantánamo y marca una victoria histórica para Djamel Ameziane y los derechos y reparaciones de otras personas detenidas en el Centro de detención de Guantánamo<sup>26</sup>.

### Informes anuales y temáticos

La Comisión Interamericana, además de sus informes de fondo en peticiones individuales, también se ha pronunciado sobre la sistematicidad a través de sus mecanismos extrajudiciales de informes por país, temáticos o anuales.

En su *Informe sobre la situación de personas defensoras de derechos humanos y líderes sociales en Colombia*<sup>27</sup> aplaudió la labor de las defensoras y los defensores de Derechos Humanos

---

26 <https://cejil.org/comunicado-de-prensa/comision-interamericana-de-derechos-humanos-emite-informe-historico-sobre-el-caso-del-ex-detenido-de-guantanamo/>

27 CIDH. Informe sobre la situación de personas defensoras de Derechos Humanos y líderes sociales en Colombia. 2019. [Página web en línea]: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/DefensoresColombia.pdf>

y reconoció la difícil situación que enfrentan al ser, debido a sus funciones, más vulnerables a sufrir actos de violencia.

En dicho informe, la CIDH identificó los principales tipos de violencia que enfrentan las personas defensoras de Derechos Humanos en Colombia; entre ellos, destacó desde situaciones de hostigamientos, estigmatización, amenazas y criminalización hasta ataques contra su integridad física y su vida.

Al respecto, mencionó las palabras del Defensor del Pueblo, quien identificó los ataques contra las personas defensoras de Derechos Humanos como una “práctica sistemática y generalizada” que afecta directamente sus derechos fundamentales y, de la misma forma, señaló que “... estas violaciones a los Derechos Humanos son generalizadas (y sistematizadas) al tener un número significativo de víctimas, pertenecientes a grupos de características semejantes, y sucedidas en un mismo periodo y espacio geográfico”<sup>28</sup>.

La CIDH advirtió que los homicidios contra personas defensoras de Derechos Humanos se han cometido con el propósito de producir un efecto ejemplificador e intimidatorio para quienes realizan actividades similares. En tal sentido, referenció las Directrices básicas para la investigación de violaciones a los derechos de las personas defensoras de derechos humanos en las Américas<sup>29</sup> e hizo un llamado a las autoridades encargadas de las investigaciones a valorar los patrones sistemáticos que permitieron la comisión de graves violaciones de los Derechos fundamentales<sup>30</sup> de las personas defensoras de

---

28 *Ibidem*.

29 Óp. Cit. Directrices básicas para la investigación de violaciones a los derechos de las personas defensoras de derechos humanos en las Américas.

30 CIDH. Derecho a la verdad en las Américas. 2014. [Página web en línea]: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>

Derechos Humanos. Es la búsqueda de patrones, conductas o hechos reiterados la que puede conducir a obtener resultados en las investigaciones necesarias para el esclarecimiento de los hechos<sup>31</sup>.

Asimismo, la CIDH, en su **Informe sobre el Derecho a la verdad en las Américas**<sup>32</sup>, calificó el derecho a la verdad como una respuesta frente a la falta de investigación y sanción de los casos de graves violaciones de Derechos Humanos e infracciones al DIH, por parte de los Estados.

En el mismo informe, señaló el difícil problema que han debido afrontar las recientes democracias, como es el de la investigación de las anteriores violaciones de Derechos Humanos y la eventual sanción de los responsables de tales violaciones; y reconoció a las Comisiones de la Verdad (en adelante “CDV”) como aquellas que “... se ocupan de investigar abusos de los Derechos Humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido...”<sup>33</sup> y están orientadas al esclarecimiento de situaciones de violaciones masivas y sistemáticas de Derechos Humanos.

Particularmente, la CIDH ha destacado en reiteradas oportunidades su apoyo a iniciativas como las Comisiones de la Verdad y también otras iniciativas complementarias, que tienen como objeto investigar y esclarecer situaciones de violaciones sistemáticas de Derechos Humanos, y ha aplaudido las iniciativas estatales que buscan la reflexión y la memoria acerca de las

---

31 CIDH. Directrices básicas para la investigación de violaciones a los derechos de las personas defensoras de derechos humanos en las Américas. 2017. [Página web en línea]:  
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/DirectricesBasicas-PersonasDefensoras.pdf>

32 CIDH. Derecho a la verdad en las Américas. 2014. [Página web en línea]:  
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>

33 *Ibidem*

violaciones masivas y sistemáticas de Derechos Humanos del pasado, así como a la dignificación de las víctimas.

La Comisión también reconoció que establecer la verdad de los hechos sienta un precedente para que violaciones graves, masivas y sistemáticas no vuelvan a suceder<sup>34</sup>, y mencionó, respecto a la sistematicidad, tal como ha señalado la Corte IDH, que es menester “tomar en cuenta el patrón sistemático de violaciones a Derechos Humanos (...) con el objeto de que los procesos y las investigaciones pertinentes sean conducidos en consideración de la complejidad de estos hechos y el contexto en que ocurrieron...”<sup>35</sup> para realizar una correcta valoración de los patrones sistemáticos que originaron los hechos.

Igualmente, hizo mención a los casos del “Diario Militar” de Guatemala<sup>36</sup> o los “Archivos del Terror” de Paraguay<sup>37</sup>, en los que existen documentos estatales que demuestran la planeación, estrategia, intencionalidad y, por ende, el elemento de sistematicidad en los casos de violaciones masivas de Derechos Humanos. Reiteró que los Estados están obligados a garantizar el

---

34 Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012

35 Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia; Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia; Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador; Caso Contreras y otros vs. El Salvador; Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala; Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala.

36 El “Dossier de la Muerte” o “Diario Militar”, es un registro de operativos, secuestros, detenciones, asesinatos realizados por la inteligencia presidencial y agentes del Estado. Caso 12.590, José Miguel Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala. [Página web en línea]:  
<http://www2.gwu.edu/~nsarchiv/guatemala/police/index.htm>.

37 Compilación de documentos, libros y fichas de detenidos y de detenidos comunes, conocidos como “Archivos del Terror”. [Página web en línea]:  
<http://www.unesco.org/webworld/paraguay/historia.html>; <http://www.pj.gov.py/contenido/132-museo-de-la-justicia/334>

acceso a la información por parte de las Comisiones de la Verdad para garantizar la no impunidad y el derecho a la verdad.

En su informe, la CIDH concluyó que los Estados de las Américas han sido pioneros en la adopción de diferentes mecanismos para enfrentar las situaciones de graves, masivas y sistemáticas violaciones de Derechos Humanos; sin embargo, todavía resulta necesario avanzar significativamente para resolver dichas situaciones y crear los mecanismos necesarios a fin de reparar integralmente a las víctimas y fortalecer el Estado de Derecho.

Más recientemente, en el *Informe Anual del 2019*<sup>38</sup>, la CIDH ofreció un panorama general de los avances y principales logros obtenidos en materia de Derechos Humanos en la región durante ese año.

Describió (en su capítulo IV) la situación de los Derechos Humanos en los países miembros, en donde identificó:

- i) la persistencia en la discriminación y violencia contra mujeres, personas LGBTI, afrodescendientes e indígenas, niñas, niños y adolescentes y en particular contra personas defensoras de Derechos Humanos, periodistas y líderes sociales;
- ii) el incremento en la represión de la protesta social, en algunos países de la región, mediante el uso desproporcionado de la fuerza y actos de violencia ocurridos en estos contextos;
- iii) el fenómeno de las personas en situación de movilidad humana y en particular la migración forzada de personas; y,

---

38 CIDH. Informe Anual 2019. [Página web en línea]: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2019/indice.asp>

- iv) la gravedad de las condiciones de detención de las personas privadas de libertad en la región y retrocesos en materia de pena de muerte<sup>39</sup>.

## Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es aplicar e interpretar la CADH<sup>40</sup> y ejercer una función contenciosa. Dentro de esta última se encuentra la resolución de casos contenciosos, el mecanismo de supervisión de sentencias y la función consultiva<sup>41</sup>.

En diversas decisiones, la Corte IDH ha manejado el concepto de sistematicidad fundamentado en la interpretación que ha realizado acerca de los Crímenes de Lesa Humanidad y las características particulares que debe reunir el hecho para que pueda ser caracterizado como sistemático.

Dentro de los pronunciamientos más relevantes sobre la sistematicidad como elemento en las violaciones de Derechos Humanos, vale destacar la sentencia en el caso de *La Cantuta vs. Perú*<sup>42</sup>. Allí, la Corte IDH hizo un recuento de las circunstancias particulares que dieron origen a la situación contextual, a saber,

---

39 Informe Anual de 2019, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, capítulo IV, página 1. [Página web en línea]: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2019/docs/IA2019cap4A-es.pdf>

40 Estatuto de la Corte IDH, Aprobado mediante Resolución N° 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA noveno período de sesiones, La Paz, Bolivia, octubre de 1979. Artículo 1

41 *Ibidem*, Artículo 2.

42 Corte IDH., Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.

una ofensiva estatal para combatir a grupos considerados como subversivos por parte de agentes estatales, y declaro que:

La planeación y ejecución de la detención, los posteriores actos crueles, inhumanos y degradantes, y la ejecución extrajudicial o desaparición forzada de las presuntas víctimas, realizadas en forma coordinada y encubierta por miembros de las fuerzas militares y del Grupo Colina, no habrían podido perpetrarse sin el conocimiento y órdenes superiores de altas esferas del poder ejecutivo y de las fuerzas militares y de inteligencia (...) y del mismo presidente de la República<sup>43</sup>.

Consideró que las víctimas del caso, así como muchas otras personas en esa época, sufrieron una violación sistemática de sus Derechos Humanos, pues los actos de los que fueron objeto fueron minuciosamente planificados, coordinados y ejecutados desde el Estado con actuación de sus agentes. Precisó que dichas conductas por parte de los agentes “no constituían hechos aislados o esporádicos, sino que llegaron a configurar un patrón de conducta durante la época en que ocurrieron los hechos”<sup>44</sup>.

En este sentido, indicó que dichos elementos, junto con la finalidad específica de eliminar a los miembros de organizaciones, fueron suficientes para calificar los hechos como crímenes de lesa humanidad. La Corte IDH determinó la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada y ejecución extrajudicial de diez personas por parte de agentes militares, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables.

Igualmente, en el caso *Miguel Castro Castro vs. Perú*<sup>45</sup>, la Corte IDH estableció que hubo una serie de violaciones

---

43 *Ibidem*.

44 *Ibidem*.

45 Corte IDH. Caso Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006.

sistemáticas de Derechos Humanos, pues se ejecutaron los hechos de manera *organizada* y planificada, y las ejecuciones extrajudiciales fueron cometidas por agentes estatales siguiendo órdenes de jefes militares y policiales en el contexto del “Operativo Mudanza 1”, con un fin único y directo: atacar al partido comunista del Perú, *Sendero Luminoso*; la mayoría de víctimas ejecutadas eran sospechosas de pertenecer a dicho grupo.

Adicionalmente, resaltó que los actos a los que fueron sometidos los sobrevivientes: tratos crueles, inhumanos o degradantes y la tortura que sufrieron son actos “... preparados y realizados *deliberadamente* contra la víctima, para suprimir su resistencia psíquica y forzarla a auto inculparse o a confesar determinadas conductas delictivas o para someterla (...) a castigos adicionales...”<sup>46</sup>.

En otras oportunidades, la Corte IDH ha señalado que, en situaciones de violación masiva de Derechos Humanos, el uso sistemático de actos de tortura generalmente tiene el fin de intimidar a la población<sup>47</sup>.

La Corte IDH concluyó que las muertes y torturas cometidas contra las víctimas de este caso por agentes estatales constituyen crímenes de lesa humanidad y declaró la responsabilidad del Estado por la violación del derecho a la vida en perjuicio de los internos fallecidos, el derecho a la integridad personal en perjuicio de la totalidad de víctimas, la violación de los derechos de libertad de pensamiento, expresión, conciencia y de religión, y a los derechos de los familiares a las garantías judiciales y a la protección judicial.

---

46 *Ibidem*.

47 Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004



En el caso *Almonacid vs. Chile*<sup>48</sup>, la Corte IDH centró su análisis en el contexto del caso para la época, pues desde 1973 hasta 1990 gobernó en Chile una dictadura militar que, dentro de su política de Estado, tenía como fin causar miedo. Justamente, en virtud de tal objetivo, atacó masiva y sistemáticamente a sectores de la población civil considerados como contrarios al régimen por su filiación política, ideológica y su pertenencia a estructuras del poder depuesto, mediante una serie de graves transgresiones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional<sup>49</sup>.

Al considerar y valorar tales hechos, la Corte IDH estimó que la ejecución extrajudicial cometida por agentes estatales en perjuicio del señor Almonacid, se enmarca dentro de un patrón sistemático y generalizado contra la población civil, por ende, es un crimen de lesa humanidad<sup>50</sup>.

Adicionalmente, la Corte IDH estableció en este caso que:

Los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto

---

48 Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

49 *Ibidem*.

50 Nogueira Alcalá. “Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay. 2007. [Página web en línea]:  
<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:d4E2MF7N0-sJ:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6119786.pdf+&cd=5&hl=es-419&ct=clnk&gl=ve&client=firefox-b-d>

descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad<sup>51</sup>.

Igualmente, determinó la responsabilidad internacional del Estado debido a la falta de investigación y sanción de los responsables por la ejecución extrajudicial de Luis Alfredo Almonacid que se dio como consecuencia de la aplicación del Decreto Ley No. 2.191, así como por la falta de reparación adecuada a favor de sus familiares.

### **Tribunal penal internacional de la Ex Yugoslavia**

El tribunal internacional ha dejado en claro que, en materia de Derecho Penal Internacional, debe diferenciarse la sistematicidad de la generalidad. El ataque generalizado se determinará, principalmente, a partir de la cantidad de víctimas; la calificación sistemática del ataque se refiere a la organización de los actos y a la imposibilidad de que estos ocurran al azar o por mera coincidencia<sup>52</sup>; así lo determinó la Corte Penal Internacional (en adelante “CPI”) en el caso de la *Fiscalía vs. Ahmad Harun y Ali Kushayb*.

### **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “Tribunal Europeo” o “TEDH”) ha reconocido la sistematicidad como un componente diferencial en las graves violaciones a los Derechos Humanos y ha estructurado ciertos elementos de la

---

51 Óp. Cit. Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.

52 Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. (Caso Kunarac, Kovac y Vukovic. 2002).

misma para poder establecer qué se entiende por “sistematicidad” en el Sistema Europeo de los Derechos Humanos

Dentro del estudio de los elementos propios de la sistematicidad, desarrollados en la jurisprudencia del tribunal, se ha establecido lo que se conoce como “patrón de sistematicidad criminalidad” definido a partir del caso *Irlanda vs. Reino Unido* de la siguiente manera: “es la acumulación de infracciones de idéntica o análoga naturaleza, bastantes numerosas y relacionadas entre sí para no reducirse a incidentes aislados o a excepciones, y para formar un patrón o sistema”<sup>53</sup>. Estableció que dicho patrón es integrado por una práctica mediante la cual se agrupan una serie de conductas de carácter general, reiteradas y sistemáticas.

Queda claro que la sistematicidad en el Sistema Europeo de los Derechos Humanos, ciertamente, es un componente estructural en las violaciones a los Derechos Humanos, sin omitir los elementos de sistematicidad contemplados en el Estatuto de Roma y en los crímenes competencia de la Corte Penal Internacional.

## Doctrina

Sin definir de manera absoluta el concepto de sistematicidad, la doctrina ha establecido su contenido a través de sus características singulares. Ejemplo de ello es la postura que realiza Salvador Millaleo<sup>54</sup>, quien sostiene que la sistematicidad en torno de las violaciones a los Derechos Humanos da cuenta

---

53 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Caso Irlanda vs. Reino Unido, 1978).

54 Salvador Millaleo, abogado y académico de la Universidad de Chile e integrante del Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos.

de hechos gravísimos que no son accidentales, tampoco hechos aislados, y que configuran patrones de comportamiento<sup>55</sup>.

A propósito, López Martín<sup>56</sup>, quien define el concepto de sistematicidad partiendo de sus elementos cualitativos y cuantitativos, ha concluido que dichas violaciones sistemáticas de Derechos Humanos son identificables, pues afectan el núcleo esencial de los derechos fundamentales, lo cual permite establecer una interconexión entre violaciones masivas de los Derechos Humanos y crímenes internacionales<sup>57</sup> partiendo de fijar o establecer de ciertos criterios tales como: cantidad o magnitud del ataque, periodicidad, planeación en la perpetración, e impacto y repercusión social<sup>58</sup>.

Por su parte, Javier Dondé Matute<sup>59</sup> concibe por ataque sistemático aquellos actos violentos y de naturaleza organizada que están enmarcados en un plan o política que hace imposible su ocurrencia accidental<sup>60</sup>.

---

55 *Diario Uchile*. Radio Universidad de Chile. “Expertos en DD.HH.: Discusión sobre sistematicidad distrae de la gravedad y masividad de las violaciones cometidas”. 2020. [Página web en línea]:  
<https://radio.uchile.cl/2020/11/29/expertos-en-dd-hh-discusion-sobre-sistematicidad-distrae-de-la-gravedad-y-masividad-de-las-violaciones-cometidas/>

56 López Martín, catedrática de Derecho Internacional Público y relaciones internacionales en la Universidad Complutense de Madrid.

57 López. Los Derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de Derechos Humanos en el Derecho Internacional. *Anuario Jurídico y Económico Escorialense XLVII*, 137. 2014.

58 Medina, C. *The Battle of Human Rights: Gross Systematic Violations and the Inter-American System*. Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers. 1998.

59 Javier Dondé Matute. Doctor en Derecho Penal Internacional y Comparado de la Universidad de Aberdeen, Gran Bretaña. Profesor-Investigador del Instituto Nacional de Ciencias Penales, México. Licenciado en Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México.

60 Javier Dondé Matute, y otros. *Sistema Interamericano de Protección de los*

Matías Meza<sup>61</sup> ha precisado que el carácter sistemático en la violación a derechos fundamentales refiere a “... la naturaleza organizada de los actos de violencia, a la improbabilidad de que tengan un carácter fortuito y a la existencia de ciertos patrones en la ejecución de los actos...”<sup>62</sup>. Destaca la organización de los actos y la existencia de ciertos patrones como elementos esenciales de dicha enunciación<sup>63</sup>.

Por su parte, Rodrigo Uprimny indica que:

[L]a sistematicidad de esta violencia no significa que obligatoriamente haya un plan de exterminio organizado centralmente por alguien. Puede que dicho plan exista, pero es más probable que la sistematicidad provenga de que grupos locales diversos se consideran políticamente autorizados para perpetrar esos crímenes porque sienten que algunas fuerzas políticas nacionales aprueban esa violencia, por cuanto no la han rechazado explícitamente. Un pacto político genuino y claro de condena de esos crímenes por las principales (ojalá todas) fuerzas políticas, semejante al que se hizo en España hace años condenando la violencia de ETA, eliminaría cualquier ambigüedad sobre el tema y privaría esos crímenes de cualquier asomo de legitimidad<sup>64</sup>.

---

*Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Tomo II. 2012.

61 Matías Meza Lopehandía, Abogado de la Universidad de Chile. Miembro del equipo jurídico del Observatorio de Derechos de Pueblos Indígenas.

62 CPI. Judgement pursuant to article 74 of the Statute. The Prosecutor vs. Germain Katanga [Trial Chamber II] No.: ICC-01/04-01/07. 2014.

63 Matías Meza. “El ataque generalizado y sistemático contra población civil en el Estatuto de Roma Jurisprudencia y doctrina en torno a los delitos de lesa humanidad”, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 2019. [Página web en línea]: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27361/1/BCN2019%20-%20Ataque%20generalizado%20y%20sistemático%20Estatuto%20de%20Roma.pdf>

64 Rodrigo Uprimny. “Por un pacto contra los asesinatos”. [Página web en línea]:

## Características de la sistematicidad

Dentro de las características de la sistematicidad como elemento de las violaciones de derechos humanos, se destacan las siguientes:

- Una **organización definida**: Existe cuando el ataque sistemático se lleva a cabo de manera planeada, dirigida u organizada en oposición a la ocurrencia de actos espontáneos o aislados, donde existe una estrategia coordinada y planificada;
- La **repetición** de un mismo hecho violatorio de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario<sup>65</sup>;
- La concurrencia de **factores comunes en las víctimas**, es decir, la población agredida, debe contar con características homogéneas o estar vinculadas entre sí por características que las hacen homogéneas como su ideología, filiación política (simpatizantes de un determinado grupo o partido político) o pertenencia a ciertas estructuras sociales (raza, sexo), por causa de su oficio o profesión (comunicadores o periodistas, líderes y defensores de Derechos Humanos);
- Si bien, en ocasiones, por las características de organización en un territorio, algunas víctimas pertenecen simultáneamente a varias organizaciones o sub grupos (ejemplo de ello, sería una mujer afrodescendiente defensora de los Derechos Humanos), dicha circunstancia no afecta el contexto de los hechos.

---

<https://www.dejusticia.org/column/por-un-pacto-contra-los-asesinatos/>

65 Natalia Dorado Páez. “Sistematicidad, estigmatización y precarios avances en materia de investigación, juzgamiento y sanción”. [Página web en línea]: [https://media.business-humanrights.org/media/documents/Cartilla\\_sistematicidad.pdf](https://media.business-humanrights.org/media/documents/Cartilla_sistematicidad.pdf)

- **La particularidad del sujeto activo y/o los presuntos responsables.** El agresor cuenta con características singulares que lo identifican, bien sea como miembro de la fuerza pública que participa en los hechos directa o indirectamente, por complicidad o connivencia, acción u omisión; o integrante de una estructura criminal organizada que lleve a cabo la violación sistemática de los DDHH, como grupos paramilitares o narco paramilitares, grupos irregulares, subversivos, entre otros, y cuyas características singulares los diferencian de otros posibles agresores como la delincuencia común.
- **El uso de recursos públicos y privados.** El financiamiento es un factor determinante para la comisión de ataques sistemáticos de violencia. Los recursos se encuentran mediante el narcotráfico, la legitimación de capitales, el apoyo de organizaciones políticas que, de manera oculta, financian los hechos, la extorsión por parte de organizaciones delictivas irregulares o grupos subversivos y aporte “voluntario” de ganaderos, líderes sociales, empresarios, entre otros buscan proteger sus vidas e integridad, así como la de sus familias, sus tierras y demás bienes. Todos estos recursos generan una renta sólida y difícil de quebrar.
- Las fuerzas estatales también brindan un apoyo y, en ocasiones, se hace uso de los recursos de un Estado mediante el pretexto del orden público, en los contextos de un conflicto armado interno, o represión de protestas sociales, entre otros.
- **Un fin o propósito único** y encaminado al logro de un resultado particular que sea el móvil determinante de dichos atentados. El acto debe tener un móvil discriminatorio, bien se trate de motivos políticos, ideológicos, religiosos, étnicos o nacionales.

- Un ejemplo de ello son los escenarios de conflicto armado, en donde los grupos irregulares u organizaciones armadas ilegales buscan como fin suministrar miedo mediante homicidios, atentados, intimidación, amenazas, entre otros actos y, así, ejercer control y dominio sobre la población y generar una atmósfera de inseguridad y zozobra generalizadas.

### **Aproximación al concepto de sistematicidad**

De acuerdo a todo lo expuesto *ut supra*, cuando se hace referencia al término “sistematicidad” es necesario analizar su relación respecto a la violación de Derechos Humanos o de crimen de lesa humanidad. La noción de sistematicidad se ha ido consolidando a partir del contexto o hecho global propio de los crímenes internacionales actualmente reconocidos en el Derecho Penal Internacional y de los Derechos Humanos. Por tal razón, su evolución parte del estudio contextual del Crimen de Lesa Humanidad.

Al respecto, en el Estatuto de Roma<sup>66</sup> se reconocen como crímenes de lesa humanidad diferentes tipos de actos inhumanos graves (asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, privación grave de la libertad o tortura, entre otros), cuando “se cometa(n) como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”<sup>67</sup>. El “ataque” es entendido no solamente como una agresión armada, sino incluso como una

---

66 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Adoptado por la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas, Roma, el 17 de julio de 1998.

67 *Ibidem.*, Artículo. 7.



línea de conducta que involucre la comisión de múltiples actos de violencia<sup>68</sup>.

Por consiguiente, se puede inferir que para que ciertos hechos delictivos sean considerados crímenes de lesa humanidad, es necesario que reúnan ciertas condiciones específicas como la generalidad o sistematicidad, entre otras. Es importante subrayar que la sistematicidad y la generalidad son requisitos que deben entenderse de forma alternativa o aleatoria y no bajo una visión complementaria<sup>69</sup>, sin perjuicio de que se puedan presentar simultáneamente en un mismo hecho.

En tal sentido, la definición que asume la Corte Europea de Derechos Humanos al considerar que el acto inhumano se cometa de forma *sistemática*, quiere decir que es aquel llevado a cabo como parte de un plan o política preconcebida, excluyéndose los actos al azar. Dicho plan o política pueden estar dirigidos por gobiernos o por cualquier organización o grupo<sup>70</sup>.

Al respecto, la CPI ha indicado que la *sistematicidad* hace referencia a la naturaleza organizada de los actos de violencia y la improbabilidad de su ocurrencia al azar y ha precisado una definición de ataque sistemático, con base en criterios cuantitativos y cualitativos, como aquel que forma parte de un plan organizado que no constituya una “repetición no accidental de una conducta delictiva similar...”<sup>71</sup>. Concluye que la existencia

---

68 *Ibid.*

69 Servín Rodríguez. “La evolución del crimen de lesa humanidad en el derecho penal internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Volumen 47. 2014. Pág. 139.

70 Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo. “Crimen contra la humanidad”. [Página web en línea]: <https://www.dicc.hegoa.ehu.eus/listar/mostrar/47>

71 Wolffhügel G., Christian. *El elemento contextual del crimen de lesa humanidad: una visión en el marco de las decisiones de la Corte Penal Internacional*. 2014.

de una política de Estado o de una organización es un elemento del cual se puede inferir la presencia de la sistematicidad del ataque<sup>72</sup>.

En resumen, un *ataque sistemático* se entiende como la ejecución de un conjunto de actos que no suceden por mero azar y que no son aleatorios<sup>73</sup>. Son acciones que responden a ciertas similitudes o patrones y no resulta explicable la coincidencia tanto de acciones como de actores, haciendo referencia a la violencia ejercida de manera organizada, que implica el desarrollo de actividades para idear, planificar y organizar dicho ataque<sup>74</sup>, en donde la violencia ejercida, puede ser activa o tolerada, siendo la primera la comisión de actos inhumanos y la segunda, la tolerancia o aquiescencia del Estado o sus agentes.

Por ejemplo, la consideración de un mismo *modus operandi* en torno a delitos cometidos contra un número de líderes sociales o dirigentes de movimientos políticos de oposición puede comportar la identificación de un patrón o de un elemento común de sistematicidad<sup>75</sup>.

---

72 *Ibidem*.

73 Fernández K, La Tercera. 2019. [Página web en línea]: <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/la-sistematicidad-las-violaciones-dd-hh/891551/>

74 Forer, y López Díaz. “Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia”. 2010. [Página web en línea]: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Cartilla%20Crímenes%20Lesas%20Humanidad.pdf>

75 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Directrices básicas para la investigación de violaciones a los derechos de las personas defensoras de derechos humanos en las Américas. [Página web en línea]: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/DirectricesBasicas-PersonasDefensoras.pdf>

## La ciencia del derecho comparado.

### Notas introductorias para su comprensión a partir de algunas voces de ilustres iuscomparatistas

Marcos Geraldo Hernández Ruiz\*

“Qué claro y sencillo se vuelve todo, cuando se abren los ojos hacia el interior, a condición desde luego de haberlos asomado afuera previamente, para mejor gozar del contraste”.  
Samuel Beckett, *El innombrable*.

#### I. Exordio

Una de las disciplinas jurídicas de mayor auge en estos tiempos turbulentos, acelerados y desafiantes es el Derecho Comparado. Sin embargo, los juristas nacionales, parece ser, aún no han comprendido, por diversos motivos, justificados o no, la importancia de su saber. En algunas culturas jurídico nacionales, como es el caso de México, apenas se está recepcionando. En efecto, los estudios de estirpe comparativa –y

---

\* Profesor de Derechos Humanos en la Universidad Mesoamericana (Oaxaca). Licenciado en derecho con mención honorífica por la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca y ex becario del Ministerio de Educación de la República de Argentina (2018-2019). Cuenta con estudios de especialización en Metodología de la Comparación Jurídica por la Universidad de Bolonia y Derecho Procesal Constitucional por la Universidad de Buenos Aires, así como con las maestrías en Derecho Constitucional por la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca y Filosofía del Derecho por la Universidad de Buenos Aires.

no de simple exposición de derecho extranjero— en la actualidad son muy contados. Esto, debido —en gran parte— a que existe un desconocimiento de la disciplina y escasos cultores<sup>1</sup>.

Evidencia de lo mencionado, por ejemplo, son la mayoría de los planes de estudio de las Facultades de Derecho, los cuales no contemplan como materia (obligatoria) al Derecho Comparado; en consecuencia, la enseñanza teórica y práctica es casi nula y sin el perfil científico que se merece.

- 
- 1 Pioneros en la materia son los profesores Fix-Zamudio, Héctor y Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 1ª. ed., 1999, 9ª. ed., Porrúa, México, 2017; Fix-Zamudio, Héctor, “Tendencias actuales del derecho comparado”, en Serna de la Garza, José María (Coord.), *Metodología del derecho comparado*, UNAM, México, 2005, pp. 23-68. El referente más destacado en la actualidad es el profesor Figueroa Mejía, Giovanni A., *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, Porrúa/IMDPC, México, 2011; “La justicia constitucional local en México. Análisis y propuestas de mejora” en Bagni, Silvia (Coorda.), *Justicia constitucional comparada*, Porrúa/IMDPC, México, 2014, pp. 371-406; *Influencia de la doctrina en las decisiones de la Suprema Corte de Justicia Mexicana. Análisis de las sentencias de amparo en revisión, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad (2001-2014)*, Porrúa/IMDPC, México, 2017; y en coautoría: Pegoraro, Lucio y Giovanni A. Figueroa Mejía (Coords.), *Profesores y jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia constitucional de Iberoamérica*, SCJN/CEC, México, 2016. De igual forma, no menos importante, son los trabajos pedagógico-teórico-prácticos que en este ámbito están forjando los profesores Muñoz, Edgardo, *Un gran viaje. Manual de derecho comparado*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, México, 2018, y Spigno, Irene, *Discorsi d’odio. Modelli giurisprudenziali a confronto*, Giuffrè Editore, 2018; “El uso judicial del derecho comparado en materia de derechos humanos”, conferencia presentada en el taller *Juzgar con perspectiva de derechos humanos*, realizado por el Poder Judicial del Estado de Coahuila de Zaragoza, primera edición, julio-diciembre de 2020; y en coautoría: Rolla, Giancarlo e Irene Spigno, *Elementos de derecho constitucional comparado para América Latina*, Tirant lo Blanch, México, 2020. Por último, desde otra mirada, encontramos al filósofo del derecho mexicano Tamayo y Salmorán, Rolando, “Teoría jurídica y ‘derecho comparado’. Una aproximación y un deslinde”, en *Isonomía*, No. 27, 2007, pp. 29-49.

En estas condiciones, es preciso que las nuevas generaciones de juristas atiendan este deber en beneficio de la sociedad. Empero, este deber no puede ser cualquiera, sino el de perfeccionar día a día nuestro Derecho, y en este caso particular, el de labrar, cultivar, regar y cosechar los extensos, complicados y desafiantes campos de la Ciencia Jurídica Comparada.

En razón de lo anterior, esta colaboración tiene por objeto, a partir de las enseñanzas de insignes maestros, abordar los tópicos más significativos que configuran la fisonomía de la novel disciplina jurídica comparada.

A nuestro modo de ver, los temas más importantes son: a) la definición, ocupada de establecer qué es el Derecho (Constitucional) Comparado; b) la función, interesada en comprender para qué se compara; c) el objeto, constreñido en identificar qué comparar; d) el método, enfocado en saber cómo comparar; y e) la finalidad, dirigida a resolver qué se quiere con la comparación.

Una vez precisado el cúmulo de interrogantes, como la finalidad de estas líneas es ofrecer notas o apuntes introductorios que sirvan para descifrar la anatomía del Derecho Comparado, las respuestas que se den al mismo, sin duda más acertadas de las que un principiante pudiera ofrecer<sup>2</sup>, correrán a cargo de algunas voces de ilustres iuscomparatistas, privatistas y publicistas principalmente.

No cabe la menor duda en que son diversos los aportes que los comparativistas han realizado a lo largo del tiempo al Derecho.

---

2 Un pequeño aporte de nuestra parte es el texto: “Breve estudio de microcomparación entre el proceso contencioso interamericano y el juicio para la protección de los derechos humanos oaxaqueño”, en *Jus Semper Loquitur*, No. 14, 2015, pp. 38-77.

Una voz autorizada al respecto, es la de Rodolfo Sacco<sup>3</sup>, profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Turín, el que, con esa amplitud de conocimientos y aguda mentalidad que le caracteriza, acorde a todo genuino comparatista, nos regala, más que un primer apunte o nota introductoria, una primera lección magistral. Esto es así por cuanto delinea con meticulosa precisión los aspectos más sobresalientes del cuadro, esto es, de los aportes de los cultores de la Ciencia de la Comparación Jurídica, a lo largo de su evolución, al saber del cual se nutre y fortalece:

Ante todo, la comparación convence al jurista del hecho que también los sistemas diversos al suyo pueden meritar respeto y admiración (fue tal mérito de Friedrich von Savigny, Raymond Saleilles y Edouard Lambert). Luego, enseña a conocer el derecho partiendo del problema y no del concepto (Ernst Rabel). Y, posteriormente, enseña a investigar en forma sistemática las circunstancias de hecho que han determinado en modo efectivo la decisión del juez (René David). Enseña, además, a comprender, en el análisis de cada sistema, las distinciones, las contraposiciones y las generalizaciones localizables en cada uno de los demás sistemas considerados (Rudolf B. Schlesinger). De este modo, toma conciencia de la autonomía de los diversos formantes del Derecho – definición contenida en el texto legal, regla legal aplicativa, generalizaciones formuladas por el juez y Derecho aplicado, categoría y ejemplificación enunciada por el teórico– como, asimismo, de la presencia de masas de Derecho no explicitado (Rodolfo Sacco)<sup>4</sup>.

---

3 Una de sus contribuciones más importantes al derecho (comparado) es su obra *El derecho mudo. Neurociencias, conocimiento tácito y valores compartidos*, trad. de César E. Moreno More, Communitas, Lima, 2016.

4 Míguez Núñez, Rodrigo, “Comparar: conversaciones con Rodolfo Sacco”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 17, 2011, p. 211.

El estado del arte, elevado a su máxima expresión, es una empresa que nos compromete a todos, juristas de sabiduría añeja y, por lo tanto, consolidada; así como a estudiosos de mentalidad alerta y, por consecuencia, abierta, consciente, reflexiva, crítica y propositiva. En este entendido, nuestra labor diaria, al menos la más importante, es: el perfeccionamiento, en clave comparativa, de un derecho y una sociedad humanistas.

## II. La ciencia del Derecho Comparado

El estudio del Derecho Comparado como ciencia jurídica (moderna) se inicia con motivo del Congreso Internacional de Derecho Comparado, desarrollado en París, Francia, del 31 de julio al 4 de agosto de 1900 (inicio del Siglo XX), bajo los auspicios de la exposición mundial emblemáticamente representada por la torre Eiffel<sup>5</sup>.

Naturalmente, como siempre ocurre con toda novel disciplina científica, los estudiosos comparatistas de esa época –por citar tan solo a sus promotores, Raymond Saleilles y Édouard Lambert– se encontraban ansiosos por compartir y debatir sus incipientes, pero importantísimas reflexiones y propuestas, en torno a la idea de dar vida y forma a una auténtica Ciencia del Derecho Comparado. El caldo de cultivo perfecto, como se dijo, lo constituyó el Congreso parisino, por lo que era de esperarse que, por la vía del consenso que no siempre es fácil, los cultores de la nueva ciencia jurídica llegaran a un punto de partida común. En efecto, las finalidades propuestas fueron principalmente dos: primero, con base en las ponencias centradas en el derecho

---

5 Un estudio crítico y actual sobre el refluorecimiento de la disciplina desde la perspectiva constitucionalista es el de Hirschl, Ran, *Asuntos comparativos. El renacimiento del derecho constitucional comparado*, trad. de Luz Helena Beltrán Gómez, UEC, Bogotá, 2019.

nacional, promover el cotejo de problemas comunes entre estudiosos de los diversos ordenamientos; y, segundo, afrontar y aclarar cuestiones sobre la definición, el método y el papel que, dentro del panorama de las ciencias jurídicas, debe ser asignado al Derecho Comparado<sup>6</sup>.

Una cuestión muy debatida acerca del estudio del Derecho Comparado es la consistente en su *naturaleza*. Desde una perspectiva tripartita es considerado un *método auxiliar*, una *ciencia autónoma* y, al mismo tiempo, *una ciencia y un método* (doble naturaleza).

En Italia, por ejemplo, el insigne jurista Mauro Cappelletti sostiene que es impropio hablar de *Derecho Comparado*, salvo algunos casos de excepción, como cuando se le considera como *fuerza del derecho*. El Derecho Comparado no es *derecho*, como se pudiera predicar del derecho de los contratos, del derecho de familia o de la seguridad social. De igual manera, tampoco puede confundirse con el *derecho extranjero*, el cual es derecho, pero de un ordenamiento distinto al propio. En estas consideraciones, el profesor italiano refiere que estamos en presencia de un método, antes que de una ciencia de la comparación. Para esclarecer tal afirmación, nos ilustra:

El derecho comparado es, en realidad, un método (*Rechtsvergleichung* [comparación jurídica] y no *vergleichendes Recht* [derecho que compara], según la terminología alemana, más apropiada); es, en suma, una manera de analizar el derecho de dos o más sistemas jurídicos diversos: así, existe aquella que podemos llamar “micro-comparación”, cuando la comparación se efectúa en el ámbito de ordenamientos que pertenecen a

---

6 Cfr., Pegoraro, Lucio y Angelo Rinella, *Introducción al derecho público comparado*, Palestra/UNAM/IIJ, Lima, 2006, p. 31.



la misma “familia jurídica” (por ejemplo, entre Francia e Italia), o bien, “macro-comparación”, si el análisis comparativo se conduce a caballo entre dos o más familias jurídicas, por ejemplo, entre un ordenamiento del *Civil Law*, como el de Italia, y uno del *Common Law*, como el de Inglaterra<sup>7</sup>.

En una óptica distinta, encontramos otra postura que considera que el Derecho Comparado presenta una doble perspectiva, por un lado, ciencia, y por el otro, método. Bajo este perfil la ciencia y el método no son coincidentes entre sí, sin embargo, encuentran una unión que las hace inseparables por conducto del propio método jurídico comparado. Para esclarecer esta visión, la profesora española Gloria M. Morán nos explica:

[E]l Derecho comparado presenta una doble perspectiva: a) conceptual y científica, por una parte, puesto que desarrolla un contenido y metodologías propias, y que como tal requiere de una sistematización científica para su conocimiento y estudio, que fundamentalmente se realiza desde la macrocomparación; y b) por otra parte, la proyección del método comparado, como método de investigación jurídico en cuestiones, normas o instituciones jurídicas concretas que amplía el horizonte del investigador de una rama concreta del Derecho, y se orienta a la microcomparación.

La primera perspectiva nos lleva, sin duda, al Derecho comparado como disciplina jurídica propia o autónoma dentro del saber jurídico, mientras que la segunda es una herramienta empleada

---

7 Cappelletti, Mauro, Obras. *La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, Porrúa, 2007, México, pp. 361-362.

dentro de una rama del Derecho vigente o no. Ciertamente el vínculo entre ambas es el método jurídico comparado, y para realizar un buen análisis comparado de cualquier figura o institución jurídica se requiere no sólo del conocimiento del derecho estatal propio sino también del método jurídico comparado, que a su vez exige el manejo de unas técnicas que se asientan en el Derecho comparado como disciplina autónoma<sup>8</sup>.

De acuerdo con una concepción globalizante o más abarcadora, el connotado jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio, influenciado en parte por las enseñanzas del gran comparatista francés René David<sup>9</sup>, refiere que las ideas de disciplina científica y método jurídico no son incompatibles *per se* mismas, sino que se complementan, sin llegar al extremo de su completa unificación. En esta comprensión, Fix-Zamudio, argumenta:

[E]l *derecho comparado* es un instrumento del conocimiento de los ordenamientos jurídicos y, por tanto, un *método jurídico*, es necesaria su sistematización, ya que es un instrumento delicado que no puede utilizarse de manera indiscriminada y, con este objeto, se ha elaborado un conjunto de estudios sistemáticos que integran lo que podemos calificar como *ciencia jurídica comparativa*, es decir, una disciplina que analiza el método

---

8 Morán, Gloria M., “El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico”, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, No. 6, 2002, p. 511.

9 Para este emérito profesor, el método comparado debía, al margen del derecho, interesarse en la historia, en la sociología, en la filosofía y en el estudio de las civilizaciones. Solo de esta manera, a su consideración, el derecho comparado propiciaría una mejor comprensión entre los hombres. Cfr., David, René y Camille Jauffret-Spinosi, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, UNAM/IIJ, México, 2010.

jurídico comparativo y establece los lineamientos para su correcta aplicación al enorme campo del derecho<sup>10</sup>.

En relación con este dilema (método-ciencia), los comparatistas Lucio Pegoraro y Angelo Rinella, después de reflexionar y debatir sobre el tema, convienen en que “una ciencia puede definirse como tal sólo cuando el estudio de una determinada materia se aísla y se diferencia de otras, se propone finalidades cognoscitivas autónomas y organiza un método propio (o métodos propios) para alcanzarlas. Una ciencia puede valerse de muchos métodos, pero seguir un método en particular no hace de ese estudio una ciencia”<sup>11</sup>.

Dejando a un lado el dilema acerca de la naturaleza del Derecho Comparado, conviene precisar, por otra parte, que comúnmente

---

10 Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre metodología, docencia e investigación jurídica*, UNAM, México, 1981, p. 330, citado por González Martín, Nuria, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, UNAM/IIJ/Nostra Ediciones, México, 2010, p. 21.

11 Pegoraro, Lucio y Angelo Rinella, *Introducción al derecho público comparado*, Op. cit., p. 39. Similar postura adopta María Salvador cuando considera oportuno hacer la precisión de lo que es el método (comparado) de investigación y la ciencia (Derecho Comparado) que se ocupa de dicho método. “Como método de investigación, de estudio, desempeña una labor auxiliar en diversas disciplinas científicas, pero no posee una entidad propia, sino que sirve al objetivo de la disciplina a la que auxilia, de tal modo que los resultados que se obtienen del análisis comparado se suman a los argumentos que aporta dicha disciplina, y como ciencia autónoma, con suficientes características específicas y principios metodológicos propios que permiten diferenciarla de las restantes disciplinas jurídicas, y que persigue ciertas finalidades también propias, que se especifican en cada investigación concreta, y que, de acuerdo con los teóricos de esta nueva ciencia, pueden responder a alguno de los siguientes objetivos: buscar la mejor solución a un determinado problema jurídico, determinar las relaciones causales entre ellos, o poner de manifiesto la evolución histórica de un problema jurídico concreto”. Cfr., Salvador Martínez, María, “Derecho constitucional comparado en el contexto de la integración supranacional y la globalización”, en UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 21, 2008, p. 376.

y de manera errónea se suelen identificar como estudios de Derecho Comparado aquellos que se ocupan del estudio de derechos extranjeros, de derecho en general y particular, los cuales examinan ordenamientos, instituciones, procesos o figuras jurídicas de manera particularizada y descriptiva en la mayoría de las veces. En otras palabras, dichas investigaciones no se realizan con el ánimo de efectuar confrontaciones entre las coincidencias, analogías y diferencias de los objetos de estudio, por consecuencia, no identifican sus problemáticas y soluciones, ni mucho menos arrojan conclusiones ni formulan propuestas de perfeccionamiento de lo que, se supone, se ha sometido a un examen crítico-racional comparativo<sup>12</sup>.

---

12 En el plano académico con la finalidad de colmar el vacío doctrinal se han traducido a lengua castellana importantes y serios manuales, principalmente de connotados juristas italianos, quienes afrontan sin vacilaciones y bajo un perfil científico el estudio de la comparación jurídica. Cfr., Sarfatti, Mario, *Introducción al estudio del derecho comparado*, trad. del Instituto de Derecho Comparado de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, UNAM, México, 1945; Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, 3ª. reimp., Fondo de Cultura Económica, México, 2006; De Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, trad. de Claudia Herrera, UNAM/Segretariato Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche, México, 2004; Pegoraro, Lucio y Angelo Rinella, *Introducción al derecho público comparado*, Palestra/UNAM/IIJ, Lima, 2006 y *Derecho constitucional comparado. La ciencia y el método*, Tomo I, trad. de Sabrina Ragone, Astrea, Buenos Aires, 2016; Pegoraro, Lucio (Coord.), *Glosario de derecho público comparado*, Porrúa/IMDPC, México, 2012; Pegoraro, Lucio, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, Porrúa/IMDPC, México, 2006, y *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*, FUNDAP, México, 2011; Scarciglia, Roberto, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Dykinson, Madrid, 2011 y *Métodos y comparación jurídica*, Dykinson, Madrid, 2018; Somma, Alessandro, *Introducción crítica al derecho comparado*, Ara Editores, Lima, 2006 e *Introducción al derecho comparado*, trad. de Esteban Conde Naranjo, UCIIM, Madrid, 2015; Gessner, Volkmar, *El otro derecho comparado. Ensayos sobre cultura y seguridad jurídicas en la era de la globalización*, trad. Héctor Fix-Fierro, UNAM/IIJ, México, 2013; Sacco, Rodolfo, *El derecho mudo. Neurociencias, conocimiento tácito y valores compartidos*, trad. de César E. Moreno More, Communitas,

En la realización de estudios jurídico-comparativos el profesional del derecho debe auxiliarse de otras ciencias, pues la reducción de la investigación al ámbito de las normas, desde un enfoque estrictamente jurídico (formalista), no sería un estudio consciente, crítico y apegado a la realidad, sobre todo si lo que se busca es extraer y aportar soluciones para resolver de la mejor manera una problemática de la realidad social. En este entendido, el estudioso debe tomar en cuenta el contexto, el espacio y el tiempo, entre otras cosas, en los cuales se desenvuelve el fenómeno a estudio, por lo que, para realizar tal cometido, debe echar mano de otras ramas del conocimiento humano.

Estas ciencias auxiliares del Derecho Comparado, por seguir una sutil clasificación, las podríamos distinguir en *ciencias jurídicas y no jurídicas*. En las primeras, por ejemplo, encontramos al Derecho Constitucional (general y particular), la Teoría General del Derecho, la Teoría del Estado, el Derecho Supranacional (internacional, comunitario, regional); y, en las segundas, por ejemplo, encontraríamos a la Ciencia Política, la Historia de las Doctrinas Políticas, la Filosofía, la Sociología, la Antropología, la Economía, la Estadística.

En estos tiempos ningún estudioso del Derecho puede negar la importancia de la trascendencia de las investigaciones de corte comparativo<sup>13</sup> para la solución interna de los problemas.

---

Lima, 2016; Ajani, Gian María y Michele Graziadei, *Derecho comparado y teoría jurídica*, Olejnik, Santiago de Chile, 2017; Hirschl, Ran, *Asuntos comparativos. El renacimiento del derecho constitucional comparado*, trad. de Luz Helena Beltrán Gómez, UEC, Bogotá, 2019; Pizzorusso, Alessandro, *Curso de derecho comparado*, Olejnik, Santiago de Chile, 2020; Frankenberg, Günter y Marie-Claire Ponthoreau, *Crítica del derecho (público) comparado*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

- 13 Sobre la importancia y difusión de los estudios y enseñanzas de tipo comparativo, Mauro Cappelletti, con ese ojo clínico que le caracteriza, identifica, al menos, cuatro razones: a) el aumento extraordinario de los intercambios económicos,

Por ende, lo que se requiere es emplear adecuadamente –previo análisis crítico y valoración– las herramientas metodológicas de la Ciencia del Derecho Comparado. Por ejemplo, para encontrar e idear las mejores soluciones a cierta problemática, se deben contrastar ordenamientos o institutos jurídicos; luego, esa confrontación entre objetos de estudio, dará lugar a la identificación de semejanzas y diferencias, a partir de allí es cuando el comparatista debe elegir la mejor solución al problema que tiene enfrente o, en su caso, debe idear la mejor solución posible, pero valiéndose de la experiencia de los objetos examinados; claro está que no debe pasar desapercibido el contexto o realidad social en la que operan dichas soluciones o institutos. Por ello, la solución que aporte debe ser lo más compatible posible con la problemática identificada en su contexto o realidad.

Los primeros estudios con perfiles comparativos, como no podía ser de otra manera, fueron realizados por los estudiosos del derecho privado, motivo por el cual han establecido cierto consenso sobre determinadas aristas de esta disciplina. En esta consideración, los iuspublicistas dedicados a los análisis comparativos han tenido que apoyarse de lo labrado por los primeros, no sin antes distinguir y afinar ciertos sectores característicos del derecho público, que como se habrá de recordar, las relaciones que se producen son generalmente de tipo vertical, es decir, del poder público al gobernado o viceversa;

---

personales, culturales entre las naciones, con el consiguiente incremento de las relaciones jurídicas a nivel transnacional; b) la naturaleza transnacional (*transfrontier*) de fenómenos cada vez más relevantes; c) la tendencia de ciertos valores, particularmente en el campo de los derechos humanos, a afirmarse en el nivel transnacional, cuando no universal; y d) la tendencia a crear organizaciones políticas y económicas multinacionales. Cfr., Cappelletti, Mauro, *Obras. La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, Op. cit., pp. 359-361.

excepcionalmente de tipo horizontal, cuando el ente Estatal actúa en su condición de particular en relación con sus ciudadanos. Sin embargo, actualmente, podemos observar que como sucede en el ámbito privado, pueden configurarse relaciones (de carácter público) de naturaleza horizontal en situaciones de igualdad, esto es, entre particulares o de ciudadano a ciudadano (por ejemplo, la violación de derechos subjetivos públicos entre personas).

Por la creciente importancia que han desplegado los estudios comparativos en el ámbito jurídico italiano y en el mundo, un grupo de insignes comparatistas, identificados como el *Círculo de Trento* (por el lugar en donde surgieron las ideas, Trento, 3 de junio de 1987), se dieron la tarea de elaborar algunas tesis que servirán de guía a los estudiosos del derecho cuando decidan afrontar trabajos de esta naturaleza. Las tesis, se entiende, no son exclusivas de alguna rama del conocimiento jurídico, sino que, por el contrario, son aplicables de manera general al inconmensurable campo del Derecho.

Por su importancia, consideramos oportuno transcribir en su integridad estas *Cinco Tesis del Círculo de Trento*:

1ª Tesis. La comparación jurídica, considerada como ciencia, pone su atención, en forma necesaria, al mejor conocimiento de los datos jurídicos.

Ulteriores tareas –por ejemplo, la promoción del modelo legal o interpretativo mejor– merecen la más grande consideración, pero representa un objetivo eventual en la investigación comparada.

2ª Tesis. No existe ciencia comparada sin medir las diferencias y las identidades que se presentan entre los diversos sistemas jurídicos.

No es posible la realización de la ciencia comparada mientras nos limitemos a los intercambios culturales o a la exposición paralela de las soluciones explicadas en las diversas áreas.

3ª Tesis. El comparatista dirige su atención a los diversos fenómenos de la vida jurídica realizados en el pasado o en el presente, considera las mismas proposiciones jurídicas (entre las cuales, los actos del legislador y del juez, y las definiciones del doctrinario) como hechos históricos, y tiende a comprobar lo que realmente ha sucedido. En este sentido, la comparación es una ciencia histórica.

4ª Tesis. El conocimiento de los sistemas jurídicos en forma comparada tiene el mérito específico de comprender la coherencia de los formantes presentes en cada sistema jurídico, así como los elementos que componen y determinan los formantes contrapuestos.

Particularmente, esta comprende la coherencia entre las reglas operacionales presentes en el sistema y las proposiciones teóricas elaboradas para representar las reglas operacionales.

5ª Tesis. El conocimiento de un sistema jurídico no es monopolio del jurista que pertenece al sistema. Al contrario, el jurista perteneciente a un determinado sistema, si, por un lado, es favorecido por la gran cantidad de información, sin embargo, será, por otro lado, constreñido por el presupuesto que los enunciados teóricos presentes en el sistema sean plenamente coherentes con las reglas operacionales del sistema considerado<sup>14</sup>.

A consideración de los estudiosos del *Círculo de Trento* (Francesco Castro, Paolo Cendon, Aldo Frignani, Antonio

---

14 Monateri, Pier Giuseppe, *Los límites de la interpretación jurídica y el derecho comparado*, Ara Editores, Lima, 2009, pp. 147-148.



Gambaro, Marco Guadagni, Attilio Guarnieri, Pier Giuseppe Monateri y Rodolfo Sacco), las tesis expuestas de ninguna manera pueden ser consideradas como totalmente acabadas; de esta suerte, alientan a la comunidad jurídica comparatista de todo el globo terráqueo a sumarse a este esfuerzo y así consolidar y perfeccionar a esta novel disciplina.

Por lo anterior, dentro del radio de acción de la Ciencia de la Comparación Jurídica, es *conditio sine qua non* que se surtan una serie de interrogantes. Así, según doctrina autorizada en la materia, los problemas fundamentales de la ciencia comparada pueden reducirse a tres: ¿Para qué se compara? (problema de la *función*); ¿Qué se compara? (problema del *objeto*); ¿Cómo comparar? (problema del *método*)<sup>15</sup>. Sin perjuicio de estos planteamientos, consideramos pertinente sumar otras dos interrogantes que a nuestro juicio son claves para entender todo estudio de corte comparativo, en esta interpretación, tenemos: ¿Qué es el Derecho Comparado? (problema de la *definición*); ¿Cuál es la finalidad de la comparación? (problema de la *solución* o *resultado*; aunque también esto último se entiende como una reformulación del primer cuestionamiento, no obstante, es interesante advertir qué es lo que se ha contestado primero en ambos casos para después sacar las conclusiones pertinentes<sup>16</sup>).

En este orden de ideas, a continuación, con la finalidad de saldar cada uno de los citados planteamientos, presentamos las

---

15 Cfr., De Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, trad. de Claudia Herrera, UNAM/Segretariato Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche, México, 2004, p. 2.

16 Creemos que la distinción es de grado, pues la función reducida en nuestra apreciación se limita a conocer las semejanzas y diferencias de lo otro; en cambio, la finalidad, no obstante que subsume la fase de conocimiento, su preocupación es proponer, con consciencia de las especificidades jurídico-culturales de los derechos cotejados, las soluciones pertinentes a las problemáticas identificadas por el comparatista jurídico.

respuestas que los iuscomparatistas han elaborado, explícita o implícitamente, según su particular sistema de pensamiento jurídico; el cual, desde luego, no es necesariamente coincidente, pues, de resultar así, sería poco satisfactorio la presentación de estas notas introductorias. En efecto, como veremos en seguida, existe una pluralidad de posturas jurídicas en torno a la naturaleza, definición, función, objeto, metodología, finalidades, etc., de nuestra disciplina; lo que nos viene bien, pues sólo de esta forma podremos adquirir una comprensión más cabal del Derecho Comparado.

El mérito de nuestro trabajo, si se quiere, es reunir en este documento un buen cúmulo de enseñanzas proferidas por juristas acreditados en la materia, para que posteriormente el estudioso del derecho construya su particular sistema de pensamiento, y a partir de ahí reflexione, critique, debata y, sobre todo, proponga nuevos planteamientos y respuestas en torno a esta floreciente disciplina jurídica en nuestro país. Por esa razón, desafortunadamente, no será este el lugar para exponer nuestro particular punto de vista en torno a nuestra materia; además, como precisamos al inicio, la investidura de “maestro” en derecho comparado, a diferencia de otros simuladores, que no cultores, aun no la vestimos (hasta ahorita, sólo la *Academia Interamericana de Derechos Humanos*, en Coahuila, la otorga en México). Son estos, pues, los apuntes que un “estudiante” autodidacta de la Ciencia del Derecho Comparado ha confeccionado con el pasar del tiempo, poseyendo en la actualidad algunos conocimientos jurídicos elementales, adquiridos como todo buen aspirante al título de iuscomparatista en otras latitudes, en virtud de que en nuestro país desgraciadamente poco se conoce al respecto.

En esta comprensión, si se nos permite, el *desconocimiento* del Derecho Comparado es un genuino *problema* que como juristas debemos resolver con nuestros aportes, en virtud de que, para

no decir más, la *simulación* de lo jurídico –doctrinal, legislativo o judicial– presentado como *auténtico* trabajo comparativo –*trasplante mal logrado*– por los diversos actores jurídicos es lo que en gran medida tenemos, pero no puede ser más. Es precisamente esta cuestión la razón fundamental por la que con este trabajo –no exento de errores seguramente– pretendemos abonar a la difusión, desarrollo, perfección y consolidación del conocimiento jurídico-comparado, para que sea efectivamente practicado, con un perfil científico riguroso, por el profesional del derecho en México.

En definitiva, conocer más acerca del Derecho Comparado y las ventajas que ofrece su aplicación en los ámbitos académico, legislativo, administrativo y jurisdiccional, permitirá que quien lea el artículo, abra su perspectiva, jurídicamente hablando, y observe más allá del ordenamiento doméstico. No necesariamente para aplicar el derecho de otros países en territorio nacional, pero para abrirse a otras ideas que pueden contribuir a ver con más claridad, o por lo menos con una perspectiva distinta, el contenido de nuestro ordenamiento interno; estas perspectivas nos permiten ver, de manera crítica, los posibles puntos oscuros, lagunas, contradicciones e incoherencias de nuestro sistema y pueden ser útiles en la interpretación y en la aplicación del derecho por los diversos operadores jurídicos.

### **a. Definición o ¿qué es el Derecho (Constitucional) Comparado?**

Los comparatistas italianos Lucio Pegoraro y Angelo Rinella, después de desvelar algunos entuertos en torno al dilema método-ciencia, consideran que “el Derecho Comparado puede reivindicar la dignidad de ciencia sólo desde que la finalidad que persigue no es otra que la de sistematizar los materiales

jurídicos de un ordenamiento particular, utilizando, para ese fin, el conocimiento de otros ordenamientos con la idea de ofrecer una comparación, de verificar las analogías y las diferencias, de clasificar institutos y sistemas, dando orden al conocimiento y creando modelos dotados de prescriptividad”<sup>17</sup>.

El connotado iuscomparatista Giuseppe De Vergottini en atención a los estudios que se realizan sobre Derecho Comparado, previene de manera muy insistente y acertada, acerca de la toma de conciencia de la existencia de ordenamientos diferentes del que se toma como referencia y su consideración con fines diversos, pues hay que atender, en todos los casos, si en verdad se quiere realizar un trabajo de esta naturaleza, a la confrontación crítica y racional entre ordenamientos o entre instituciones pertenecientes a varios ordenamientos. El producto de este contraste o confrontación serían las coincidencias, semejanzas y diferencias que el comparatista debe tener en cuenta, en distinta medida, en función de las exigencias que se proponga según las características de su trabajo para lograr finalmente su cometido. En estas consideraciones, el propio De Vergottini afirma que “la comparación jurídica es, pues, la operación intelectual del contraste entre ordenamientos, institutos y normativas de

---

17 Cfr., Pegoraro, Lucio y Angelo Rinella, *Introducción al derecho público comparado*, Op. cit., p. 39. En un trabajo más reciente, dichos tratadistas han considerado oportuno, en principio, esbozar un esquema de definición, más que nada para excluir lo que el Derecho “constitucional” comprado no es. En este tenor, ilustran: “Es una ciencia (o método, o disciplina) que se ocupa o trata ‘cosas’ que pueden adscribirse al concepto de ‘derecho’, entendido en sentido amplio y no sólo moderno y occidental. Es una ciencia (o método, o disciplina) que tiene como objeto la constitución, entendida en cualquiera de sus significados. Es una ciencia (o método, o disciplina) que tiene la finalidad de parangonar, deducir de ello, explicar las razones, y no solo yuxtaponer y describir realidades jurídicas (relativas a las ‘constituciones’) diferentes de la de quien escribe”. Cfr., Pegoraro, Lucio y Angelo Rinella, *Derecho constitucional comparado. La ciencia y el método*, Tomo I, trad. de Sabrina Ragone, Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 32.

diferentes ordenamientos que, si se lleva a cabo de manera sistemática y según los cánones del método jurídico, asume las características de las disciplinas científicas”<sup>18</sup>.

Por lo que hace al Derecho “Constitucional” Comparado, naturalmente asociado a las ciencias del Derecho Constitucional particular y general, el profesor Paolo Biscartti Di Ruffia de manera preliminar refiere que se trata de “una de las ciencias jurídicas cuyo objeto es el estudio profundo de los ordenamientos constitucionales de los Estados”<sup>19</sup>. Y desde un punto de vista más acabado que toma en cuenta el método, la función, el objeto y la finalidad de la disciplina, dirá que es aquella que “se dirige, a través del llamado método comparativo, a cotejar entre sí las normas e instituciones consagradas en los diversos ordenamientos estatales, tanto del presente como del pasado, con el propósito de poner en evidencia, además de las características más significativas, sus notas similares o diferenciales, y alcanzar por esta vía la determinación posterior de principios y reglas que encuentren una efectiva aplicación en tales ordenamientos”<sup>20</sup>.

En consonancia con los comentarios anteriores, el jurista Roberto Scarciglia viene a reafirmar la concepción según la cual, para la principal doctrina de la comparación jurídica, ésta es una operación intelectual de comparación entre ordenamientos y sus componentes (institutos, normas, interpretaciones jurisprudenciales, etc.) cumplida de manera sistemática y según un enfoque propio de la metodología jurídica. En esta comprensión, con justa razón, considera que el Derecho Constitucional Comparado es una “disciplina que estudia los

---

18 Cfr., De Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, Op. cit., p. 2.

19 Biscartti Di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, 3ª. reimp., Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 79.

20 *Ídem*.

ordenamientos jurídicos de diferentes países y sus instituciones políticas desde el punto de vista del Derecho Constitucional, no simplemente a través de una mera descripción de Ordenamientos legales o del contenido de las Constituciones, sino poniendo frente a frente los mismos, según reglas metodológicas compartidas<sup>21</sup>.

## **b. Función o ¿para qué se compara?**

Para el ilustre comparatista Giuseppe De Vergottini en concordancia con una visión preliminar y siguiendo las conclusiones alcanzadas por los iusprivatistas en la materia, las funciones de la comparación en el Derecho pueden ser reducidas a dos clases: una primaria, que da cuenta del conocimiento adquirido (función cognoscitiva del Derecho Comparado); y otra secundaria que consiste en la utilización de los resultados obtenidos por medio de la comparación para conseguir diversos objetivos (esta última, según nuestra consideración, se corresponde con lo que aquí identificamos por *finalidad* del análisis comparativo). Por otro lado, en el ámbito del Derecho Constitucional (iuspublicista), según De Vergottini, la función de la comparación es múltiple pues persigue diversos objetivos. En esta idea, el autor en comento delimita las funciones del análisis comparativo en: a) función primaria de conocimiento; b) función de comprobación de los conocimientos; c) función de comprensión de institutos del ordenamiento; d) función de auxilio para la interpretación; e) función de auxilio para la preparación de textos normativos; f) función de auxilio a la armonización y unificación normativas<sup>22</sup>.

---

21 Scarciglia, Roberto, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 22.

22 Cfr., De Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, Op. cit., pp.

En atención a esta interrogante, Roberto Scarciglia es consciente que desde un punto de vista inicial puede reflexionarse que “la comparación jurídica básicamente es libre en sus fines, cuando a través de ella se procede a confrontar y a valorar posteriormente los formantes pertenecientes a ordenamientos diferentes”<sup>23</sup>.

Por lo anterior, a efecto de darle solidez a su pensamiento respecto al papel o utilidad del análisis comparativo, conviene en seguir los pasos de la doctrina dominante, aceptando, por tanto, la clasificación ampliamente compartida de distinguir entre funciones primarias (conocimiento de los ordenamientos extranjeros) y secundaria (la utilización de los resultados obtenidos mediante el análisis comparado) de la comparación jurídica. Sin embargo, desde su particular punto de vista, le resulta más atractiva una ulterior clasificación de las funciones de la ciencia comparativa. Así, siguiendo a la doctrina iuspublicista y iusprivatista, distingue entre funciones teóricas y prácticas de la comparación. Por lo que hace a las primeras: a) la adquisición de nuevos conocimientos (provenientes del análisis de derechos extranjeros, como de formantes que sean endógenos al ordenamiento del investigador); b) la mejor comprensión del Derecho nacional (desde el que, generalmente, opera el investigador); c) la contribución a la educación y formación del jurista nacional; y por lo que toca a las segundas: a) el auxilio a la política legislativa y a la redacción de los textos normativos; b) la preparación de materiales para el juzgador (en atención a su actividad de información, orientación y control); c) la comprensión por parte de la doctrina de modelos de proveniencia extranjera (en atención a su actividad de información,

---

4-24.

23 Cfr., Scarciglia, Roberto, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Op. cit., p. 69.

orientación y control); d) la elaboración de tratados y convenios internacionales; e) la función de armonización y la unificación (consistente en la simplificación o eliminación de diferencias entre ordenamientos que van desde formas de coordinación hasta una auténtica reducción a unidad); f) la función de interpretación (sistemática de institutos jurídicos, especialmente para los juzgadores)<sup>24</sup>.

La importancia y utilidad del Derecho Comparado según la concepción de la tratadista Nuria González Martín –quien sigue las enseñanzas del profesor Guillermo Florís Margadant– es de gran relevancia para los juristas porque nos ayuda a entender e interpretar el sistema jurídico propio. De esta suerte, por un lado, nos ayuda a entender el derecho como creación natural del hombre; por el otro, nos proporciona una base intelectual para la interpretación y el análisis de distintos sistemas jurídicos. En este orden de ideas, el análisis comparativo es utilizado en los casos siguientes: a) como medio para ver más claramente la esencia de nuestro derecho; b) como medio para la codificación, uniformación transnacional del derecho, agregando que la comparación es un medio para la globalización o integración del derecho; c) como ayuda para aclarar el elusivo concepto de “orden público”; d) como instrumento para crear una ciencia jurídica, y concretamente una ciencia social; e) para un mejor estudio de las diferentes familias jurídicas existentes<sup>25</sup>.

### c. Objeto o ¿qué comparar?

En términos muy concretos, pero a la vez abarcador, Luicio Pegoraro y Angelo Rinella nos dicen que el objeto del derecho

---

24 Cfr., Scarciglia, Roberto, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Op. cit., pp. 71-82.

25 Cfr., González Martín, Nuria, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, Op. cit., pp. 18-20.



(público: constitucional) comparado significa “el ámbito de investigación propio de la disciplina”<sup>26</sup>.

El objeto de la comparación en el Derecho Público y, por consecuencia, en el constitucional, a decir de Giuseppe De Vergottini, lo constituyen los ordenamientos, institutos y normativas que forman parte de ordenamientos estatales. Sin embargo, en virtud del pluralismo de los ordenamientos, advierte que la comparación puede interesar a ordenamientos públicos internos, a los ordenamientos estatales o a los de las organizaciones internacionales<sup>27</sup>.

En atención a que existen diversos ordenamientos estatales (formas de Estado contemporáneos), cierta doctrina nos dice

---

26 Pegoraro, Lucio y Angelo Rinella, *Introducción al derecho público comparado*, Op. cit., p. 18.

27 Para De Vergottini es importante tomar en consideración que únicamente el derecho que constituye objeto de comparación es el derecho positivo efectivamente vigente en los ordenamientos afectados por la investigación comparada. Este derecho positivo efectivamente vigente puede ser formal, escrito o codificado (Constitución, legislación, jurisprudencia) y no formal o consuetudinario (costumbre, convenciones, praxis interpretativa). En este orden de ideas, la comparación se refiere a las normativas efectivamente vigentes con independencia de su inserción o no en los textos escritos, por lo que ha de tenerse presente la regla enunciada por los iusprivatistas consistente en que el derecho realmente vigente (*law in action*) que hay que considerar a efectos comparativos no coincide necesariamente con el derecho escrito (*law in the books*). Este argumento del profesor italiano encuentra apoyo en lo manifestado por Mirkine-Guetzevitch: “los estudios de derecho constitucional comparado nos ponen de manifiesto la relatividad de los textos, de las fórmulas, de los dogmas. No son los textos los que crean las democracias. Son los hombres y las ideas, los partidos y los principios, las místicas y los slogans, los usos y las tradiciones, los factores determinantes de un régimen. Los textos solamente crean algunas condiciones de evolución, transformación o realización jurídica”. En definitiva, el objeto principal del Derecho Constitucional Comparado lo constituye el examen de la práctica constitucional aplicada a la realidad social. Cfr., De Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, Op. cit., pp. 24, 27-30.

que el objeto específico de las investigaciones de Derecho Constitucional Comparado suele resultar al mismo tiempo muy variado. Y para constatar esta diversidad del objeto sometido a comparación, se han establecidos tres criterios: a) la naturaleza de la investigación, bajo este aspecto, se comparan: diversos ordenamientos constitucionales considerados en su conjunto, sectores particulares de dichos ordenamientos, e instituciones constitucionales particulares; b) el material normativo de estudio, en este caso, son comparables normas escritas: constituciones (modernas), leyes ordinarias, leyes electorales, reglamentos parlamentarios; y normas no escritas: costumbre y normas convencionales (*conventions of the Constitution*); y c) el ámbito de extensión de la investigación, sobre este particular son comparables bajo un aspecto puramente teórico: el número de ordenamientos estatales, que puede variar de dos –pues el estudio de un solo ordenamiento extranjero no determina, por sí, una investigación real de Derecho Comparado– a todos los existentes en el mundo; y desde el plano práctico: si bien no se requiere que los ordenamientos estatales que se examinan posean una igualdad total de normas y de instituciones –lo que llevado al absurdo eliminaría la posibilidad misma de una comparación– sí resulta necesaria la analogía sustancial de principios informadores y de estructuras constitucionales<sup>28</sup>.

---

28 Paolo Biscaretti Di Ruffia pone de relieve que no se puede excluir en sentido absoluto el estudio comparativo, ya sea de carácter general o específico, respecto a determinados sectores o instituciones de los ordenamientos constitucionales pertenecientes a las diversas “formas de Estado” contemporáneas, si bien en la práctica la investigación misma puede resultar provechosa únicamente en casos particulares y cuando se tienen en cuenta las diferencias ostensibles que caracterizan dichas formas, que confieren con frecuencia significados y valores totalmente diferentes a instituciones aparentemente análogas o calificadas con iguales denominaciones. Cfr., Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Op. cit, pp. 81-84.

En otra óptica, Mauro Cappelletti comenta que una cuestión preliminar, y en verdad fundamental para el profesional que pretende iniciar estudios de tipo comparativo, es la relativa a la figura jurídica que va a someter a comparación. Generalmente se afirma que solamente pueden ser objeto de comparación los sistemas, las normas e instituciones que son *similares entre sí*. Aserción con la cual no está de acuerdo, pues para él es necesario si se quiere hacer significativos este tipo de investigaciones, contar con un punto de partida común (*tertium comparationis*). Aclarando más la cuestión, ilustra: “este punto común no consiste de modo alguno en una solución jurídica de común o similar, sino simplemente en la comunidad, o semejanza, del problema o la necesidad sociales que se intenta resolver mediante la intervención jurídica, normativa o de otra naturaleza”<sup>29</sup>.

Roberto Scarciglia, de acuerdo con este enfoque de la multiplicidad de objetos de la disciplina comparada, refiere que: “La comparación, entendida como disciplina jurídica, tiene por objeto un número indefinido de elementos, interconectados entre sí y que, dentro de cada ordenamiento utilizan o producen reglas jurídicas, dirigidas a definir un cierto orden relacional entre sujetos o grupos sociales en un momento histórico dado”<sup>30</sup>.

---

29 Cfr., Cappelletti, Mauro, *Obras. La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, Op. cit., p. 364.

30 Al respecto, Scarciglia apunta: “El adjetivo ‘comparables’ quiere dar a entender que dos objetos pueden definirse tales si se convierten en objetos de la comparación. Sin embargo, no es suficiente el requisito de la ‘comparabilidad’ para que dos objetos puedan ser comparados. Ello depende en gran medida del interrogante del problema que se ha planteado tratar el estudioso, y de hecho la comparación entre dos objetos no es un fin, sino un medio, y en consecuencia, la definición del requisito debe anteceder la elección de los objetos a comparar, por relación a los lugares, el tiempo y las condiciones en las que el estudioso actúa”. Cfr., Scarciglia, Roberto, *Introducción al derecho constitucional comparado*. Op. cit., pp. 109, 112.

## d. Método o ¿cómo comparar?

El Derecho Constitucional Comparado aparece como una “ciencia con un método propio (el método comparado, el cual a su vez es un método jurídico) que comprende el fenómeno jurídico de la circulación de modelos de un ordenamiento a otro”<sup>31</sup>.

En similares términos, Paolo Biscaretti Di Ruffia refiere que tratándose de investigaciones comparativas de la ciencia jurídica el método a emplear es el jurídico<sup>32</sup>(comparado), el cual, por la naturaleza misma de este tipo de investigaciones, puede emplear simultáneamente los métodos –y datos– de otras ciencias no

---

31 Prado Maillard, J. L., “Derecho constitucional comparado”, en Pegoraro, Lucio (coord.), *Glosario de derecho público comparado*, Porrúa/IMDPC, México, 2012, pp. 96-98. En atención a la importancia del método en los trabajos jurídico-comparativos, Gino Gorla recalca: “la configuración metodológica es absolutamente previa a cualquier estudio de carácter comparado. Para establecer la diferencia entre lo que es y lo que no es calificable como Derecho comparado, ayuda por supuesto el método jurídico”. Cfr., Scarciglia, Roberto, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Op. cit., p. 21. Más recientemente se ha dicho que la metodología del Derecho comparado se confronta, en el nuevo milenio, con culturas y tradiciones legales múltiples (Glenn), caracterizadas por modalidades de análisis heterogéneas, y a veces incompatibles entre sí, haciendo, en cierta medida, obsoleto y, en cualquier caso, limitado el debate sobre la individualización y la construcción del mejor método por utilizar en los análisis comparativos. Aunque ha sido fundada sobre débiles bases epistemológicas, se acoge aquí, por necesaria simplificación, la tesis que establece que el Derecho comparado (dc) puede considerarse una ciencia (c) y, por tanto, no puede separarse del conocimiento y de la aplicación de uno o más métodos (m) de investigación, como en cualquier autónoma disciplina científica ( $dc = s$ ;  $dc \neq m$ ;  $dc < m + (m1 + m2 + m3 \dots)$ ). Por otro lado, la tesis según la cual  $dc = m$  implicaría una visión limitada del método de la comparación, así como de sus fines y de su objeto. Cfr., Scarciglia, Roberto, “Método comparado”, en Pegoraro, Lucio (coord.), *Glosario de derecho público comparado*, Porrúa/IMDPC, México, 2012, p. 283.

32 Cfr., Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Op., cit., p. 84.

jurídicas, como, por ejemplo, la ciencia política, la historia, la economía y la sociología.

Este es un factor que resulta indispensable para lograr una interpretación y valoración exacta de las normas e instituciones jurídicas, incluso de países que en muchos aspectos presentan sustanciales semejanzas entre sí. En esta apreciación, llega a la conclusión de que “con frecuencia, todos los métodos de investigación mencionados (*comparative government, institutional comparison, functional comparison*), podrán ser utilizados provechosamente de manera simultánea por medio de su combinación oportuna, siempre que se traduzcan en la valoración comprensiva de las instituciones o de las funciones, consignadas en los estudios monográficos”<sup>33</sup>.

Los métodos empleados en cada investigación jurídica, como veremos en seguida, dependerán de la sensibilidad científica de cada comparatista en relación con sus objetos de estudio y los contextos en que se desenvuelva.

El propio Biscaretti Di Ruffia sostiene que una investigación cuidadosa de Derecho Constitucional Comparado deberá estructurarse de manera esencial de acuerdo con las etapas siguientes:

Primera. Una metódica y cuidadosa recopilación de datos, que sea adecuada para adquirir un buen conocimiento de las normas e instituciones de los países que se examinan en forma particular, encuadrando siempre los diversos datos parciales en el marco constitucional general;

Segunda. La sistematización inteligente de los propios datos, de modo que, a través de las analogías y diferencias que surgen

---

33 *Ibid.*, p. 85.

de su comparación se obtengan todos los elementos necesarios para llegar finalmente a una elaboración constructiva;

Tercera. La realización de dicha elaboración constructiva mediante un agudo espíritu crítico; y

Cuarta. La etapa final debe estar establecida posteriormente por la exposición sistemática de los resultados obtenidos, referida, según los casos, a cada Estado particular; a un sector especial o institución de varios países que se hubiesen comparado de manera directa, o bien, a una sola síntesis sumaria, dirigida a facilitar las generalizaciones teóricas apropiadas<sup>34</sup>.

Otra propuesta igual de interesante y original respecto al tratamiento metodológico para llevar a buen puerto investigaciones comparativas es la diseñada por el insigne comparatista italiano Mauro Cappelletti<sup>35</sup>. Este autor, de manera sistemática, advierte que, al menos, en todo trabajo comparativo, se deben agotar las fases siguientes:

Primera: el *tertium comparationis*. Si bien no es necesario que exista una semejanza del material jurídico objeto de comparación, lo que sí se requiere, en cambio, es un punto de partida *común* pre-jurídico, o sea, como decía, un *problema* o

---

34 *Ibid.*, p. 86.

35 Refiere que el método comparativo se perfila como una gran escuela de ciencia jurídica, dirigida a superar, por un lado, el mero empirismo positivista-avalorativo -para el cual el derecho es un hecho por determinar, no para valorar- y, por el otro lado, la valoración iusnaturalista-apriorística, basada más que en problemas reales (y mutables) de la sociedad, en principios o valores abstractos, postulados irrealmente como eternos y absolutos. En otras palabras, el método comparativo se perfila como una gran “tercera escuela”, la cual conjuga la valoración y la recopilación concreta de datos, pero una valoración inmersa en lo real, esto es, en la realidad de los problemas y las necesidades de la sociedad. Cfr., Cappelletti, Mauro, Obras. La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo, Op. cit., pp. 366, 379.

una *necesidad* social real que comparten dos o más países o sociedades a las cuales se quiere aplicar el análisis comparativo. [...] Este punto de partida común representa, repito, el *tertium comparationis*, sin el cual cualquier análisis comparativo carecería de significado. Obviamente nos hallamos aquí en una fase pre-jurídica: el problema/necesidad puede ser de carácter económico, político o de otra naturaleza.

Segunda: las soluciones jurídicas del problema. Esta fase de la investigación/análisis comparativo nos lleva al campo del derecho en sentido estricto: se trata, en efecto, de encontrar las normas, instituciones, procesos jurídicos con los que los países examinados han intentado resolver el problema/necesidad que comparten.

Tercera: *les raisons d'être* de las analogías y diferencias. Este momento del análisis comparativo es una fascinante investigación de las razones que puedan explicar las analogías, pero, sobre todo, las diferencias en las soluciones adoptadas en respuesta a un mismo problema: razones históricas, sociológicas, éticas, etcétera. Es claro que aquí el comparatista debe moverse nuevamente fuera del campo del derecho entendido en sentido restringido, lo cual es un nuevo reconocimiento de la circunstancia de que el derecho constituye en realidad un elemento fundamental, aunque no pueda separarse de los otros, del “sistema social” en su conjunto.

Cuarta: investigación de las grandes tendencias evolutivas. Consiste en la investigación de eventuales *trends*, de tendencias evolutivas, que pueden ser convergentes o divergentes.

Quinta: la valoración. Se trata de evaluar las soluciones adoptadas –o los modelos de solución– en cuanto a su *eficacia* o *ineficiencia* en la resolución del problema/necesidad de la

cual ha arrancado la investigación. Aquí surge el carácter “*jurisprudencial*”, o si se prefiere “filosófico-valorativo”, del análisis comparativo. La valoración, de la cual aquél ofrece la posibilidad, no es “absoluta”, sino “relativa”, esto es, en cuanto al problema/necesidad social. [...] Se trata, pues, de una valoración, pero no basada en criterios –o valores– afirmados apriorística y especulativamente, sino fundado en datos concretos, verificables empíricamente. Los valores –justo/injusto, progresivo/obsoleto, eficaz/ineficaz– no son, entonces, repito, valores absolutos, sino, precisamente, relativos y demostrables en conexión con el “punto de partida”, esto es, la necesidad social concreta asumida como *tertium comparationis*. [...] Esta fase, combina lo jurídico con lo pre-jurídico, o sea, relaciona las soluciones jurídicas –normativas, pero también institucionales o procesales– examinadas en la segunda, tercera y cuarta fases, con el punto de partida pre-jurídico, esto es, como sabemos, el problema político, económico, social, cultural que ha dado el impulso al análisis, como también la razón de ser de las soluciones adoptadas por los diversos países para resolver dicho problema o necesidad.

Sexta: predicción de desarrollos futuros. Una última etapa del análisis comparativo –no necesaria, sino únicamente posible, y en verdad tanto más audaz y riesgosa– representa en cierto modo un corolario de todas las demás. El comparatista –y aquí pretendo expresarme de manera un tanto provocativa– es el único “profeta científico” posible. Profeta, porque, sobre la base de la investigación realizada, puede sacar a la luz tendencias evolutivas, las cuales presumiblemente están destinadas a continuar y a difundirse, al estar radicadas en problemas y necesidades reales de la sociedad, y al haber sido “valoradas” a la luz de los datos empíricos concernientes a su eficacia en la solución del problema. Pero es en verdad profeta “científico”, porque su predicción del futuro no se



basa en sus preferencias o idiosincrasia, como tampoco en intuiciones o “iluminaciones” personales, sino en resultados de un análisis concreto de la realidad social. Quede bien claro, por otra parte, que aquí se trata solamente de la predicción de eventos “probables”, jamás de certezas, porque también para el comparatista la fantasía de la realidad es siempre demasiado grande para ser analizada completamente. El poeta decía: “del mañana no hay certeza”; todo lo más que se puede predecir es la probabilidad, no la seguridad, de acontecimientos futuros<sup>36</sup>.

Para el ilustre comparatista Roberto Scarciglia el término *método* “indica un conjunto orgánico de reglas (formales y) procesales, en base a las cuales se desarrolla una actividad teórica o práctica, que, en el caso del Derecho Comparado, consiste en hacer surgir las relaciones, de simetría y de asimetría, existentes dentro de términos pertenecientes a ordenamientos jurídicos diversos, estudiados con conexión entre ellos”<sup>37</sup>. En otras palabras, el *método comparativo* “implica la existencia de un procedimiento, subdividido en fases autónomas (conocimiento, comprensión, comparación), caracterizadas por reglas propias, acciones y operaciones, que el investigador está obligado a seguir”<sup>38</sup>.

---

36 Cfr., Cappelletti, Mauro, *Obras. La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, Op. cit., pp. 364-367. En relación con esta última fase de la propuesta metodológica de Cappelletti, compartimos la crítica de la profesora Nuria González Martín: “el comparatista, no debe ser ‘profeta’; la ciencia jurídica es, precisamente eso, ciencia, basada en la razón, en la secuencia lógica de sucesos que deben de interpretarse, pero no se trata, sin lugar a dudas, de vaticinios”. Cfr., González Martín, Nuria, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, Op. cit., pp. 22-23.

37 Scarciglia, R., “Método comparado”, en Pegoraro, Lucio (coord.), *Glosario de derecho público comparado*, Porrúa/IMDPC, México, 2012, p. 283; con mayor amplitud en *Métodos y comparación jurídica*, Dykinson, Madrid, 2018.

38 Cfr., Scarciglia, R., “Método comparado”, Op. cit., p. 285.

De acuerdo con este modo de razonar, el *procedimiento metodológico comparado* “se compone de una serie de fases, concatenadas y propedéuticas entre ellas, con la finalidad de llegar a comparar entre modelos o soluciones o instituciones jurídicas que por lo normal pertenecen a ordenamientos distintos, con el propósito de obtener resultados más o menos aplicables al concluir las fases y las operaciones de comparación”<sup>39</sup>.

Estas fases a las que alude Scarciglia, en el ámbito jurídico comparativo, son conocidas como *Regla de las 3 C*: a) conocimiento; b) comprensión; y c) comparación. Eventualmente puede existir otra fase: d) la de aplicación de resultados, que depende de las finalidades perseguidas con la comparación como, por ejemplo, en los casos en que la actividad del estudioso tenga como única finalidad la profundización del conocimiento jurídico<sup>40</sup>.

En el procedimiento metodológico descrito, estas fases son autónomas entre sí, sin embargo, no dejan de ser necesarias; cada una de ellas se caracteriza por reglas, acciones y operaciones que el comparatista debe seguir de manera armoniosa, ordenada y completamente posible para alcanzar resultados satisfactorios.

La *fase de conocimiento*: consiste en todas aquellas operaciones de recolección de información, de materiales de estudio, que son necesarios para conocer los términos de comparación. A este respecto sirven los viajes a los países seleccionados, según nuestra investigación comparativa. En otras palabras, es en esta fase donde se prepara el *esquema comparativo* con la finalidad de especificar el límite de la comparación, que debe caracterizarse por el requisito de la

---

39 Cfr., Scarciglia, Roberto, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Op. cit., p. 91.

40 *Ibid.*, p. 92.

comparabilidad, presupuesto necesario tanto cuando el término de la comparación es un ordenamiento, como si se tratara de un sólo instituto. En efecto, el *juicio comparativo* presupone la definición anticipada de un modelo de referencia, que, sobre la base de la finalidad establecida en la investigación, representa un parámetro en virtud del cual formular el juicio entre los dos términos de la comparación. Este parámetro es definido como *tertium comparationis*<sup>41</sup> y constituye un elemento fundamental del método comparativo, que consiste en valorar preliminarmente la uniformidad de los términos de la comparación. En otras palabras, el *tertium comparationis* no es más que un “modelo ideal” que se toma como medida a alcanzar, dentro de lo posible,

---

41 “El juicio comparado presupone que el estudioso debe determinar en un primer momento un modelo de referencia, que en base a la finalidad que persiga su investigación represente un parámetro conforme al cual formular el propio juicio entre dos términos de comparación. A este parámetro se le denomina *tertium comparationis* y constituye, según una parte de la doctrina, un elemento esencial del método comparado que permite valorar de manera previa la homogeneidad de los términos de la comparación. El modelo de referencia es abstracto y por tanto se sitúa fuera de los derechos objetos de estudio en el sentido que no describe realidades jurídicas preexistentes, precisamente para impedir que la comparación pueda verse influenciada por el estudioso mediante la introducción en el procedimiento comparado de presupuestos de los que puedan derivar modelos ideales prefabricados en lo que se colarían rasgos del sistema jurídico al que pertenecen. El *tertium comparationis* constituye un punto de partida común en el análisis comparado, pero no podría considerarse un modelo de referencia si lo confundiéramos con el modelo nacional. ¿Por qué? Como hemos dicho, en el juicio de comparación existen tres elementos: aquello que se compara; denominado también *comparatum* (A); lo que se debe comparar, o *comparandum* (B); el *tertium comparationis* o modelo de referencia (C). Por lo que, si asimilásemos –por la razón que sea– el *comparatum* con el *tertium comparationis* (A=C), los elementos de comparación serían deducidos sólo del modelo nacional que sería el que resultaría comparado con otro (B)”. Cfr., Scarciglia, Roberto, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Op. cit., p. 104; Tusseau, G., “*Tertium comparationis*”, en Pegoraro, Lucio (coord.), *Glosario de derecho público comparado*, Porrúa/IMDPC, México, 2012, pp. 384-385.

y que resulta indispensable para identificar en forma más adecuada las semejanzas y diferencias de las figuras jurídicas que se someten a comparación por parte del investigador, obteniendo con ese fin un conocimiento más acabado de su tema.

*La fase de comprensión:* el estudioso está obligado a comprender dentro de los límites geográficos de la comparación los formantes –legal, jurisprudencial y doctrinal– en cada ordenamiento particular, es decir, es necesario que el comparatista proceda a reintegrar el término de la comparación en el propio ordenamiento<sup>42</sup>.

*La fase de comparación:* se confrontan los distintos elementos percibidos en los distintos ordenamientos jurídicos. Un componente del derecho extranjero se conoce y se convierte en instrumento fundamental para la comparación en sentido estricto<sup>43</sup>.

---

42 En este punto, Scarciglia refiere que “es necesario que el comparatista proceda a contextualizar el término de la comparación en su propio ordenamiento, ayudándose para ello del juego de formantes legales, de las relaciones que se establecen entre ellos y de los meta-formantes, que le obligan a salir del ámbito estrictamente jurídico. Ello no resulta fácil y presupone una significativa experiencia comparada –como hemos tratado de ilustrar con la relación entre percepción y objetos de la comparación–, que permita captar las relaciones existentes entre (al menos) dos reglas operantes en dos ambientes, con sus peculiaridades culturales, jurídicas, económicas, geográficas, históricas y sociales distintas”. Cfr., Scarciglia, Roberto, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Op. cit., p. 105.

43 “La detención del procedimiento metodológico en la fase de comprensión del Derecho extranjero excluiría, sin embargo, que se pueda hablar, en sentido estricto, de comparación jurídica, debiéndose atribuir a la actividad procedimental realizada un valor sobre todo decorativo respecto al principal objeto de análisis, que debe ser desarrollado durante todo el recorrido metodológico. Desde el punto de vista metodológico en la fase de comparación es necesario aclarar el contenido de la relación entre términos de la comparación para poder extraer analogías y diferencias mediante lo que anteriormente hemos definido el juego de formantes, en el que no es suficiente encontrar analogías y diferencias, sino,

### e. Finalidad o ¿qué se quiere con la comparación?

Lucio Pegoraro y Angelo Rinella convienen en que la finalidad del derecho (público: constitucional) comparado significa “los fines que una averiguación se fija previamente, ya sean los principales o los secundarios, o los subsidiarios”<sup>44</sup>.

La finalidad principal del derecho público comparado es organizar sistemáticamente el conocimiento, sin embargo, para los comparatistas en comento, ésta no es una misión que deba agotarse en la investigación pura, con simples fines especulativos. En efecto, el resultado de la investigación comparativa también es utilizable en cuestiones prácticas de la realidad social y jurídica, adquiriendo en este campo una importancia significativa. A tal grado que, entre los comparatistas, se habla de funciones subsidiarias de la comparación: a) elaboración legislativa; b) elaboración y modificación de textos constitucionales; c) función de auxilio en la redacción de textos normativos; d) función de nivelación del material normativo; e) preparación de tratados y convenios internacionales; y f) apoyo interpretativo en la adscripción de significado a disposiciones y actos<sup>45</sup>.

---

sobre todo, captar, con la mayor profundidad y amplitud posibles, los términos de la comparación. A través de este análisis –que necesariamente incluye metaformantes–, es posible captar en relación entre dos términos, qué elementos pueden tener un alcance comparativo”. Cfr., Scarciglia, Roberto, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Op. cit., p. 107-108.

44 Cfr., Pegoraro, Lucio y Angelo Rinella, *Introducción al derecho público comparado*, Op. cit., p. 18. En atención a las finalidades del Derecho Comparado, Zitelmann nos dice que existen tres campos de actividad jurídica: el de la aplicación del derecho, que es la práctica (*praxis*); el de la investigación, que es la ciencia (*Wissenschaft*); el de la creación, que es la legislación (*Gesetzgebung*). En estas tres direcciones, la comparación desempeña un papel importante. Cfr., Pegoraro, Lucio y Angelo Rinella, *Introducción al derecho público comparado*, Op. cit., p. 34.

45 Cfr., Pegoraro, Lucio y Angelo Rinella, *Introducción al derecho público comparado*, Op. cit., pp. 118-121.

Algunos doctrinarios como Paolo Biscartti Di Ruffia resumen las finalidades de la disciplina en estudio. Así, en esencia, identifica las cuatro siguientes: a) la satisfacción de meras exigencias de orden cultural; b) una mejor interpretación y valoración de las instituciones jurídicas del ordenamiento nacional; c) un mejor conocimiento de las leyes e instituciones de países similares por sus estructuras constitucionales (el aporte al campo de la nomotética, es decir, a lo relacionado con la política legislativa); y d) la unificación legislativa<sup>46</sup>.

En la concepción de Mauro Cappelletti las principales finalidades que persiguen todo análisis comparativo pueden ser estudiadas dividiéndolas en finalidades prácticas y finalidades teóricas o doctrinales. Esta distinción, obviamente, no debe ser tomada en forma rigurosa, pues para el profesor italiano existe siempre en realidad un vínculo entre teoría y práctica, por lo que la una sin la otra, simple y sencillamente sería pésima. Entonces, a toda finalidad práctica se asocia una finalidad teórica correspondiente o próxima a ella de algún modo.

Las finalidades del Derecho Comparado<sup>47</sup>, según la apreciación de Cappelletti, son del tenor siguiente:

---

46 Estas finalidades a consideración del comparatista italiano se pueden alcanzar con mayor facilidad por medio de un análisis más profundo de aquello que a primera vista se pueda descubrir, especialmente si nos dejamos impresionar en forma desmedida por la verificación innegable de la multiplicidad de relaciones que siempre suelen subsistir entre los ordenamientos constitucionales de los Estados particulares y por sus diversas tradiciones y estructuras económico-sociales específicas. Para llevar a cabo dicho análisis, recomienda abordarlo desde dos puntos de vista, uno de tipo histórico y pragmático, y otro de carácter teórico y doctrinal. Cfr., Biscartti Di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Op., cit., pp. 80-81.

47 Cfr., Cappelletti, Mauro, *Obras. La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, Op. cit., pp. 368-380.

a) *Finalidades teóricas*: el análisis comparado (o *Derecho Comparado*) es un instrumento de conocimiento (no sólo como fenómeno puramente normativo, sino que más bien, como fenómeno real, como aspecto fundamental de la *cultura* de las sociedades humanas); el análisis comparativo es utilizado para elaborar, definir, diseñar ideas, filosofías político-sociales, ideologías (provee a las especulaciones teóricas de un fundamento empírico concreto –*empirical evidence*–, echa mano del análisis histórico-comparativo); el análisis comparado es una herramienta de búsqueda de *leyes naturales* en la evolución de la sociedad y del derecho (*adaequatio intellectus ad rem*, lo que se propone es seguir la verdad efectiva de la cosa, y no la imaginación); el análisis comparado es empleado para la investigación de las grandes tendencias evolutivas, que a menudo, pero no siempre, son convergentes (recuerda una de las fases del método comparativo, la cual consiste en la indagación de *trends* y de su razón de ser).

b) *Finalidades prácticas*: el Derecho Comparado resulta un instrumento útil, incluso necesario, en la *práctica jurídica internacional*, esto es, en el ejercicio de la profesión de jurista en el nivel internacional; el Derecho Comparado sirve como instrumento de elaboración de proyectos de reforma jurídica; el Derecho Comparado es empleado para determinar y aplicar los *principios generales del derecho* a nivel transnacional (en este caso el Derecho Comparado no es ya mera comparación jurídica, *Rechtsvergleichung*, sino en cierto sentido real y verdadero derecho, *vergleichendes Recht*; en otras palabras, el método comparativo se convierte aquí en verdadera y propia *f fuente del derecho*); el Derecho Comparado es utilizado como instrumento de la armonización o unificación del derecho de varios países. Algunas *técnicas* de armonización son las convenciones internacionales, legislación uniforme o *model uniform codes*, leyes federales o comunitarias (transnacionales),

recepción o *trasplante*. Existen tres *niveles* de armonización jurídica: un primer nivel es el que se limita a unificar las normas sobre la jurisdicción, de manera que se eviten los conflictos en materia de jurisdicción y/o competencia de los tribunales de uno u otro país; un segundo nivel es el de la armonización de las normas del derecho internacional privado, para prevenir conflictos concernientes a la pregunta de cuál sea el país cuyo derecho es aplicable; y un tercer nivel es el de la armonización del derecho sustantivo, de manera que, cualquiera que sea el tribunal competente o el país cuyo derecho debe aplicarse, el derecho mismo no presente diferencias.

c) *Finalidad práctica y teórica* (al mismo tiempo y sin posibilidad de distinción): a través del análisis comparado o método *fenomenológico-comparativo* se pretende mejorar la comprensión recíproca de los pueblos y de las naciones. Un mejor conocimiento del *otro*, del *diverso*, de sus raíces culturales, históricas, sociales, puede llevar a una mayor apreciación de lo que hay de bello y fascinante en la *diversidad*, en el pluralismo de enfoques y de costumbres, y al mismo tiempo, ayudar a superar, o atenuar, lo que pueda haber de obstáculo a una cooperación entre los pueblos, cooperación que se vuelve cada vez más necesaria en un mundo cada vez más pequeño, por efecto de los avances científicos, tecnológicos, así como de la gran revolución de las *comunicaciones*.

En términos más concretos, Giuseppe de Vergottini considera que el *resultado* de la comparación jurídica consiste en “poner de manifiesto coincidencias, afinidades y diferencias”<sup>48</sup>. En esta comprensión, sentencia que es del todo impropio, inaceptable y restrictivo agotar la comparación en la búsqueda de coincidencias y afinidades. En otras palabras, para que un

---

48 Cfr., De Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, Op. cit., p. 52.



trabajo sea auténticamente de carácter comparativo, lo que el comparatista debe hacer es identificar fundamentalmente las *diferencias* específicas de los objetos que confronta, y no solamente sus rasgos coincidentes o análogos.

### **III. Nota final para el profesional del derecho y el derecho nacional**

El Derecho Comparado, en tanto ciencia (autónoma) y en tanto método (auxiliar de disciplinas), no es más que un instrumento para la convivencia humana, tal vez el mejor, porque toma en cuenta al otro, su contexto, experiencias, problemas y, en su caso, soluciones. En otras palabras, desde un enfoque crítico, el método comparado, al examinar los diversos derechos con la finalidad de identificar sus semejanzas y diferencias, nos proporciona una concepción más humana de la Ciencia del Derecho.

En esta concepción humanista del fenómeno jurídico, consideramos oportuno traer a colación unas últimas –en realidad también primeras– enseñanzas proferidas por destacados iuscomparatistas en torno a la Ciencia del Derecho Comparado.

a) Tullio Ascarelli, jurista y académico italiano en diversas universidades (italianas, inglesas, francesas y brasileñas), en su *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, nos propone salir del estado de confort nacional para adentrarnos a nuevas experiencias extranjeras, con el objetivo de tener una comprensión más amplia de los fenómenos jurídico-sociales, en el entendido que son diversos los casos, así como sus problemas y soluciones; por ello es necesario una actitud de tolerancia al momento de efectuar las confrontaciones entre las opciones.

[R]omper lo cerrado del sistema jurídico propio  
[...] significa alargar el horizonte propio y la propia

experiencia y, por tanto, enriquecerse espiritualmente dándose cuenta de los propios límites en un espíritu de modestia que, a su vez, comporta tolerancia y libertad<sup>49</sup>.

b) Nuria González Martín, profesora de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, en su libro *Sistemas jurídicos contemporáneos*, resalta la importancia del análisis crítico del derecho nacional a partir de los horizontes o cúmulos de conocimientos adquiridos por el comparatista gracias a sus experiencias externas, provenientes de otros derechos, como los nacionales, regionales o universales; todos los cuales son focos que iluminan su ardua tarea en la confrontación de instituciones jurídicas, entendida esta actividad como la búsqueda o creación de la mejor solución posible a los problemas análogos.

Cuando abrimos nuestros horizontes, jurídicamente hablando, y observamos diferentes realidades, diferentes ordenamientos jurídicos, nos hacemos eco, casi inmediatamente, de otras proyecciones que pueden contribuir a ver con más claridad, con más nitidez, la perspectiva, el contenido de nuestro ordenamiento interno; estas perspectivas nos permiten ver, de manera crítica, los posibles puntos oscuros y lagunas de nuestro sistema jurídico estatal, de nuestro ordenamiento jurídico mexicano<sup>50</sup>.

c) Pierre Legrand, ilustre comparativista francés, en su *Le droit comparé*, destaca con claridad el –verdadero– oficio del comparativista, juzgar. Este acto, en principio orientado a la función jurisdiccional, en su concepción, es también tarea del

---

49 Ascarelli, Tullio, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Guiffré, Milán, 1952, p. 43, citado por Pegoraro, Lucio y Angelo Rinella, *Introducción al derecho público comparado*, Op. cit., p. 38.

50 González Martín, Nuria, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, Op. cit., p. 17.

profesional dedicado a las cuestiones de análisis de semejanzas y diferencias de figuras jurídicas. Así pues, el acto de comparar es juzgar, como el juez que hace uso de su razonamiento judicial para solucionar un problema de la realidad social, el comparatista debe hacer lo propio, identificando los objetos a comparar, los problemas y sus posibles soluciones, evaluando estas últimas de manera crítico-racional, apreciando el contexto, el tiempo, los sujetos, así como las consecuencias que se pudieran ocasionar.

Aunque el oficio del comparatista no es juzgar, comparar es siempre juzgar. Esto hace el comparatista que elige las problemáticas y las cuestiones directrices de la investigación y que elabora una definición del campo de análisis, que decide, en fin, cuáles son los objetos que constituirán el material de la comparación [...]. Desde ese momento el comparatista construye, problematiza y proyecta su subjetividad sobre el objeto de sus estudios. Esto significa que el discurso comparativo no nace de la descripción, en el sentido de lo que es afirmativo [...]. Él nace de la interpretación, es decir, de un tipo de saber fundado sobre un conocimiento indirecto real que escapa de la razón, un saber conjetural fuertemente aferrado en lo concreto<sup>51</sup>.

d) Lucio Pegoraro y Angelo Rinella, catedráticos de Derecho Público Comparado en el Departamento de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Bolonia y en el Departamento de Derecho de la Universidad de Roma LUMSA, respectivamente, en su *Introducción al derecho público comparado*, advierten sobre la auténtica actividad del profesional de la comparación jurídica, la cual no debe ser un copia y pega de las respuestas

---

51 Legrand, Pierre, *Le droit comparé*, Puf, París, 1999, pp. 56-57, citado por Somma, Alessandro, *Introducción crítica al derecho comparado*, Op. cit., p. 6; *Introducción al derecho comparado*, Op. cit., p. 152.

ofrecidas por los ordenamientos jurídicos extranjeros, sino todo lo contrario, el operador debe tener conciencia de su elección, es decir, de lo que trasplantará al orden jurídico de su país, actividad que solo puede tener éxito si el objeto seleccionado ha sido sometido a un examen real de comparación. De igual forma, para lograr dicho cometido, se debe tener presente que el derecho no es una disciplina aislada, y que por el contrario es necesario y fructífero echar mano de los aportes de otras ciencias no jurídicas, pero afines al fenómeno normativo.

El estudio del Derecho comparado enseña a valorar las similitudes en el respeto de las particularidades y a evitar aproximaciones superficiales, imitaciones improvisadas, o sometimientos a veces humillantes sobre las elecciones hechas por los ordenamientos considerados más prestigiosos. Es sensible a la historia, a la antropología, a la sociología, a la ciencia política, porque el Derecho forjado en cada país debe tomar en cuenta a todas estas disciplinas, y el comparatista debe también asumirlos<sup>52</sup>.

e) Paolo Biscaretti Di Ruffia, maestro de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Milán, en su *Introducción al derecho constitucional comparado*, alienta a los estudiosos a llevar a cabo investigaciones de corte comparativo, resaltando que éstas deben ser inspiradas por un vivo anhelo de solidaridad humana, considerando al método comparado como un instrumento de diálogo con el otro, un intercambio de posiciones en el que se busca asegurar, en la medida de lo posible, una coexistencia pacífica entre los Estados y las personas que lo conforman, siendo esto posible gracias al conocimiento y comprensión cabal de los problemas que afectan al ámbito de lo jurídico.

---

52 Pegoraro, Lucio y Angelo Rinella, *Introducción al derecho público comparado*, Op. cit., pp. 10-11.

Los obstáculos [...] no deben disuadir a los estudiosos de realizar estas investigaciones, ya que precisamente por los resultados de sus esfuerzos para obtener un conocimiento más completo de carácter recíproco es posible llegar con frecuencia a una aproximación de posiciones, o al menos, a una mayor disposición al diálogo y a una comprensión mutua. Conocimiento y comprensión que, por otra parte, deben estimarse como los presupuestos necesarios que pueden determinar una coexistencia pacífica más fructífera entre los Estados del agitado mundo contemporáneo, lo que constituye ya una recompensa considerable para quien se dedique a estas investigaciones inspirado únicamente en un sincero espíritu de investigación científica, el que no debe considerarse ajeno a un vivo anhelo de solidaridad humana<sup>53</sup>.

Esbozado lo anterior, como corolario resaltamos la idea principal de estas notas introductorias sobre el Derecho Comparado a partir de algunas voces de ilustres iuscomparatistas: *proporcionar al estudioso del derecho mexicano un conocimiento más amplio del Derecho Comparado, para que, a su turno, construya reflexiva y críticamente su particular sistema de pensamiento jurídico-comparado.*

Lo anterior resulta relevante, al menos, por dos razones:

a) En el plano teórico: el Derecho Comparado es una disciplina jurídica que en nuestro país no es cultivada con un perfil científico por el profesional del derecho. Lo que se hace, por poner un par de ejemplos, es exponer en forma parcelada, paralela o aislada los diversos sistemas jurídicos (*Common law*, *Civil law*, etc.), por lo que no se abordan, desde un método comparado, las semejanzas y diferencias que presentan éstos; y, de igual forma, se confunde

---

53 Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Op. cit., p. 95.

el estudio de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos o el estudio de los derechos extranjeros con el estudio específico de la disciplina jurídica comparada, esto es, no se abordan los temas de la definición, la función, el objeto, el método y la finalidad de la misma.

b) En el plano práctico: el Derecho Comparado, por la razón anterior, es deficiente, o más bien nulo. Por ejemplo, en el ámbito legislativo, cuando se quiere incorporar al derecho nacional alguna categoría jurídica exitosa en el derecho extranjero, no se hace previamente un análisis iuscomparativo, se pasan por alto, generalmente, los contextos, tiempos, sujetos, derechos, experiencias, problemas, posibles soluciones y demás especificidades jurídico-culturales necesarios para un exitoso trasplante; y lo mismo ocurre en sede judicial, cuando se opera el mecanismo del diálogo judicial. Desafortunadamente lo que usualmente se hace por parte de los jueces es copiar y pegar los razonamientos de fondo que sustentan una sentencia o jurisprudencia dictada por otro tribunal –generalmente extranjero– en la propia decisión judicial, presentándolos como argumentos de autoridad o, en el peor de los casos, como propios, cuestión que puede perjudicar a las partes en conflicto, sobre todo si no se efectuó previamente un análisis crítico-comparativo de los contextos, tiempos, sujetos, derechos, experiencias, problemas, posibles soluciones y demás especificidades jurídico-culturales que soportan los motivos de las decisiones utilizadas, caso en el cual no se estaría ante un auténtico diálogo judicial que se pretendiera fértil, sino más bien ante una degradante simulación potencialmente infértil.

Por esas mínimas razones, pensando en el futuro del Derecho y su realización efectiva, creemos que sería deseable incorporar de manera obligatoria los estudios de Derecho Comparado en los planes de estudio de la licenciatura y posgrado de abogacía

de las diversas facultades de derecho, pero también, según el perfil que se merecen, en las escuelas judiciales de los poderes judiciales y demás dependencias –legislatura, administración pública, fiscalía, Ombudsman, etc.– del país.

Si esto se logra, es claro que se contaría con una herramienta invaluable para nuestros estudiantes y profesionales del derecho, quienes podrían aprender y practicar el Derecho tomando en cuenta las especificidades jurídico-culturales del otro, al mismo tiempo que del propio.

En definitiva, la idea de presentar estas enseñanzas iuscomparativistas es que sirvan como motivos de reflexión crítica interna y externa de nuestro derecho nacional. Orden doméstico que, como sabemos, coexiste con otros órdenes y ordenamientos jurídicos, no necesariamente idénticos, pero sí similares o distintos. Situación que resulta más relevante para el comparatista, en virtud de que podrá encontrar o idear soluciones más plausibles para un problema común. Por último, por el enfoque humanista del Derecho Comparado (nosotros y los otros), creemos que estas investigaciones, al final de cuentas, tienen como eje central el conocimiento y mejoramiento más profundo del Derecho en general, pero también de manera particular la protección más óptima de los derechos del ser humano, considerado en su individualidad y colectividad social.

# Los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) en la jurisprudencia de la Corte IDH y la reinterpretación del artículo 26 de la CADH\*

Juan Carlos Hitters\*\*

## I. La reinterpretación del artículo 26 de la CADH a través de la jurisprudencia de la Corte IDH

### 1.1 Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Antecedentes

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), como es por demás sabido, se ocupa de los Derechos Civiles y Políticos de manera preponderante dándole a los mismos *carácter operativo*. En su art. 26, aborda los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), pero imponiendo a los Estados la obligación de adoptar providencias tanto a nivel interno como mediante la cooperación

---

\* (Derechos a la salud, seguridad social, pensiones y jubilaciones, cuestiones laborales, medio ambiente e igualdad de género).

\*\* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional de La Plata. Profesor emérito de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Exministro de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (1994 a 2016). Expresidente de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (en tres oportunidades). Autor de varios libros sobre derecho y más de 120 artículos. Formó parte de la Convención Nacional Constituyente (Reforma de 1994). Ex experto (alterno) de las Naciones Unidas en la Sub-Comisión de Prevención de Discriminaciones (1989-1993).



internacional, especialmente económica y técnica, para lograr ‘progresivamente’ la plena efectividad de los que derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA<sup>1</sup>. Esta redacción implica que los DESCAs no eran totalmente operativos ya que tenían que ir afirmándose poco a poco con las tareas que se le imponían los propios países suscritos al modelo de San José de Costa Rica.

De ahí que hemos querido traer a colación los fallos de nuestro más alto tribunal regional donde se ‘*reperfilan*’ ciertos criterios antiguos para darle a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales una sustancia netamente operativa con inmediata vigencia.

En efecto la CADH se ocupa, de los DESCAs:

1. en su Preámbulo, donde señala que sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre si se permite a cada persona gozar de los derechos económicos, sociales, culturales tanto como los civiles y políticos;
2. en su artículo 26, que más adelante estudiaremos en profundidad;
3. tácitamente en el artículo 31, ya que dicha norma admite el reconocimiento de otros derechos y libertades no incluidos en el documento analizado<sup>2</sup>;
4. y también, implícitamente, en su artículo 42, que obliga a los Estados a remitir a la Comisión copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente

---

1 Firmada en la IX Conferencia Internacional Americana del 30 de abril de 1948, celebrada en Bogotá, vigencia el 13 de diciembre de 1951.

2 Ello sin perjuicio de considerar que éstos podrían tener vigencia sobre la base del artículo 29, inc. c, como ‘derechos tácitos’.

las Comisiones Ejecutivas del Consejo Americano Económico y Social, y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura<sup>3</sup>.

Por lo expresado, conviene reiterar que el Pacto de San José le ha dado en sus orígenes amplia preferencia a los derechos civiles y políticos, ya que los económicos, sociales y culturales, fueron abordados de manera incompleta y sin la intención de conferirle por aquel entonces plena operatividad. Ello así, pues el art. 26 –que le dedica a éstos el Capítulo III compuesto de una sola norma–, compromete a los signatarios, como vimos, al desarrollo ‘*progresivo*’ de tales prerrogativas.

Esta dicotomía se explica claramente porque los gestores entendieron que en el año 1969, cuando se perfeñó este documento internacional, no estaban dadas las condiciones en este sector continental para que tales derechos fueran *self executing*; y pensaron que podían incorporarse luego –como realmente fue– a través de un Protocolo Adicional y demás documentos y prácticas.

Esta ha sido la postura del Convenio Europeo de Derechos Humanos que no abordó de entrada los DESCAs, algunos de los cuales fueron incluidos luego en sus varios Protocolos Adicionales y por supuesto también en la Carta de Turín en vigor desde 1965<sup>4</sup>.

---

3 A su vez el artículo 64 del Primer Reglamento de la Comisión IDH les impuso a los gobiernos adheridos el deber de enviar a dicho organismo copia de los informes y estudios facultando a esa entidad a solicitar datos anuales a los países miembros, como asimismo, encomendar a expertos o a entidades estudios monográficos sobre la situación de uno o más de tales derechos en una nación determinada o en un grupo de ellas.

4 Hitters, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1991, Tomo I, págs. 345 y siguientes.

Vale la pena tener presente que el constitucionalismo social fue uno de los pistones que puso en marcha estas prerrogativas sobre la base del ‘Estado Benefactor’ (*welfare state*), otorgándole a los países injerencia en tales campos, para que los DESCA tengan una efectiva promoción y protección, a fin de “equilibrar las desigualdades naturales”.

Repárese, por ejemplo, que la Constitución de Weimar<sup>5</sup> puso énfasis en el fin social de la propiedad; o en la Revolución Francesa de 1793, que reconoció el Derecho al Trabajo; o en la antigua Constitución Mexicana de 1917<sup>6</sup>, que le dio algún recorrido a estas potestades.

En tal orden de ideas no debemos perder de vista el desarrollo histórico que se fue gestando en el sentido indicado. Por ejemplo, para la Revolución Norteamericana el Estado tenía que cumplir una obligación de “no hacer”, es decir abstenerse de violar los derechos económicos, civiles y políticos; mientras que a partir del constitucionalismo social tuvo el “*deber de hacer*”<sup>7</sup>.

## 1.2 Reinterpretación de la jurisprudencia de la Corte IDH. Justiciabilidad de los DESCA

La Corte IDH siguiendo algunas improntas de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en materia de derechos sociales dispuso recientemente, por ejemplo, en el caso *Poblete Vilches*, que el derecho a la salud impone al Estado

---

5 Alemania, 14 de agosto de 1919.

6 Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 1982, pág. 401.

7 Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ediar, Buenos Aires, Segunda Edición, 2007, Tomo I, Vol. 2, págs. 853-854.

una obligación positiva, sosteniendo que del art. 26 se pueden desprender dos tipos de obligaciones: las ‘progresivas’ y las de ‘carácter inmediato’ consistiendo estas últimas en adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso al derecho a la salud sin ningún tipo de discriminación<sup>8</sup>.

Como dice Ferrer Mac-Gregor en su prólogo, de este modo el Tribunal de San José continúa y profundiza la línea jurisprudencial que tuvo rápido desarrollo en el ámbito de la justiciabilidad de los DESCA tomando pautas de los Casos *García Lucero, Lagos del Campo vs. Perú, Trabajadores de Petroperú vs. Perú* y *San Miguel Sosa vs. Venezuela*<sup>9</sup>, así como en la *Opinión Consultiva 23/17*<sup>10</sup> (sobre Medio Ambiente), y de manera más actual en el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Nicaragua*, fallos que luego estudiaremos en particular<sup>11</sup>; y también lo atinente a la igualdad de género y al medio ambiente.

- 
- 8 Pérez Cepeda, María y Eguarte Mereles, Carlos Rubén, coordinadores, *Desafíos de la democracia incluyente, en el marco del 40 aniversario de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto Electoral del Estado de Querétaro, Tirant Lo Branch, México 2019, ISBN: 978-607-97434-5-1, “Prólogo” de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, pág. 16. Ídem Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura, coordinadoras, *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Pobleto de la Corte IDH*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2019, ISBN: 978-78422-48-6.
- 9 En la sentencia del 8 de febrero de 2018 la Corte declaró responsable internacionalmente al Estado de Venezuela por la terminación arbitraria de contratos laborales. Entendió allí el Tribunal que tenía posibilidad de analizar la situación en los términos del artículo 26 del Pacto de San José.
- 10 Opinión Consultiva 23/17 del 15 de noviembre de 2017. En este pronunciamiento por primera vez la Corte desarrolló el contenido de medioambiente sano, que en nuestro ámbito regional está regulado en el art. 11 del Protocolo de San Salvador como en el aludido art. 26 de la CADH conforme ya lo anticipamos.
- 11 Pérez Cepeda, y Eguarte Mereles, ob. cit., Prólogo por Ferrer Mac-Gregor, págs. 15-16.

Como antecedente no debemos olvidar el caso *García Lucero*<sup>12</sup> del 2013, donde la Corte IDH ya había expresado que las *personas mayores* constituyen un grupo en situación de vulnerabilidad; y por ende necesitan de mayor protección.

Quedó dicho en los referidos pronunciamientos –tema sobre el que luego volveremos– que los derechos, económicos, sociales y culturales son ahora *enteramente exigibles, que no hay ninguna jerarquía con respecto a los civiles y políticos y que existe una verdadera interdependencia entre todos*.

A la par, la Corte IDH en caso *Acevedo Buendía*<sup>13</sup>, siguiendo las aguas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Airey vs. Irlanda*<sup>14</sup>, ya aludido, dejó constancia que los juzgadores no debían ignorar la situación de cada Estado y sobre todo la condición económica de los mismos.

### **1.3 Documentos Internacionales sobre la materia. Antecedentes**

La *Declaración Americana* ya se ocupó de algunos DESCAs aunque dándole preferencia a los civiles y políticos. Recordemos que como enfatiza Gross Espiell este documento abordó estas potestades en los artículos: VI. Constitución y protección de la familia; VII. Protección de la maternidad y de la infancia; XI. Preservación de la salud y la libertad; XII. Derecho a la educación; XIII. Beneficios de la cultura; XIV. Derecho a trabajo

---

12 Corte IDH, caso *García Lucero y otras vs. Chile*, Sent. del 28 de agosto de 2013.

13 Corte IDH, Caso *Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) vs. Perú, Sent. de 1 de julio de 2009, Serie C No. 198.

14 ECHR, *Case of Airey vs. Ireland*, Judgment of 9 October 1979, Serie A, No. 32, párr. 26.

y justa retribución; y el XV. Derecho al descanso y a su justo aprovechamiento<sup>15</sup>.

La *Carta de la OEA*, suscrita en Bogotá en 1948, con varias modificaciones, y en su actual redacción contiene –como vimos– normas económicas, sociales y sobre educación ciencia y cultura; en su actual art. 54, inc. d, obliga a “Propiciar la colaboración, especialmente en los campos económico, social y cultural, con otras organizaciones internacionales que persigan propósitos análogos a los de la Organización de los Estados Americanos”.

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, del 10 de diciembre de 1948 le dedicó un espacio a este tipo de prerrogativas sin hacer una enumeración taxativa justamente para que con el correr de los tiempos pudieran incorporarse nuevas posibilidades. La misma abarca los *Derechos Económicos*: a la remuneración, al trabajo, al nivel de vida digno, etc.; los *Sociales*: a contraer matrimonio, a formar una familia, a la seguridad social, a la infancia, etc.; y los *Culturales*: a la educación, a la protección de los bienes materiales y morales del autor, a tomar parte de la vida cultural, etc.

En este orden de pensamiento téngase en cuenta el adelanto que significó el artículo 22, denominado por Rene Cassin “*el texto sombrilla*” a reconocer el derecho a la seguridad social “*apoyado en el esfuerzo nacional y la cooperación internacional*”<sup>16</sup>.

El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC)<sup>17</sup> de las Naciones Unidas ha contribuido

---

15 Gross Espiell, Héctor, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano*, ED Libro Libre, pág. 106.

16 Se incluyen en este instrumento, además, el derecho a trabajar, la protección contra el desempleo; y los postulados de igual remuneración por idéntica labor, a una paga remunerativa, a crear sindicatos, etc.

17 Ratificado por Argentina mediante Ley 23.313 sancionada el 17 de abril de 1986,

notablemente en el desarrollo de los derechos aquí analizados y se basa en la *obligación* que tienen los Estados de remitir Informes, lo que significa que tal ámbito no está dotado de un Tribunal Especializado –a diferencia de la CADH, o de su similar Europea–.

Este modelo, como luego veremos, resulta de menor protección respecto al de la OIT o al de la Carta Europea, aunque tal déficit fue solucionado en parte a través de la Resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) que creó un cuerpo de expertos que desde 1987 supervisa el PIDESC y que nació con el nombre de Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este organismo está financiado por el presupuesto de la ONU e Informa regularmente al ECOSOC.

El instrumento de referencia mantiene un cierto criterio individualista similar a la Declaración Universal pues son las personas particularmente concebidas las que poseen las potestades allí reconocidas, si bien hay excepciones, entre las que podemos citar la libre determinación de los pueblos y las potestades que se le fija a los sindicatos.

Este documento comienza con la afirmación categórica del derecho a la libre determinación de los pueblos. El Párrafo 1, art. 2, dispone en lo esencial las obligaciones de los Estados partes al disponer que cada uno de ellos se compromete a dictar medidas especialmente económicas y técnicas con el máximo de los recursos que disponga para lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos<sup>18</sup>.

---

promulgada 6 de mayo de 1986. Dicha norma aprueba los Pactos Internacionales de Derechos Económico, Sociales, Culturales y Civiles y su Protocolo Facultativo.

18 Gross Espiell, ob. cit., pág. 56; idem Hitters-Fapiano, ob. cit., Tomo I, Vol. 1, pág.

Entre los derechos enumerados por el PIDCP se encuentra, el trabajar, la libertad de sindicalización y afiliación; el derecho a la seguridad social, etc. *Todos ellos están enunciados en los artículos 6 a 15 y es posible agruparlos del siguiente modo: I) Derechos económicos al trabajo, a la huelga; II) Derechos sociales; III) Derechos culturales, a la educación a participar de la vida cultural, a la libertad científica, a la autoría literaria, artística y científica.*

Respecto de la *Carta Social Europea* conviene aclarar que no incluyó ningún derecho de los llamados económicos, sociales y políticos, por lo que posteriormente el Protocolo I se ocupó del derecho de propiedad –que para algunos autores puede considerarse de “*contenido económico*”– y del derecho a la instrucción “*de evidente tonalidad social y cultural*”<sup>19</sup>. Una de las particularidades es que no establece derechos subjetivos exigibles ante el Estado, sino más bien impone objetivos de políticas de carácter común para los signatarios. El procedimiento de supervisión y control, se maneja a través de Informes de los Estados los que son analizados por el Comité de Expertos y el Comité de Ministros de los respectivos países<sup>20</sup>.

La *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, fue adoptada por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización Africana en junio de 1981 y enuncia derechos civiles y políticos, pero también *económicos, sociales*

---

328.

19 Entre una centena de Tratados firmados en el sector del Consejo de Europa, los dos más importantes en el área de la protección de los derechos humanos fueron el Convenio de Roma de 1950 y la Carta Social Europea, esta última con relación al campo de los derechos económicos, sociales y culturales.

20 No será ocioso destacar que este documento resulta de fundamental importancia en el viejo continente no sólo por el control supranacional que realiza, sino porque la jurisprudencia de los organismos encargados de su aplicación tiene una importante influencia en el derecho interno europeo.



y *culturales*, poniendo especial énfasis en estos últimos. Los medios de protección que regula son: I) la Asamblea de Jefes de Estado y II) La Comisión de Derechos Humanos y de los Pueblos. Funciona por medio de Informes que deben remitir los gobiernos signatarios sobre las medidas legislativas y de otra naturaleza tomadas para hacer efectivos los derechos reconocidos por la Carta. Como se ve, carece de un cuerpo jurisdiccional que revise la aplicación de este instrumento y otro de sus defectos es que el individuo carece de legitimación activa, ya que sólo los Estados la poseen.

La *Organización Internacional del Trabajo*, establecida en 1919 por el Tratado de Versalles, está compuesta por Estados, Sindicatos y por las entidades empresariales más representativas de los Estados miembros. Fue incorporada en 1946 a la ONU en calidad de Agencia Especializada. Sus órganos de control permanente son el Comité de Expertos sobre la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, y el Comité de Libertad Sindical, constituidos ambos por expertos independientes<sup>21</sup>. Este último organismo ha reconocido siempre el derecho a la huelga como una potestad legítima a la que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones en defensa de los intereses *económicos y sociales*.

#### **1.4 Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)**

Para paliar las carencias que tenía el Sistema Interamericano en esta materia, a partir de 1982 se puso en marcha el proceso

---

21 Hitters-Fappiano, ob. cit., Tomo II, Vol 2, pág. 1276.

de elaboración de este documento que culminó –por ahora– el 17 de noviembre de 1988 con la suscripción del mismo en San Salvador, El Salvador, en el Decimoctavo Período Ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA<sup>22</sup>.

Se tuvo en cuenta que el art. 31 de la CADH permite la inclusión de ‘*nuevos derechos y libertades mediante los trámites*’ previstos en los arts. 76 y 77; para su redacción se tomó en cuenta el Proyecto de la Comisión IDH.

Consta de un Preámbulo y de 22 artículos y reconoce los siguientes derechos: al trabajo, sindicales, a la seguridad social, a la salud, a un medioambiente sano, a la alimentación, a la educación, a la cultura, a la protección a la familia, a la niñez, a la custodia de los ancianos y los minusválidos.

Con respecto a los órganos de protección el Protocolo utiliza un sistema que podríamos denominar *mixto*, ya que funciona mediante Informes, similares a los de la Carta Europea, sin perjuicio de que además le da competencia a la Comisión IDH y la Corte IDH para que actúen con respecto a ciertos derechos, con parecidas características al esquema del Pacto de San José para los civiles y políticos.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 19.1, los Estados partes tienen la obligación de presentar a la Secretaría General de la OEA Informes Periódicos que aludan a medias progresivas que adopten para asegurar el debido respeto a los derechos consagrados en el instituto *sub examine*.

---

22 Ratificado por la Argentina por Ley 24.658 sancionada el 19 de junio de 1996 y promulgada el 15 de julio de 1996.

## 1.5 'Principios' aplicables que ratifica la jurisprudencia de la Corte IDH

Conviene enumerar sintéticamente una serie de principios de derechos humanos que están directamente vinculados con los DESCAs y que se detallan en los fallos aquí estudiados; los mismos son: 1) *Interdependencia*; 2) *Indivisibilidad* y 3) *Progresividad*.

### 1. Interdependencia

En el año 2009 en el caso *Acevedo Buendía vs. Perú*<sup>23</sup> el Tribunal interamericano siguiendo otros precedentes, puso de resalto que convenía recordar la *interdependencia* existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, ya que todos ellos deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin ningún tipo de jerarquía entre sí; y *exigibles* en los asuntos ante aquellas autoridades que resulten competentes, tal cual lo había sostenido la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>24</sup>.

---

23 Caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, cit. párr 101.

24 Señalando 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" (*Case of Airey vs. Ireland*, párr. 26).

## 2. Indivisibilidad

La *indivisibilidad*<sup>25</sup> significa que no hay diferencia entre los derechos civiles y políticos y los aquí abordados, en este sentido resalta Nogueira Alcalá que: “La Asamblea General de Naciones Unidas, en la Resolución 32/130 de 16 de diciembre de 1977, según recuerda Casal, determinó que: (...) Todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, deberá prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales”<sup>26</sup>. La Corte Interamericana –como veremos– ratificó estos criterios.

## 3. Progresividad

En el Caso *Cuscul Piraval vs. Nicaragua*, –sobre el que luego volveremos– la Corte IDH ratificó *el principio de progresividad del art. 26 de la CADH*. Allí señaló que existen dos tipos de obligaciones que derivan de los DESCAs: aquellas de ‘*exigibilidad inmediata*’; y aquellas de ‘*realización progresiva*’, en lo atinente a estas últimos recordó –como ya lo adelantamos– que dicha progresividad no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo, pero que se requiere la realización de un conjunto de acciones para el cumplimiento pleno del goce de tales potestades.

En este sentido, surge del Voto Razonado del Juez Ferrer Mac-Greggor Poisot (párr. 5) que los alcances del *principio de progresividad*, que han servido como punto basal de

---

25 Corte IDH, Caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, Sent. de 23 de agosto de 2018, Serie C No. 359, párr. 86.

26 Nogueira Alcalá, Humberto, *Los derechos Económicos, Sociales y Culturales como Derechos Fundamentales Efectivos en el Constitucionalismo Democrático Latinoamericano*, Estudios Constitucionales, Año 7, No. 2, Chile, 2009, págs. 143-205, ISSN 0718-5200.

determinación de responsabilidades del Estado en este tema, están apontocados en la línea jurisprudencial que arrancó en el Caso *Acevedo Buendía* ya citado<sup>27</sup>. Agrega que la decisión de marras se refiere justamente al incumplimiento del Estado en su *deber de hacer* (en el sentido aludido en el Caso *Acevedo Buendía*):

...La tesis central que sostiene la mayoría en *Cuscul Pivaral* es que, si bien el Estado goza de un margen de actuación para el cumplimiento de sus obligaciones de progresividad en materia de DESCA, esto no puede ser interpretado como un cheque en blanco para no adoptar ninguna medida de protección, o de adoptar medidas que sean tan precarias en sus alcances que dejen en una situación de desprotección a personas en situación de vulnerabilidad, que además tienen un riesgo de sufrir graves afectaciones a su integridad o a su vida. Esta es la situación de las personas que viven con el VIH y sida, que estaban en un claro riesgo de adquirir enfermedades oportunistas y por lo tanto sufrir afectaciones a su integridad personal o su vida, y de ahí la condena al Estado de Guatemala en el presente caso por la *inacción* estatal en materia de protección efectiva con anterioridad al año 2004. En *Cuscul Pivaral* la Corte no identificó la existencia de medidas que hayan sido regresivas en la protección de personas que viven con VIH y sida en Guatemala. De hecho, reconoció la existencia de una serie de leyes, planes de gobierno y aumentos presupuestarios, sobre todo después del año 2004, dirigidos a garantizar una adecuada atención en

---

27 Caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, cit., párr. 102, allí la Corte IDH reconoció que la efectividad de los DESCA *no podrá lograrse en un breve período de tiempo*.

salud que, pese a su existencia con posterioridad al 2004 tampoco garantizaron de manera efectiva el derecho<sup>28</sup>.

Recordó el voto mayoritario del Tribunal cuando el Estado, a pesar de conocer la existencia de la epidemia de VIH y sida habida en el territorio guatemalteco, adoptó medidas regresivas y no dispuso del máximo de sus recursos disponibles para prevenir la propagación de la enfermedad (véase punto II, C, 3)<sup>29</sup>.

Vale la pena destacar que el fallo aquí aludido implicó un cambio fundamental de la jurisprudencia tradicional de la Corte IDH que hasta antes de 2017 *se negaba a conocer violaciones directas de los derechos sociales*, tal cual lo pone de relieve Juan Carlos Góngora<sup>30</sup>. El Tribunal declaró la Responsabilidad Estatal por falta de avance en la efectividad del derecho a la salud. Aunque ese organismo ya había definido lo que comprendía por *progresividad* en el referido asunto *Poblete Vilches*, aquí agregó tres elementos adicionales sosteniendo: 1) que la misma debe ser entendida como prohibición de inacción del país frente a la efectividad del derecho; 2) que se incumple el postulado de progresividad cuando pese a contar con programas o políticas públicas en disposiciones normativas, no se demuestra que se han hecho esfuerzos para llegar a la plena efectividad del derecho; y 3) para la evaluación del cumplimiento de la obligación de la progresividad se deberá considerar si el Estado puso en marcha el máximo de los recursos disponibles.

---

28 Caso Cuscul Pivaral, cit., Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 7.

29 Caso Cuscul Pivaral, cit., párr. 140.

30 Góngora, Juan Jesús, “La Corte Interamericana y los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales: las virtudes del caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, en *Justicia en las Américas*, octubre 31, 2018.

## 1.6 Justiciabilidad según la jurisprudencia de la Corte IDH. Operatividad

### 1.6.1 Antecedentes

Con respecto a la *justiciabilidad* de los derechos económicos, sociales y culturales del artículo 26 de la CADH, la Comisión IDH había puesto en marcha desde antiguo su tarea fundamental concentrada en la protección de los *derechos civiles y políticos*, aunque, en puridad de verdad, pese a ello los *económicos, sociales y culturales* no escaparon a su competencia, teniendo en consideración las reglas de la Carta reformada de la OEA. Habida cuenta que, según la doctrina de este organismo, los DESCAs constituyen la base de un desarrollo genuino y permanente, y forma parte del goce indivisible de los derechos humanos. Por ello dijo en varias oportunidades que la *vivienda digna*, el *derecho al trabajo*, la *educación* y la *salud* deben constituir el objetivo fundamental de las políticas de los Estados, y en este esfuerzo tienen que comprometerse sin excepción todos los sectores del país<sup>31</sup>.

En esta perspectiva la Comisión IDH ha recomendado adoptar todas las medidas al alcance del Estado en favor de los DESCAs, tanto en forma individual como colectiva, incluyendo a los derechos a la seguridad social<sup>32</sup>.

A su vez la Corte IDH ha abordado esta cuestión en el Caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*<sup>33</sup> que se erigió en el primer precedente en materia de jurisprudencia previsional en relación con la salvaguarda del derecho a la *seguridad social*, sin

---

31 Hitters-Fapiiano, ob. cit., Tomo II, Vol. 2, pág. 1295.

32 Comisión IDH, Informe sobre Colombia, año 1993, pág. 70.

33 Corte IDH, Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú, Sent. del 28 de febrero de 2003, Serie C No. 98, párrs. 116 y siguientes.

embargo desestimó el planteamiento principal con respecto a la justiciabilidad del derecho a la pensión indicando que los DESC tienen “una dimensión tanto individual como colectiva” y que su desarrollo progresivo se debe medir en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general sobre la base del conjunto de la población, y no en función de las circunstancias del muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente<sup>34</sup>.

Sin perjuicio de lo antedicho la Corte Interamericana había tenido oportunidad de referirse a estos derechos económicos sociales y culturales por ejemplo en el caso *Aloeboetoe vs Surinam* en el año 1993 en cuyo párrafo 116.5 le ordenó al Estado demandado reabrir una Escuela y dotarla de personal docente y administrativo para que opere correctamente el *derecho a la educación*. A su vez en el Caso *Villagrán Morales vs. Guatemala* del año 1999 y en especial el Voto Concurrente Conjunto de los Jueces Caçado Trindade y Abreu Burelli<sup>35</sup> se abordó la cuestión de los *derechos del niño* en situación de riesgo (art. 19 del Pacto de San José), señalando que en esta hipótesis se hace víctima a los menores de una doble agresión ya que corren el riesgo de *perder la vida y no vivir dignamente*<sup>36</sup>.

En 2015, la Corte Interamericana dictó una Sentencia<sup>37</sup> –que más adelante veremos– mediante la cual declaró responsable internacionalmente al Estado de Ecuador por ciertas violaciones de derechos humanos cometidas por el contagio con VIH a

---

34 Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú, cit., párrs. 147,148 y siguientes

35 Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú, cit., Voto Concurrente Conjunto de los Jueces Caçado Trindade y Abreu Burelli, párrs. 4 y 7

36 Hitters-Fapiano, ob. cit., Tomo II, Vol. 2, pág. 1296.

37 Corte IDH, Caso González Lluy y otros vs. Ecuador, Sent. de 1 de septiembre de 2015, Serie C No. 298.



Talía Gabriela Gonzales Lluy cuando tenía tres años de edad. Consideró que era responsable por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, a la educación, y a la garantía judicial del plazo en el proceso penal, ya que no tomó las medidas necesarias para garantizarle a la menor y su familia el acceso a sus derechos sin discriminación, se trata de derechos humanos –reiteró el Tribunal– sin jerarquía entre sí, y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes (véase punto II, C, 1)<sup>38</sup>.

### 1.6.2 Justiciabilidad directa. Derechos *self executing*

La Corte interamericana condenó por violación del art. 26 de la Convención Americana con motivo de la *vulneración directa del derecho al trabajo*, con referencia a la estabilidad laboral y a la libertad de asociación. Aquí encontró responsable internacionalmente al Estado de Perú<sup>39</sup>. En esta situación – como luego veremos –, dicha entidad supranacional afirmó su competencia, a la luz el Pacto de San José y en base al principio *iuria curia novit*, para juzgar la petición sobre afectaciones a los *derechos laborales*. Para llegar a estas conclusiones recurrió de manera interpretativa a la Carta de la OEA y a la Declaración Americana, así como a las reglas hermenéuticas del art. 29 de la Convención, en relación al *corpus iuris* nacional e internacional y a la legislación peruana sobre el particular.

---

38 Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 22: Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales*, pág. 7. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo22.pdf>.

39 Corte IDH, Caso Lagos del Campo vs. Perú, Sent. del 31 de agosto de 2017, Serie C No. 340, Voto Concurrente Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot.

En el mencionado Caso *Cuscul Pivaral* del año 2018 la Corte IDH se ocupa del *derecho a la salud* respecto de 49 personas que fueron infectadas por el VIH, responsabilizando al Estado. En particular encontró que distintas omisiones estatales en el tratamiento médico de las víctimas constituyeron un incumplimiento al deber de garantizar el derecho a la salud. Dijo allí el tribunal siguiendo el precedente *Poblete Vilches*<sup>40</sup> ya citado, que de las normas económicas, sociales y sobre todo educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA se deriva el derecho a la salud, que en algunas situaciones le otorgan al afectado una exigibilidad inmediata<sup>41</sup>. Por ello consideró que en virtud del art. 26 de la Convención ella es *plenamente competente para analizar violaciones que derivan de las normas económicas, sociales, y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA (véase punto II, C, 3)*.

Esta decisión constituye un gran aporte a la línea jurisprudencial en materia de DESCAs cuyas pautas se suman –tal cual lo adelantamos– a los Casos *Acevedo Buendía*<sup>42</sup>, *Lagos del Campo*<sup>43</sup>, *Trabajadores Cesados de Petroperú*<sup>44</sup>, *San Miguel Sosa*<sup>45</sup>, *Poblete Vilches*, así como las de la *Opinión Consultiva 23/2017*. Ello así en lo que respecta a la *justiciabilidad directa* de estos derechos y a los alcances interpretativos del art. 26 del Pacto de San José<sup>46</sup>.

---

40 Caso *Cuscul Pivaral* y otros vs. Guatemala, cit., párrs. 104 y 106.

41 Caso *Cuscul Pivaral* y otros vs. Guatemala, cit., párr. 98.

42 Caso *Acevedo Buendía* y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, cit.

43 Caso *Lagos del Campo* vs. Perú, cit.

44 Corte IDH, Caso *Trabajadores Cesados de Petroperú* y otros vs. Perú, Sent. del 23 de noviembre de 2017, Serie C No. 344.

45 Corte IDH, Caso *San Miguel Sosa* y otras vs. Venezuela, Sent. del 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348.

46 Caso *Lagos del Campo* vs. Perú, cit. Voto Concurrente cit., párrs. 1 y 2.

## 1.7 Discriminación por la posición económica (separación de un niño de su familia. Pobreza)

En el caso *Ramírez Escobar*<sup>47</sup> la Corte Interamericana declaró responsable internacionalmente al Estado de Guatemala por la separación arbitraria de una familia como consecuencias de adopciones irregulares que se llevaron a cabo en los años 2000 en dicho país, violando flagrantemente el derecho interno. Lo cierto es que, invocando *razones de pobreza* entre otras, la justicia doméstica había dispuesto que dos hermanos debían vivir en distintos grupos familiares ya que por ‘cuestiones económicas’ no podían convivir en el mismo hogar.

El tribunal regional puso de relieve que, a diferencia de otros Tratados de Derechos Humanos, la *posición económica* resulta justamente “una de las causales de discriminación prohibidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana”<sup>48</sup>. Determinó en ese orden de ideas, que el efecto jurídico directo de que cuando una condición o característica de una persona se enmarque dentro de las categorías de la norma citada, es que el escrutinio judicial debe ser más estricto debiendo valorar las diferencias de trato apuntocadas en tales categorías.

Por ello dejó bien aclarado que la carencia de recursos materiales, como sucedió en el caso, *no puede ser el único argumento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño respecto de su familia*<sup>49</sup>.

---

47 Corte IDH, Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, Sent. del 9 de marzo de 2018, Serie C No. 351.

48 Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, cit., párr. 278.

49 Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, cit., párr. 279. Como dice el fallo de marras en el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos puso de relieve que la pobreza no puede ser la única razón para separar a las niñas o niños de sus familiares. Resaltó la obligación positiva de los Estados de poner en marcha las condiciones que permitan el desarrollo del vínculo entre los padres

El Tribunal condenó al Estado de Guatemala por la separación arbitraria de la familia en violación de la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida familiar y por infracción a las garantías judiciales como asimismo por la prohibición de discriminación en perjuicio de dicho grupo familiar<sup>50</sup>.

Como vemos aquí se abordan los derechos económicos, sociales, culturales, ambientales y familiares partiendo de la base de que la ‘pobreza’ de por sí no puede implicar –salvo que haya otros motivos respetables– la separación de un grupo familiar, porque de esa forma se comete una discriminación sancionada por el art. 1.1 de la CADH, habida cuenta que la fragmentación se produjo sobre la base de la posición económica enmarcada en dicho artículo.

## **II. Breve referencia a los fallos más significativos de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales**

### **2.1 Cesantes jubilados**

La Corte se ocupó de esta temática en el ya aludido Caso *Acevedo Buendía*<sup>51</sup>, concerniente a responsabilidad del Estado por dos fallos que ordenaban nivelar las pensiones ya otorgadas de 273 miembros de la Controlaría General de la República y restituir los montos acordados por dicho concepto. Según ya lo dijimos cuando nos ocupamos de esta decisión, sostuvo allí la Corte que se había violado el art. 26 del Pacto de San José. Por

---

y sus hijos.

50 *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 22: Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales*, cit., pág. 10.

51 Caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, cit.

eso consideró pertinente recordar la *interdependencia* entre los derechos civiles y políticos y los sociales y culturales. Observó que el desarrollo progresivo de los DESCAs ha sido materia de pronunciamiento por el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en el sentido de la plena efectividad de aquellos<sup>52</sup>.

Reiteró que ese Tribunal es *plenamente competente* para analizar todos los derechos reconocidos en la Convención, entre ellos el aludido art. 26, en virtud de los principios de la progresividad a interdependencia antes aludidos. Sin embargo, dejó bien en claro que, en el caso en cuestión, lo que estuvo bajo análisis “no fue una providencia adoptada por el Estado que haya impedido el desarrollo progresivo del derecho a una pensión, sino el incumplimiento de un pago estatal ordenado por sus órganos judiciales. Por ello el tribunal consideró que los derechos afectados son aquellos protegidos por los arts. 25 y 21 de la CADH y no encontró motivo para declarar adicionalmente la infracción al art. 26 de dicho instrumento”<sup>53</sup>.

Vale la pena repetir que la importancia de este fallo radica que ya en el año 2009 el tribunal regional se había ocupado de los DESCAs, haciendo un desarrollo muy detallado sobre esta problemática con citas de un fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos, destacando que en esta materia el Estado tiene la obligación de “*hacer*” siempre sobre la base de los recursos económicos disponibles.

En este sentido, el Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez, con muy buen tino, explicaba en aquel entonces que el tribunal había avanzado hasta donde lo estimó practicable sobre la problemática de los DESC: “... desde luego, reafirmó

---

52 Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú, cit. párr. 102.

53 Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú, cit. párr. 102.

su competencia –que debe quedar bien establecida– para prohibiciones en torno a posibles incumplimientos del art. 26. Esta materia se halla en el ámbito de las cuestiones concernientes a la interpretación y aplicación de la Convención Americana cuyo conocimiento y resolución incumben a este tribunal”<sup>54</sup>, añadió que “... no se trata solamente pues, de presiones programáticas que induzcan a políticas públicas, sino de fórmulas normativas que determinan el sentido y contenido de esas políticas, de las disposiciones en las que éstas se expresan y de los actos en las que unas y otras se concretan”<sup>55</sup>.

## 2.2 Derechos del trabajo (La estabilidad laboral como derecho protegido por la CADH)

### 2.2.1 Caso *Lagos del Campo* y el derecho al trabajo (empleo privado)

En el Caso *Lagos del Campo* fallado el 31 de agosto del 2017 –que ya hemos abordado parcialmente–<sup>56</sup>, la Corte IDH –apartándose de su jurisprudencia tradicional–, emitió una

---

54 Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú, cit., Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párr. 28.

55 Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú, cit., Voto Concurrente cit., párr. 19. Agregó dicho juez que: “La Corte entiende que es reclamable o exigible la observancia del art. 26 –norma imperiosa, no solo sugerencia política– ante instancias llamadas a pronunciarse sobre ese extremo, en el marco del Derecho interno o en el ámbito externo, conforme a las decisiones constitucionales y a los compromisos internacionales adquiridos por el Estado. La valoración tiene dos dimensiones: la observancia de la progresividad, atenta al máximo esfuerzo para conseguirla, y la negación de la regresividad, que contraría los postulados y el espíritu del *corpus juris* de los derechos humanos y que también debe ser valorada por las jurisdicciones correspondientes”. Voto Concurrente cit., párr. 21.

56 Caso *Lagos del Campo* vs. Perú, cit.

condena específica por la infracción al art. 26 del Pacto de San José. Aquí, con relación a esta temática, encontró responsable internacionalmente al Estado de Perú, como consecuencia del despido irregular del señor Alfredo Lagos del Campo de una empresa privada, declarando además la violación a la *libertad de expresión*, a las *garantías judiciales* y al *acceso a la justicia*<sup>57</sup>.

Como dice el Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot (en su Voto Concurrente ya referido), esta histórica sentencia se ocupa de la *judiciabilidad* de la cuestión analizada a través de una interpretación evolutiva otorgándole un nuevo contenido normativo al aludido precepto, sobre la base del art. 29 del mismo instrumento, quedando en claro que el art. 26 no es una norma meramente programática, sino que constituye una regla que impone a la Corte la obligación de remitirse a la Carta de la OEA para lograr la plena efectividad de los DESCAs *considerándolos justiciables*<sup>58</sup>.

El fallo gira sobre cinco pilares, a saber: libertad de pensamiento y expresión (art. 3); estabilidad laboral; garantías judiciales (art. 25); libertad de asociación y acceso a la justicia (arts. 8 y 25).

Desde este punto de mira –y como en otros precedentes– los documentos que utiliza como base del pronunciamiento –ya lo dijimos– son, la Carta de la OEA<sup>59</sup>, la Declaración Americana,

---

57 Lagos del Campo era presidente electo del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de su empresa, Ceper-Pirelli; durante una entrevista periodística denunció supuestas irregularidades del directorio de la empresa en las elecciones, por ese motivo fue despedido, criterio que fue ratificado por la más alta autoridad judicial del país.

58 Caso Lagos del Campo vs. Perú, cit. Voto Concurrente cit., párr. 3.

59 Derecho y deber al trabajo; salario justo y condiciones de trabajo razonables (arts. 34 inc. g; 45 inc. b y c, y 46).

las Reglas de Interpretación del art. 29 del Pacto, el *corpus iuris* internacional y la propia legislación doméstica

Por todo ello la Corte determinó que el Estado debía pagar las indemnizaciones fijadas en los párrs. 215, 216 y 227 por compensación de daño material e inmaterial y reintegro de gastos y costas. Declaró que es responsable por violación del derecho de pensamiento y expresión, por cinco votos y dos en contra, por violación del derecho a la *estabilidad laboral* y a la *libertad de asociación* (disidencia de los Jueces Vio Grossi y Sierra Porto) y por unanimidad que es responsable por violación al derecho a la protección judicial arts. 8 y 25.

### 2.2.2 Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú (despidos colectivos en empresas públicas)

La Corte condenó al Estado de Perú<sup>60</sup> por violar los derechos al *acceso a la justicia* y al *trabajo* con respecto a 164 empleados del sector público, cesanteados durante los años 90<sup>61</sup>. Entendió –citando sus precedentes– que se violó de manera autónoma el derecho laboral de los trabajadores que fueron cesados, y *afirmó su competencia para conocer y resolver estas controversias sobre la base del art. 26 de la CADH*. Para proceder a la cesantía en el campo doméstico el gobierno dispuso una serie de procesos de “racionalización” de donde surgieron los despidos colectivos de estos empleados del sector público. Como excusa se había implementado una serie de exámenes que no fueron aprobados

---

60 Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú, Sent. del 23 de noviembre de 2017, Serie C No. 344.

61 Corresponde a 84 trabajadores de Petroperú, 35 de la Empresa Nacional de Puertos, 39 del Ministerio de Educación y 15 trabajadores del Ministerio de Economía y Finanzas.



por la mayoría. Por ello en el derecho interno los expulsados interpusieron una serie de amparos que fueron rechazados.

Concluyó el tribunal interamericano que, dado que los empleados no gozaban de un recurso judicial efectivo para discutir la irregularidad de sus cesantías, se configuró a la par una violación del artículo 26 del Pacto en relación al art. 1.1 del mismo instrumento. Por ello dispuso una indemnización para los afectados: 5.000 dólares a cada uno por aportes no recibidos (párr. 218), 43.792 dólares a cada uno como lucro cesante (párr. 222) y 5.000 dólares a cada uno por daño inmaterial (párr. 228).

Los jueces Vio Grossi y Sierra Porto presentaron su voto individual parcialmente disidente.

## 2.3 Derecho a la salud. Distintos casos resueltos

### 2.3.1 Caso González Lliuy vs. Ecuador<sup>62</sup>

Aquí la Corte se ocupó de la temática del ‘*derecho a la salud*’ teniendo en cuenta la problemática del VIH respecto de una menor (Talía), que cuando tenía 3 años fue contagiada en un Instituto Privado (Cruz Roja) a través de una transfusión de sangre, lo que originó una serie de problemas, inclusive la imposibilidad de asistir al colegio. Concluyó que Ecuador violó el derecho a la *educación*, a la *integridad personal* y a la *salud* de la menor. Puso de relieve con gran claridad que ya el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ya había señalado que todos los servicios artículos e instalaciones de salud deben cumplir con los requisitos pertinentes<sup>63</sup>. Cabe señalar que el caso

---

62 Corte IDH, Caso González Lliuy y otros vs. Ecuador, Sent. del 1 de septiembre de 2015, Serie C No. 298.

63 Caso González Lliuy y otros vs. Ecuador, cit., párr. 173. Ídem García Lucero, cit.

en cuestión está en Supervisión en la Corte IDH desde el 5 de febrero de 2018, trámite que hasta este momento no ha concluido.

### 2.3.1 Caso Poblete Vilches vs. Chile. Personas mayores<sup>64</sup>

Tal cual ya lo adelantamos el tribunal siguiendo la saga de los pronunciamientos que ya hemos citado se ocupó de los derechos económicos, sociales y culturales, en especial y de manera autónoma, del *derecho a la salud de las personas mayores*<sup>65</sup>. Abordó sobre todo la problemática de las enfermedades crónicas fijando una serie de *estándares* para los jueces interamericanos que ejercen el control de convencionalidad y que a la par los gobernantes deben cumplir. Condenó al Estado considerando que Poblete Vilches tenía 76 años de edad y murió luego de estar dos veces internado en un hospital público, remarcando que en esos casos las personas tienen que tener un mayor nivel de protección<sup>66</sup>.

El fallo trata muy especialmente de la problemática de las *personas mayores como sujetos de mejor protección* sobre todo en el caso de enfermedades crónicas y en su fase terminal. En definitiva, el Tribunal desarrolló cuatro puntos cardinales, a saber: 1. El derecho a la salud es autónomo y está protegido

---

64 Corte IDH, Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, Sent. del 8 de marzo de 2018, Serie C No. 349.

65 Criterio que –como vimos– ya había esbozado en el Caso García Lucero vs. Chile en el año 2013.

66 Consideró que el Estado violó los derechos a la vida y la integridad personal en su perjuicio, así como en no tener el acceso al derecho a la información pública en materia de salud, en perjuicio del Sr. Poblete; el derecho al acceso a la justicia e integridad personal en perjuicio de sus familiares. Reiteramos que el cuerpo de marras se pronunció por primera vez del derecho a la salud como parte integrante de los DESCA en interpretación del art. 26 de la CADH, así como del derecho de las personas mayores.

por el art. 26 de la Convención; 2. Este derecho, en situaciones de urgencia, exige a los Estados velar por una adecuada regulación de los servicios que sean necesarios de conformidad con los elementos de disponibilidad, accesibilidad y calidad sin discriminación; 3. Las personas mayores gozan de un nivel reforzado de protección en lo atinente a los servicios de salud, prevención y urgencia; y, 4. El consentimiento informado es una obligación a cargo de las instituciones de salud. Las personas mayores gozan de la titularidad de este derecho, empero, se puede transferir, bajo ciertas circunstancias a sus familiares.

Concluyó que el Estado era responsable internacionalmente por la falta de garantías de los derechos, de salud (art. 26), vida (art. 4), integridad personal (art 5), libertad (art. 7), dignidad (art. 11) y acceso a la información (art. 13) y fue declarado responsable por violación a los artículos 26, 13 y 11 del Pacto de San José en perjuicio de sus familiares<sup>67</sup>.

### 2.3.2 Caso *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*. Personas afectadas por VIH y sida

En el Caso *Cuscul Pivaral* –del que ya hablamos<sup>68</sup>– resuelto el 23 de agosto de 2018, se ocupó de la salud como derecho autónomo y justiciable siguiendo las aguas de los precedentes sobre el tema que hemos analizado; para ello utilizó distintos métodos de interpretación, a saber: literal, sistemático y teleológico.

---

67 En su Voto Concurrente, el Juez Humberto Antonio Sierra Porto fijó su posición (párr. 15) en el mismo sentido que los casos anteriores, discutiendo la justiciabilidad directa por medio de la interpretación amplia del art. 26 (conf. Caso González Lluys y otros vs. Ecuador, cit., Voto Concurrente del Juez Sierra Porto, párr. 4).

68 Véase subtítulo I, 1.5, 3.

El fallo declaró la responsabilidad internacional del Estado por violaciones cometidas en perjuicio de 49 personas que viven o vivieron con VIH y sida, así como de sus familiares. En particular encontró que distintas omisiones del Estado en el tratamiento médico de las víctimas constituyeron el incumplimiento de la obligación de garantizar el derecho a la salud violando en ciertas circunstancias el derecho a la vida y a la integridad personal<sup>69</sup>.

También abordó la discriminación interseccional en perjuicio de dos mujeres embarazadas que viven con VIH y sida, quienes no habrían recibido un tratamiento médico que tomara en consideración la forma interseccional de discriminación que sufrieron.

La Corte partió de la base de que el Estado no aportó tratamiento retroviral a las víctimas cuando estaban en situación de embarazo y tampoco practicó un parto por cesárea a la otra víctima cuando esto hubiera constituido una práctica preventiva para evitar la transmisión.

Conviene reiterar que como bien sostiene Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en su Voto Razonado (párrs. 44 a 47) el asunto implica un punto de maduración de una línea jurisprudencial en nuestra región, en el sentido de que los Estados cumplan sus obligaciones respecto de los DESCA. Alude el citado magistrado que el asunto *sub exámine* tiene importancia si se considera que luego de cuarenta años de entrada en vigencia del Pacto de San José, esta es la primera ocasión en que la Corte

---

<sup>69</sup> Los hechos juzgados aluden a 34 personas que viven con VIH y sida en Guatemala, 15 que vivieron con el virus pero que ya han fallecido. La Corte IDH constató que las víctimas fueron diagnosticadas con VIH y sida entre los años 1992 y 2004 y que la mayoría de ellas no había recibido ninguna atención médica estatal antes del 2004.

abarca ambas direcciones de los DESCAs: *exigibilidad inmediata y progresividad*<sup>70</sup>.

En la Argentina, se produjo un contagio de meningitis en la cárcel que afectó al interno, José Hernández<sup>71</sup>. Aquí la Comisión IDH consideró al Estado responsable. Su Informe del 5 de septiembre de 2017 ha sido sometido a la Corte IDH, la que todavía no se expidió.

## **2.4 Seguridad Social. Caso Muelle Flores vs. Perú<sup>72</sup>**

El asunto bajo análisis abordó un grave perjuicio a la calidad de vida originado a una persona mayor en condiciones de discapacidad que se jubiló en una empresa estatal de Perú en el año 1990 y por diversas razones el Estado incumplió en los últimos tres años los pagos pertinentes, siendo su reclamo luego demorado por las autoridades judiciales locales y no ameritando el deber de celeridad de una situación de tal vulnerabilidad.

El tribunal interamericano se pronunció por primera vez *respecto de la seguridad social en el caso particular de personas vulnerables con referencia al derecho a la pensión como derecho autónomo*. Condenando al Estado por violación al plazo razonable, el derecho a la seguridad social y a la propiedad privada.

---

70 El Juez Sierra Porto en su Voto Parcialmente Disidente expresa las consideraciones que ya hemos citado en el Caso Poblete Vilches.

71 Comisión IDH, Caso 12.818, José Luis Hernández respecto de la República de Argentina.

72 Corte IDH, Caso Muelle Flores vs. Perú, Sent. del 6 de marzo de 2019, Serie C No. 375.

### III. Conclusiones

Hemos querido mostrar el desarrollo progresivo y muy importante que ha tenido la jurisprudencia de la Corte IDH en estos últimos años sobre los DESCAs, que a nuestro modo de ver implica un cambio argumental y copernicano del tribunal al darle a estos derechos una acomodación a la realidad actual en el esquema regional que nos toca vivir, siguiendo para ello las improntas del modelo europeo.

Sabido es que el Pacto de San José se ocupa principalmente de los derechos civiles y políticos como *directamente operativos*, y que los aquí analizados los trata de una manera –podríamos decir– menos potente en el art. 26, y más *programática* sobre la base de documentos internacionales y de los recursos disponibles en la época de la sanción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esto se explica porque los gestores del Pacto de 1969 (Convención Americana sobre Derechos Humanos) entendieron que en ese momento no estaban dadas las condiciones en este sector continental para que tales prerrogativas sean *sef executing*; aunque imaginaron, que como sucedió en el Convenio Europeo, podría haber –como realmente los hubo– Protocolos Adicionales y otros Tratados que completaron la tutela.

Vemos que los derechos sociales interamericanos aparecen, según vimos, como *directamente operativos* y *justiciables*.

Hemos puesto de relieve en forma sintética las áreas temáticas que han sido resueltas por la Corte tales como la salud, la educación, la seguridad social, los derechos del trabajo, los medioambientales, los derechos a la alimentación, a la cultura y a la vivienda.

Analizamos, entre otros, los Casos *Gonzalez Lliuy*, *Cuscul Pivaral*, *Poblete Vilches*, *Lagos del Campo*, *Trabajadores*

*Cesados de Petroperú, San Miguel Sosa, Muelle y las Opiniones Consultivas*, OC-23/2017; OC-24/2017<sup>73</sup>. Esta última se ocupa del derecho a la protección de la vida privada y familiar, así como del derecho a la tutela que pueda derivar de la relación de una pareja del mismo sexo<sup>74</sup>.

Pretendimos recordar que el constitucionalismo social fue uno de los árboles de levas que puso en movimiento esos derechos sobre la base del “*Estado Benefactor*” (*welfare state*).

En esta región los DESCAs se apoyaron –aunque fragmentariamente y en forma difusa– en varios documentos, tales como la Declaración Americana, la Carta de la OEA, la Declaración Universal del 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de la ONU, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), entre otros.

Quedó expresado que la jurisprudencia de la Corte IDH dejó en claro que los DESCAs están directamente vinculados con los principios de *interdependencia*, *indivisibilidad* y *progresividad*.

Muy importante han sido sus reflexiones sobre la

---

73 Conf. Pittier, Lautaro y Rincón, Ricardo, “El reconocimiento de la identidad de género por parte del sistema de salud y el derecho internacional de los derechos humanos”, La Ley, Buenos Aires, 18 de septiembre de 2019.

74 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, Serie A No. 24. Allí se dijo que “... la discriminación de este grupo humano no solo lesiona el derecho a la salud individual (art. 5.1), sino también a la salud pública (art. 26 de la Convención y art. 10.1 del Protocolo de San Salvador), que es resultado de las condiciones de salud de los habitantes. El clásico concepto de salud de la Organización Mundial de la Salud, la define como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (párr. 49).

*justiciabilidad* y *operatividad* de los mismos, tema que fue marcado por la Comisión IDH cuando señaló desde antiguo que éstos no escapaban a su competencia, teniendo en cuenta la Carta de la OEA. Por ello había señalado que la vivienda digna, el derecho al trabajo, la educación y a la salud debían constituir un objetivo fundamental de las políticas de los Estados<sup>75</sup>.

La Corte IDH ya había abordado esta problemática en el Caso *Cinco Pensionistas* –antes aludido– que se erigió como el más antiguo precedente en relación con la *seguridad social*. Sin embargo, este cuerpo jurisdiccional dictó por primera vez una condena específica por violación del art. 26 de la CADH, con motivo de la vulneración directa del derecho a trabajo con referencia a la *estabilidad laboral* y la *libertad de asociación* en el Caso *Lagos del Campo* ya citado.

También pusimos énfasis en señalar que el tribunal interamericano con fecha 9 de marzo de 2018 en el Caso *Ramirez Escobar*, declaró la Responsabilidad Internacional de Guatemala por la separación de una familia por razones de pobreza.

A su vez el Caso *Poblete Vilches* ‘implicó un gran aporte’ de la jurisprudencia regional ya que constituyó la primera ocasión en que la Corte IDH declaró una violación directa y autónoma del derecho a la salud que, con anterioridad, había sido protegido por la vía de la conexidad.

Para finalizar, vale decir que también nos ocupamos del Caso *Cuscul Pivaral* (de marzo de 2018) donde se abordó el derecho a la salud con plena autonomía y totalmente judicialable. Se trató de una cuestión atinente a violación cometida por el Estado en perjuicio de 49 personas infectadas con el virus VIH. Como

---

75 Véase Fappiano Oscar y Loaiza Carolina, *Repertorio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Ábaco Buenos Aires, 1998.



bien sostiene el Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot<sup>76</sup> en su Voto Razonado, el fallo implicó un punto de maduración de la línea jurisprudencial en el ámbito interamericano, en el sentido de que los Estados deben cumplir con sus obligaciones atinentes a los DESCAs. Agrega el citado magistrado que el asunto tiene gran trascendencia si se colige que luego de 40 años de entrada en vigencia del Pacto de San José, ésa fue la primera ocasión en que el cuerpo abarca ambas direcciones de los DESCAs, es decir, *exigibilidad inmediata y progresividad*.

---

76 Caso *Cuscul Pivaral*, cit., *Voto Razonado* cit., párrs. 44 a 47.

## Health, gender and climate change: towards a sustainable development

*Camila Mies\**

The right to health, throughout history, has always been presented as a necessary right, a fundamental right, and a basic right for all human beings. The recognition of this right can be found transversally in various international instruments and declarations, from the Universal Declaration of Human Rights to the more recent international commitments, such as the 2030 Agenda for Sustainable Development. However, the levels of health between men and women present significant discrepancies in such terms that it is possible to affirm that although women live longer (they have greater longevity), they live worse (they suffer more significant morbidity). This reality is aggravated by the climate change crisis that threatens to undermine collective efforts towards a more balanced development. From there, it is valid to ask whether climate change affects the health of men and women in the same way or whether, instead, there is a

---

\* Abogada especializada en Derechos Humanos. Licenciada de abogada de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso de Chile, Máster en Estudios Avanzados de Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid y actual estudiante a tiempo completo del doctorado en derechos humanos del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid, España.

This paper is part of an ongoing investigation that is being carried out within the framework of the Human Rights doctoral program at the Gregorio Peces-Barba Human Rights Institute of the Carlos III University of Madrid, Spain.

different or disparate effect related to gender inequality and how this affects the path towards achieving sustainable development.

To answer these questions and understand how these categories or elements of health, gender, and climate change are intertwined, we will first analyze the concepts of the human right to health and gender. Secondly, the focus will shift to how climate change mainly affects women's health to analyze how these elements are cornerstones to construct a more just and equitable society.

## **I. Brief conceptual approach to the concept of the right to health and gender and how both elements interact with each other.**

Although there is no single definition of what should be understood by human rights, it is possible to argue that human rights are universal legal guarantees that protect individuals and groups against actions and omissions that interfere with fundamental freedoms and rights and human dignity. In this sense, human rights are inherent to the person and are based on respect for the dignity and worth of every human being. They emanate from human values appreciated and common to all cultures and civilizations.<sup>1</sup> However, human rights are a cultural product, subject to historical processes, configuration, and definition of what aspects of life are to be considered rights. They must necessarily remain open and constantly changing. This continuous evolution of human rights is why the right to health is regarded as a “second-generation human right.”<sup>2</sup> Second-

---

1 United Nations, Human Rights Indicators. Guide to Measurement and Application, New York and Geneva, 2012, p. 12.

2 This, to differentiate them from “first-generation” rights. In first-generation

generation human rights are precisely those that give rise to economic, social, and cultural rights (CESR), which reach their gradual legal and political consecration in the replacement of the Liberal State of Law by the Social State of Law. The rights of this second generation will not be merely defensive but participatory and will require an active policy from the public powers aimed at guaranteeing their actual exercise.<sup>3</sup> The foundation of CESR is that it is essential to provide human beings with adequate socio-economic and cultural conditions for their development and thus ensure their dignity, guaranteeing the full exercise of their first generation civil and political rights. In this sense, economic, social, and cultural rights are governed by principles of equity, justiciability, universality, and quality, which, when exercised, guarantee that there is no discrimination on any kind, in accordance with the provisions of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.<sup>4</sup>

---

rights, the realization of the State turns out to be negative. In other words, the State must simply refrain from any intervention against the freedoms granted, allowing human beings to make full use of them, thereby verifying compliance. (...) Second-generation rights contribute to the fulfillment of first-generation rights, since the State must find a way to guarantee the adoption of measures, not only at the country level but also in seeking international legal cooperation, in a timely manner, economic financing and the development of technical processes, which aim at the progressive achievement of the effectiveness of rights through social, economic and educational regulations that seek the development of science and culture. Cabrera Vélez Juan Pablo; Chacón Abarca María Concepción; Yáñez Olalla Telmo Elías, “Human rights of the first and second generation and their realization by the states” in *Magazine de las Ciencias: Revista de Investigación e Innovación* , Vol. 5, No. 7, 2020, pp.116-124, p. 120.

3 Pérez Luño Antonio, “The evolution of the social State and the transformations of fundamental rights” in Olivas Cabanillas Enrique (ed), *Problems of legitimation of the social State* , Madrid, Trotta, 1991, p.2

4 Idem.

Although the right to health is an integral part of CESR, there is an abundant doctrinal discussion about its concept and content.<sup>5</sup> Thus, it has been possible to speak at least of a “right to health,” a “right to health care,” a “right to health protection,” “the right to enjoy an adequate level of health,” “high level of protection of human health,” or even, paradoxically, expressions that appear as contradictory as the “right to the highest possible level of health” or the “right to a decent minimum of health care.”<sup>6</sup> For this paper, however, the term “right to health” and the concept of health provided by the World Health Organization will be used, as it is a widely recognized definition at the United Nations level and in international law.<sup>7</sup>

The definition provided by the World Health Organization (WHO) in its constitutional charter defines health as “a state of complete physical, mental and social well-being, and not only the absence of diseases or illnesses.”<sup>8</sup> It can be argued that the right to health includes the right to a system of health protection, including health care and health determinants, that facilitates equal opportunities so that individuals can enjoy the highest

---

5 See, Lema Añón Carlos, *Salud, Justicia, Derechos*, Dykinson, Madrid, 2009

6 Lema Añón Carlos, *Salud, Justicia, Derechos*, p. 37.

7 Despite all its drawbacks, the WHO health concept has advantages and emphasizes certain aspects that should not be forgotten. Faced with previous conceptions of health, it presents the novelty of abandoning the purely mediated vision: protecting and promoting health is not only a medical issue or limited to health care, but there are other efforts and public policies that can contribute greatly to this goal. Thus, this conception integrates health protection into a general framework, reflecting its individual and social double face (that is, although ultimately health refers to the health of individuals, there are factors that are social- and what which is perhaps more important, modifiable -that affect it). Lema Añón Carlos, *Salud, Justicia, Derechos*, p. 49.

8 World Health Organization, Preamble to the Constitution of the World Health Organization, New York, July 22, 1946.

affordable level of health.<sup>9</sup> In this sense, the right to health should be understood as a right to the enjoyment of a range of facilities, goods, services, and conditions necessary to achieve the highest possible level of health<sup>10</sup> and, likewise, as a right that is made up of social, economic, and cultural factors, all of which decisively affect the standards of living and well-being of both men and women. The definition given by the WHO has the virtue of rescuing the need to address health from a multidisciplinary point of view, leaving behind the old strictly scientific or medical approaches and incorporating the wide range of social elements that, as will be analyzed, are factors that play a fundamental role when defining health levels both globally and individually.

The relevance of the human right to health is predicated both on a global level, that is, as a condition or requirement to achieve sustainable development, and on an individual level, as an essential condition to enjoy a good standard of living. Health should not be reduced only to an instrumental category through which other ends can be achieved but must be recognized as an end in itself: the well-being of the person must be the aspiration for social justice and human rights. Said well-being, likewise, must be the same for women as for men and from that standard arises the importance and significance of health in the achievement of many other purposes, such as sustainable development.

---

9 United Nations Special Rapporteur for the Right to Health, E/CN.4/2003/58, para. 23.

10 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 14, The right to the enjoyment of the highest attainable standard of health (Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 22nd Session, UN Doc E / C.12 / 2000/4 (2000).

Despite the relevance of health, either as a good in and of itself or as an instrumental good to achieve other purposes, there is a substantial difference regarding the materialization and effective enjoyment and exercise of said right, depending on the gender of the individual. In other words, the scientific evidence presents gender as a structural determinant of the human right to health, where women worldwide find themselves in a disadvantaged and unequal situation when it comes to their health. Gender, for its part, can be defined as that social construction that alludes to the existence of certain categories or roles of an artificial nature that women and men must play, or as that set of social characteristics -cultural, economic, political, psychological- that have been assigned based on sex and that distinguish two categories: “feminine” and “masculine.” In this sense, gender refers to the roles and responsibilities of men and women created in our families, our societies, and our culture. Consequently, its content varies depending on a specific historical moment and a specific place or society. It is a constantly evolving concept whose content can be modified by systems of social differentiation, such as political status, class, ethnicity, physical and mental disability, and age, among others.

Consequently, the effective enforcement of the right to health does not materialize in an equitable or egalitarian way between both genders. On the contrary, it takes place in an unequal and discriminatory manner. The explanation of this situation is, however, complex: it attends to multiple factors, including social, political, economic, cultural, religious factors, among others, all of which are built from the unequal power relations that exist between men and women and which place women in a relationship of subordination and inferiority to men. The latter responds directly to how society has been built, constructing an androcentric and patriarchal character that places man at its center. That said, women’s health is deeply affected by the

way women are treated by society and the situation in which it places them. Hence, many of the leading causes of morbidity and mortality of women, both in rich and developing countries, have their origin in the attitudes of society towards them, which in turn is reflected in the structures and systems that establish policies, determine services and create opportunities.

Hence, the knowledge, analysis, and research on the right to health from both a human rights and gender perspective are imperative. A critical feminist position must be assumed that unravels and makes visible the relations of power and subordination resulting from the social constructions of gender, which place women in a position of inferiority and impairment compared to men, to reverse this situation and move towards equity in health. In this task, it will be possible to reveal how women's health is also disproportionately affected by natural disasters as a result of climate change due to the situation of vulnerability in which they find themselves as a result of gender inequalities and inequities. There is an imperative need to reverse this situation if progress is to be made towards sustainable development.

## **II. Climate change and its impact on women's health.**

First, although there are different definitions of climate change, the one used in the United Nations Framework Convention on Climate Change will be followed, which defines climate change in the following way: “*Climate Change*’ means a change of climate which is attributed directly or indirectly to human activity that alters the composition of the global atmosphere and which is in addition to natural climate variability observed over comparable time periods.” In this sense, one must take into consideration that climate change can affect human health



in various ways, either through climatic phenomena such as floods, heatwaves, storms, etc., or through the spread of infectious diseases, ecosystem alterations, and even population displacements as a result of the depletion of natural resources in a given geographic location.

As climate change intensifies, its destructive effects on the right to health, the environment, and human rights, in general, are being felt around the world,<sup>11</sup> increasing, in turn, the vulnerability of those groups that were already marginalized by society. The degree of vulnerability of households to natural disasters is influenced by factors such as the economic structure of the household, the stage of local development, social and economic conditions, the mechanisms to cope with difficult situations, the exposure to risks and the frequency and intensity of disasters. Hence, it is necessary to stress that climate change tends to affect the most vulnerable populations, among which are women. Although it responds to various causes, the leading cause is that women — as a whole — are at a disadvantage compared to men in terms of the opportunities and resources available to them and their social and legal situation.<sup>12</sup>

Indeed, there is no doubt that climate change has universal impacts. It affects the entire world population; however, as mentioned, these effects have more serious consequences for the most vulnerable people, including women. Meanwhile, in addition to being an environmental problem, climate change exacerbates poverty and inequality.<sup>13</sup> The poorest countries and populations

---

11 Human Rights Council, Right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, 44th session, UN Doc. A/HRC /44/48 (2020).

12 Skinner Emmeline, *Gender and Climate Change - Overview Report*, BRIDGE, 2011, p.14.

13 Economic Commission for Latin America and the Caribbean, *The economics of*

generally suffer the worst cultural, social, economic, and health effects as with other environmental phenomena. Furthermore, it can be argued that natural disasters tend to have different effects on men and women in terms of risks and associated vulnerability due to gender inequality. Gender stereotypes and discrimination against women, including lack of equal access to appropriate information and economic opportunities, poverty and social exclusion, security and different family responsibilities,<sup>14</sup> are all elements that contribute to the vulnerability of women and their overexposure to the risks and effects of disasters caused by climate change, in addition to aggravating existing gender inequalities and interrelated forms of discrimination.<sup>15</sup>

This can be attributed to gender inequalities as, by definition, they limit the decision-making capacity that women have concerning different aspects of their lives, as well as access to resources such as food, water, agricultural inputs, land, credit, energy, technologies, education, health services, adequate housing, social protection, and employment.<sup>16</sup> All of this exacerbates how women experience natural disasters, compromising their physical and mental health and increasing the levels of mortality and morbidity of women in this context. In this sense, the Beijing Platform for Action is important since it explicitly states that it is possible to see how environmental degradation affects both urban and rural areas and harms the health, well-being, and quality of life of the general population,

---

*climate change in Latin America and the Caribbean: paradoxes and challenges of sustainable development*, ECLAC, 2014.

14 Commission on the Juridical and Social Condition of Women, *Gender equality and empowerment of women in natural disasters*, Resolution 56/2.

15 Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), *General Recommendation No. 37 on the gender dimensions of disaster risk reduction in the context of climate change*, 2018, CEDAW/C/GC/37.

16 Idem.

especialmente mujeres y niñas de todas las edades. Similarmente, el Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres afirma que el cambio climático y los desastres, incluyendo pandemias, impactan desproporcionadamente a las mujeres como resultado de las desigualdades de género mencionadas, especialmente cuando, como resultado de las expectativas sociales, se espera que las mujeres actúen como la cuidadora principal de su familia y círculo más cercano, exponiéndolas a posibles brotes de enfermedades resultantes de desastres naturales.<sup>17</sup>

Como se mencionó anteriormente, es posible argumentar que las mujeres sufren los efectos adversos del cambio climático desproporcionadamente debido a la vulnerabilidad causada por las desigualdades de género. Estos efectos, a su vez, se extienden a la salud. De hecho, los cambios ambientales severos afectan profundamente los factores sociales y ambientales subyacentes del derecho a la salud, como el aire limpio, el agua segura, el alojamiento adecuado y la alimentación, la seguridad económica, las relaciones sociales y la vida comunitaria. Esto contribuye a aumentar las tasas de morbilidad y mortalidad de las mujeres expuestas a estos cambios ambientales, afectando su bienestar y calidad de vida. Debido a los desastres causados por el cambio climático, este impacto en la salud de las mujeres puede materializarse de diferentes maneras. Algunas de las formas en las que la salud de las mujeres es afectada desproporcionadamente por el cambio climático se listan a continuación.

Primero, entre las posibles consecuencias para la salud de las mujeres derivadas de los peligros relacionados con los desastres asociados con el cambio climático, es posible destacar los problemas de salud relacionados con la malnutrición o la pérdida de ingresos y medios de subsistencia en un evento de desastre natural.<sup>18</sup> El impacto de la malnutrición en la salud y su relación con el cambio climático puede verse desde al menos dos perspectivas. En la una

---

17 *Idem.*, para. 66.

18 World Health Organization, *Gender, Climate Change and Health*, 2016, p. 15.

hand, women stand as the primary caregivers, gatherers, and providers of food and fuel for their homes, which positions them in a situation of greater vulnerability to the occurrence of floods or droughts, in addition to being the ones who must cope with the increased workload in agriculture, when such climatic catastrophes take place. All this exaggerates their health situation, precisely because of the work overload involved in the need to collect food and fuel in more remote areas and/or areas that have become dangerous due to natural disasters. On the other hand, the relationship between malnutrition in women and climate change may imply that they are in a worse condition or level of health to face natural disasters.<sup>19</sup> This is interrelated with the fact that women and girls tend to have more nutritional deficiencies due to the incidence of gender roles from which there is a predilection for granting more food resources to men and boys over women and girls.<sup>20</sup>

Similarly, in the event of drought, women have no option other than to move across vast territories in search of a source of water, which may be necessary several times a day.<sup>21</sup> They

---

19 World Health Organization, *Gender, Climate Change and Health*, p. 19

20 See, Institute of Development Studies (IDS), *Gender and food security - Towards gender-just food and nutrition security*, General Report , Bridge, 2014.

21 In this regard, “Women and girls collect water in jars, buckets and in more modern containers with narrow necks, which they carry on the head or hip. A family of five needs about 100 liters of water a day. - weighing 100 kg - to meet your minimum needs.... It is necessary to carry out more studies to determine the harmful consequences for health, derived from carrying and transporting water on a daily basis, since this is not foreseen in the conventional categories that include diseases related to water, diseases transmitted by water and diseases caused by lack of hygiene. Droughts increase the physiological water needs of families and force them to have to make longer and longer trips to a water source Available data indicate that the amount of water collected per inhabitant is drastically reduced when you have to walk for 30 minutes or more to a source. As a result, the amount of water collected often does not even meet basic human physiological needs.” World Health Organization, *Gender, Climate Change and*

expose themselves to waterborne diseases and put their health, as well as that of their family, at risk when the scarcity of water forces them to bring home water from contaminated sources, such as streams or lagoons.<sup>22</sup> Similarly, studies have shown that waterlogging seriously harms women's health in affected communities. Women are forced to stay close to the community and drink unhealthy water, as tube wells are often polluted, while men spend more time in cities or urban areas for work reasons.<sup>23</sup> Likewise, the shortage of water (and of basic hygiene and sanitation services) can also have severe consequences for women, especially concerning menstrual hygiene. Good menstrual hygiene is essential for the physical and mental health, education, and dignity of school-aged women and adolescents. Poor menstrual hygiene has been associated with serious health problems, including reproductive tract and urinary tract infections. Hence, inadequate water and sanitation facilities, as well as the availability of sanitary napkins or other personal hygiene supplies, are an essential and crucial factor in allowing women and girls to carry out their activities while safeguarding their dignity, all of which is affected by climatic events or when natural disasters occur.

Another harmful consequence to good health due to climate change is a special kind of forced migration called "disaster displacement," which can be either internal or cross-border. The 2030 Agenda for Sustainable Development is the first international framework to acknowledge that internal displacement because of climate change is a development and a humanitarian concern. Most people are aware that migration

---

*Health*, p. 17.

22 World Health Organization, *Gender, Climate Change and Health*, p. 16

23 An example of this is what happened in the Bangladesh region, where waterlogging affects the health of women and men differently. See, World Health Organization, *Gender, Climate Change and Health*, p. 15.

comes with plenty of challenges for both men and women. Still, women may be at risk of suffering even more significant challenges and barriers with the displacement itself due to women's vulnerability. This vulnerability, as previously stated, is primarily due to social-cultural norms, restricted livelihood options, lack of access to safety nets, and fewer possibilities to access education and formal work, all of which decrease women's capacities to integrate themselves in new environments within a context of disaster displacement. In fact, "(e)very year, millions of people are displaced by disasters caused by natural hazards such as floods, tropical storms, earthquakes, landslides, droughts, saltwater intrusion, glacial melting, glacial lake outburst floods, and melting permafrost. Between 2008 and 2014, a total of 184.4 million people were displaced by sudden-onset disasters, an average of 26.4 million people newly displaced each year."<sup>24</sup> Despite internal displacement being the norm, it may be that a natural disaster forces those affected to seek refuge outside their countries. In said scenario, to protect people who are forced into this situation and address the challenges that come with disaster displacement, the international community follows a specific agenda: The Agenda for the Protection of Cross-Border Displaced Persons in the Context of Disaster and Climate Change (2015).<sup>25</sup> The purpose of this Protection Agenda is to enhance

---

24 The Nansen Initiative, *Agenda for the Protection of Cross-Border Displaced Persons in the Context of Disasters and Climate Change*, 2015, Vol. I, p.6.

25 "The Agenda for the Protection of Cross-Border Displaced Persons in the Context of Disasters and Climate Change (hereinafter Protection Agenda), endorsed by a global intergovernmental consultation on 12-13 October 2015 in Geneva, Switzerland, consolidates the outcomes of a series of regional intergovernmental consultations and civil society meetings convened by the Nansen Initiative. Rather than calling for a new binding international convention on cross-border disaster- displacement, the Protection Agenda supports an approach that focuses on the integration of effective practices by States and (sub-) regional organizations into their own normative frameworks in accordance with their specific situations and challenges." The Nansen Initiative, *Agenda for the protection of cross-border*

understanding on how cross-border disasters take place, provide a conceptual framework, and identify effective practices for strengthening the protection of cross-border disaster-displaced persons.

Disaster displacement, whether internal or cross-border, harms people's health. Women and girls have specific health needs which might be more difficult to meet during displacement, which "may be the result of several factors including the limited availability of services and facilities, stigma related to sexual and reproductive health, a lack of child-friendly and gender-sensitive information, and financial capacity."<sup>26</sup> Furthermore, it is essential to take into consideration the needs that women and young girls might have regarding their sexual and reproductive rights, whether that means effective contraception to avoid unintended pregnancies or providing pregnant women with the healthcare needed during pregnancy, especially since pregnant women in displacement contexts receive less prenatal care and are more likely to be exposed to poor conditions; for example, poor hygiene, violence, malnutrition and communicable diseases than non-displaced women and girls. Moreover, women and girls are more prone to develop post-traumatic stress disorder that comes with forced displacement. Therefore, it is imperative to give them the mental healthcare they need to avoid any long-term effects of emotional trauma caused by the displacement. For all the aforementioned, it is necessary to orchestrate a uniform international response to protect the rights of people displaced by climate change, either within territories (internal displacement) or between border states. This response must consider the barriers and obstacles that women face and,

---

*displaced persons in the context of disasters and climate change*, Vol. I, 2015, p. 7.

26 Cazabat Christelle, *Women and girls in internal displacement*, Lenard Jeremy (ed), 2020, p.15.

therefore, must be created with a gender perspective that protects their human rights, especially health.

On the other hand, it is essential to underline that women and girls also face a greater risk of gender-based violence during and after disasters, especially when they lead to the displacement of the population to camps or temporary settlements because of the lack of security and social protection measures, which overexposes them to risks of abuse and physical and sexual violence. Indeed, it is generally recognized that women and girls are at greater risk of being victims of sexual violence, sexual exploitation, abuse, trafficking, and domestic violence in disaster situations. This overexposure to acts of violence in a context of displacement or due to natural disasters is closely related to isolation and loss of contact with relatives and the broader social circle resulting from natural disasters, which increases the vulnerability of women and girls in the face of their aggressors. Similarly, isolation, either as a direct consequence of the natural disaster or because women and girls are living in rural or unpopulated areas, has a direct consequence on educational and work opportunities, especially when the women must dedicate their time to their family, the collection of drinking water and/or subsistence farming tasks. In such cases, isolation facilitates and is a risk factor for acts of gender-based violence. It limits opportunities to access information and support systems or networks for victims of gender-based violence. Likewise, when the natural disaster is followed by forced displacement, this can also mean an increased risk of women and girls being victims of gender-based violence. Furthermore, it should be noted that, within the group of women, women and girls with disabilities are even more overexposed to run a particular risk of suffering gender-based violence and sexual exploitation during and after disasters due to discrimination due to physical limitations and



barriers to communication, and due to a lack of access to basic services and facilities.<sup>27</sup>

Finally, it is essential to note that not all the effects of climate change are related to physical health, rather also the psychological or mental aspect. Indeed, the mental health of people, particularly women, affected by a natural disaster, forced displacement, food insecurity, lack of means of subsistence, and loss of housing, among others, is associated with increased stress. In traumatic situations caused by disaster, a psychological crisis may occur, called acute stress disorder, characterized by intense fear, helplessness, horror, a total absence of emotions, feelings of disconnection, a sense of unreality, and amnesia.<sup>28</sup> Furthermore, the stress levels of girls and women can also be overloaded due to stereotypes and gender roles that force them to take responsibility and take charge of the home and family, often even at the expense of their own physical and mental health.

### **III. About the relationship with sustainable development.**

Based on the above, it is evident that climate change disproportionately affects women's health. At the same time, it is possible to see how gender and power relations place women in a position of greater vulnerability than men in the face of natural disasters, which negatively affect different aspects of their health and well-being.

---

27 Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), *General Recommendation No. 37 on the gender dimensions of disaster risk reduction in the context of climate change*, para. 5.

28 Bambarén Alatrística Celso, "Mental health in natural disasters" in *Psicología Magazine. Hered*, Vol. 6, 2011, pp. 20-25, p. 23.

Taking this statement as a starting point, it is also possible to analyze how these elements (health, gender and climate change) interrelate with sustainable development, the latter understood as meeting the needs of the present generation without compromising the capacity of the future generations to meet their own needs. Indeed, although climate change is often viewed as a purely scientific and technical phenomenon, it is also a social, economic, and political issue with profound implications for social justice and gender equality.<sup>29</sup> In this sense, climate change has harmful consequences for society in different areas, putting people's right to health at risk, as has been previously argued. The health levels of the population also directly affect development, both socially and economically; politics; productivity rates; the quality of life index; the index of gender inequality, among many others. It is a widely recognized issue at the international level and is widely noted for the interdependence of the abovementioned elements since one affects the other and vice versa. This interdependence of elements is precisely what the 2030 Agenda intends to propose through the establishment of its 17 different objectives (which include health and well-being, gender equality, and climate change) and 169 goals oriented towards an objective of a sustainable nature, which implies finding a balance between social, environmental and economic sustainability.

The interdependence of these elements requires the international community to address the needs and obstacles that women face, especially regarding health. First, it is necessary to develop policies, plans, and programs to reduce climate change risk with a clear and defined gender perspective to face this situation. These instruments should acknowledge and challenge the existing social hierarchy that places men

---

29 Skinner Emmeline, *Gender and Climate Change - General Report*, p. 14.

above women, a long-lasting problem reflected in how women experience natural disasters and how they seriously affect their health. Said policies, plans and programs must be built from intersectionality, that is, taking into consideration the different sectors (e.g., housing, agriculture, health, planning and urban planning, energy, development, etc.) that are affected by climate change and natural disasters so that their strategies are coherent. Even when the difficulty of aligning the strategy of such broad and diverse sectors is recognized, coherence in public policies, drawn up from a gender and human rights perspective, seems to be the only way to guarantee the effective safeguarding of people's rights, particularly women and their health, given the ecological and social crisis that the world is facing as a result of climate change.<sup>30</sup>

The need to address the specific disadvantages and barriers that women face concerning disasters or natural catastrophes resulting from climate change is also reflected in the obligation on States to take concrete measures to deal with intersectional discrimination against women, as well as the obligation that falls on them to direct efforts and resources towards the empowerment of women and girls so that they have the opportunity to intervene at all stages of the formulation, application and supervision of policies at all levels of government, that is, local, national, regional and international.<sup>31</sup> The empowerment and political participation of women are essential for the elaboration of plans and policies that are aimed at satisfying the real and urgent needs of said group. For example, at the local level, the traditional knowledge that women possess in agricultural regions is particularly important in this regard, given that these women

---

30 Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), *General Recommendation No. 37 on the gender dimensions of disaster risk reduction in the context of climate change*, para. 42.

31 *Ibid.*, para. 26.

have a privileged position to observe changes in the environment and respond to them with different adaptive practices in crop selection, planting, harvesting, land conservation techniques, and careful management of water resources.<sup>32</sup> The need for women's participation in policy-making is indisputable, especially if it is taken into consideration that the institutions that produce the main responses to climate change and sustainable development are intrinsically patriarchal, not only because the positions of power are dominated by men but also due to the institutions themselves having been shaped by men.<sup>33</sup> This affects how decisions and strategies are developed that can contribute to the lifting of the barriers, obstacles, and challenges faced by women.

To change this reality, some of the proposals made by the Committee for the Elimination of Discrimination against Women to ensure the political participation of women in this area are, among others: the adoption of specific policies, including temporary ones such as quotas (here quotas would be presented as an element of strategy to achieve equal participation of women in all decision-making processes); the development of programs to ensure the involvement and leadership of women in political life; guarantee their representation in conditions of equality with men in the forums and mechanisms for reducing risk and disasters on climate change at all levels (community, local, national, regional and international); strengthening of national institutions dealing with gender issues and women's rights; the allocation of sufficient resources to foster women's leadership; among others.<sup>34</sup> In this sense, the Declaration and

---

32 Ibid., para. 32.

33 Skinner Emmeline, *Gender and Climate Change - General Report*, p. 26.

34 Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), *General Recommendation No. 37 on the gender dimensions of disaster risk reduction in the context of climate change*, para. 36.

Platform for Action of Beijing +5<sup>35</sup> refers to “women and the environment” and women’s vital role in advancing sustainable development. The Declaration recognizes, in turn, that natural events or disasters can bring disproportionate consequences for the health of women due to the situation of vulnerability in which they find themselves. The latter, insofar as there is evidence, as mentioned, that climate change can create a vicious cycle of poverty because the lack of adaptive capacity of poor people exposes them more to climate-related dangers, exacerbating their situation of vulnerability, for example, of women.<sup>36</sup>

From all the above, it is possible to conclude that health is a human right and necessary to carry out life. However, the human right to health does not materialize in the same way for women because power relations and hierarchy affect how the human right to health is realized. Moreover, this right is at a greater risk of being violated in the context of climatic disasters, which contributes to increasing the vulnerability of women and disproportionately affecting their living conditions. Therefore, it is possible to sustain that there is a close relationship between gender, health, and climate change, in the sense that climate change affects women’s health disproportionately due to power relations that accentuate gender inequalities and increase women’s vulnerability to face natural disasters. As explained throughout this paper, some of the reasons women’s health deteriorates in the context of natural disasters are malnutrition, lack or shortage of essential resources (such as water), physical problems due to overexertion, physical and sexual violence (especially in the context of displacement), mental illnesses and many others. To prevent these and other problems associated

---

35 See, United Nations, *The Beijing Declaration and Platform for Action. Political declaration and outcome documents of Beijing + 5*, 2014.

36 Skinner Emmeline, *Gender and Climate Change - General Report*, p. 19.

with women's health in the context of natural disasters, it is imperative to create solutions incorporating gender and human rights perspectives that make visible the barriers and obstacles that women face. The latter is especially true regarding the need to design plans, strategies, and programs from a human rights and gender perspective that has as its central point to address the inequalities and vulnerability women face due to prevailing gender roles in today's society exacerbated by climate change. As a society, we should not miss this political opportunity to transform and advocate for social justice by questioning the asymmetric power relations associated with gender inequality. On the contrary, it is possible to advance correctly in constructing a society based on equity and justice by recognizing human rights and the dignity of women as the cornerstone of sustainable development. And it is precisely towards this purpose where we must focus all our efforts. Finally, it is imperative to highlight that although the connection between women's health and sustainable development is accurate and indisputable, and hence the need to protect women's health in the context of natural disasters, such efforts must not instrumentalize women. With the latter, we want to make visible that the end in itself of investing and protecting women's health must be, first, the dignity of women framed in the fight for gender equality and, then, the repercussions and benefits that it brings with the investment in women's health and its impact on sustainable development.

# **Aproximación al derecho a la salud ambiental en Perú: ¿Es necesario su reconocimiento para proteger a los pueblos indígenas, en casos de contaminación por metales pesados?**

*Sofía Diana Isabel Rodríguez Yupanqui\**

## **Introducción**

La salud ambiental es un concepto amplio que ha obtenido mayor relevancia en los últimos años. Esta implica los factores externos (contaminación del aire, agua, alimentos, entre otros) que afectan a los seres humanos. En el presente artículo, se hará un análisis sobre la necesidad de un reconocimiento del derecho a la salud ambiental para los pueblos indígenas, desde el pluralismo jurídico. En el Perú existe una grave afectación a los pueblos indígenas, que ven vulnerados sus derechos al territorio y otros derechos fundamentales como la salud, medio ambiente sano, entre otros, por la contaminación de metales pesados de actividades extractivas inconsultas y llevadas a cabo sin su consentimiento. Ello ha ocurrido en el caso de la Comunidad de Cuninico y Comunidad de Espinar por contaminación de plomo, entre otros casos más. Muchas de estas Comunidades han tenido que recurrir hasta el Sistema Interamericano de Derechos

---

\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Con Segunda Especialidad en Derechos Fundamentales y Constitucionalismo en América Latina por la PUCP. Se desempeñó como adjunta de docencia del curso Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional en el Programa de Segunda Especialidad de Derechos Fundamentales y Constitucionalismo en América Latina de la misma casa de estudios, en el ciclo 2021 - I.

Humanos para que se tutelen adecuadamente sus derechos ante la falta de pronunciamiento de Tribunales nacionales.

Ante esta grave situación, se considera importante profundizar sobre el derecho a la salud ambiental desde el pluralismo jurídico y con un enfoque intercultural. Ello en la medida que, a pesar de que se ha tenido un desarrollo jurisprudencial del derecho a la salud y el derecho al medio ambiente, este no ha sido efectivo ni ha garantizado los derechos de los pueblos indígenas respecto de esta materia en el contexto peruano. Por ello, existe una evidente vulneración a estos derechos, tema que se desarrolla de forma detallada en el presente artículo.

A fin de abordar la importancia del derecho a la salud ambiental, se mencionan algunos casos (de forma general), donde el reconocimiento de este derecho podría implicar una mayor protección ante la contaminación de metales pesados en el contexto de pueblos indígenas. En esta línea, se explican el contenido y los alcances del derecho a la salud ambiental para efectivizar los derechos de pueblos indígenas y su hábitat.

Este artículo busca ser una aproximación general del desarrollo que ha tenido el derecho a la salud ambiental en el Perú, el mismo que está presente de forma específica en algunas leyes de las autoridades competentes que ven la materia, pero que no han implementado ninguna política efectiva a favor de los pueblos indígenas. Por ello, se propone un reconocimiento expreso de este derecho, desde un enfoque del pluralismo jurídico. Como limitación se tiene que, a nivel jurisprudencial, no existe un desarrollo; sin embargo, es necesario señalar por qué esto sería relevante en nuestro contexto. Para ello, considerando que este derecho ha sido abordado en Colombia, se le mantiene como referente para identificar cómo se debe abordar este derecho en nuestro contexto.



El presente artículo consta de dos partes. En primer lugar, se exponen los antecedentes sobre la protección del medio ambiente tanto a nivel internacional como nacional. Posteriormente, se aborda el derecho a la salud ambiental y su relación al derecho a la salud y derecho al medio ambiente, y se explica el contenido esencial de cada uno de estos derechos.

## **I. Antecedentes sobre la protección del derecho al medio ambiente en el caso de pueblos indígenas**

Existen a la fecha instrumentos internacionales que abordan la protección del medio ambiente. Este avance en los derechos al medio ambiente se debe comprender desde los derechos al territorio de los pueblos indígenas y su implicancia en sus derechos conexos, como pueden ser los derechos a la alimentación adecuada, al agua, derecho a la salud (en el que se enfoca este artículo), entre otros. Así, estos derechos han sido abordados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en su más reciente jurisprudencia.

En primer lugar, el derecho al medio ambiente ha sido un derecho relativamente nuevo, surgido “durante construcción del sistema de protección de los derechos humanos de la OEA, en los años 60 y 70, el tema ambiental se destacó como un problema mundial importante, sobre todo después del período de la descolonización de África”<sup>1</sup>. Con ello, se dio la Declaración de Estocolmo sobre el Entorno Humano en 1972, donde por primera vez el derecho internacional establece este derecho; posteriormente, también, la Declaración de Río sobre

---

1 De Oliveira, Valerio; y Gustavo, De Faria. “Protección jurídica del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Costa Rica: Revista Internacional de Derechos Humanos Año V – N 19 0 5*, 2015. Pp. 22.

el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992) y, la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible (2002), entre otros instrumentos internacionales.

A partir de este momento, se comienza a desarrollar lo que se denominaría el Derecho Internacional del Medio Ambiente. Se desarrollaron diversos tratados sobre la materia que, además fueron suscritos por el Perú. En este sentido, lo demuestra “un estudio del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), el cual señala que, hasta el mes de diciembre de 1988, los Estados habían celebrado aproximadamente 140 tratados de Derecho Ambiental, muchos de ellos aprobados y ratificados por el Perú. Esto demuestra la gran importancia de los estados como sujetos creadores del Derecho Internacional del Medio Ambiente”<sup>2</sup>.

En esta línea, es importante resaltar que entre los principios del Derecho Internacional Ambiental está presente la libre determinación de los Pueblos. Así, se debe considerar la jurisprudencia de la Corte IDH respecto al derecho al medio ambiente desde un enfoque intercultural con el desarrollo y respeto de los derechos de los pueblos indígenas, precisamente por lo siguiente:

De manera casi sistemática, son los casos relacionados con derechos de pueblos indígenas, los que más involucran violaciones ambientales. Ello no es casual. Factores propios atinentes al derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, así como su percepción del territorio como un concepto integral donde se incluyen factores culturales y religiosos para ubicar un sentido de pertenencia que trasciende lo meramente espacial, es lo que fundamenta una idea de

---

2 Vera Esquivel, Germán. “Algunas consideraciones sobre el medio ambiente y el derecho internacional”. *Lima: Derecho & Sociedad*, 1992. Pág. 9.

“propiedad” desde la cosmovisión indígena. Esta visión difiere en gran medida de la visión clásica occidental, más enfocada hacia su naturaleza de mero factor de producción<sup>3</sup>.

En nuestro contexto, también tenemos amplia normativa sobre la protección del medio ambiente, aunque, lamentablemente, no siempre está cohesionada ni ha sido coherente con el respeto de los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas. Esta es la razón para que se postula un necesario reconocimiento del derecho a la salud ambiental por la jurisprudencia desde un enfoque del pluralismo jurídico (sobre ello, se profundizará en los siguientes capítulos).

### 1.1. En el marco internacional

Como se ha adelantado, existe un amplio marco internacional respecto de los derechos del medio ambiente que se ha ido desarrollando en mayor medida, durante los últimos años. En este punto, es importante precisar los instrumentos internacionales que refieren el derecho al medio ambiente desde los derechos de los pueblos indígenas. De esta manera, se debe tener presente el Convenio 169 de la OIT, que precisa las obligaciones de los Estados a partir del contexto de Pueblos Indígenas, a pesar de que no desarrolla estrictamente un derecho al medio ambiente, según precisa la autora Gaona en lo siguiente:

Por su parte, el Convenio 169 no declara derechos ambientales de manera concreta pero sí relaciona los temas ambientales con dichos pueblos, como puede determinarse a partir de la redacción de su articulado, en el cual se establece la obligación de fijar medidas

---

3 Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente. “Guía de Defensa Ambiental: Construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *México: AIDA*, 2008. Pág. 61.

preventivas previas a la aplicación de un proyecto que pueda afectar a pueblos indígenas, tales como la realización de estudios de impacto ambiental de actividades de desarrollo que se hayan propuesto (art. 7); la protección a los recursos naturales (art. 15), así como otro tipo de medidas tendientes a la protección y preservación de los territorios indígenas (art. 4: adopción de medidas especiales; art. 6: derecho de consulta previa; art. 17: respeto a las modalidades de transmisión de sus tierras, entre otros); además establece la obligación de respetar la “importancia especial” que tienen las tierras para los pueblos indígenas, al aplicar lo dispuesto en la parte II del convenio, relativa a las tierras (art. 13)<sup>4</sup>.

Asimismo, por su parte, se tiene la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de Pueblos Indígenas, que hace mención a la protección del medio ambiente en relación con el territorio, el derecho a la consulta y el restablecimiento de salud, conforme su artículo 29<sup>5</sup>. Y, recientemente, la Declaración Americana de los Derechos de Pueblos Indígenas en sus artículos

---

4 Gaona, Georgina. “El derecho a la tierra y protección del ambiente por los pueblos indígenas”. *México: Nueva Antropología*, 2015. Pp. 156.

5 Artículo 29

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.

XIX<sup>6</sup> y XXVI<sup>7</sup> establece la protección al medio ambiente sano. Estos dos últimos instrumentos internacionales son más precisos al referirse a la protección del medio ambiente en el contexto de pueblos indígenas.

Uno de los casos más relevantes en la materia, es la sentencia de la Corte IDH en el caso de la Comunidad Lhaka Honhat vs. Argentina, por su desarrollo directo del derecho al medio ambiente con base en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La importancia de este reciente caso radica en:

La distinción que hace la Corte IDH en este caso es de fundamental importancia ya que, por un lado, analiza de manera detallada cómo los hechos del caso se relacionan con

---

6 *Artículo XIX. Derecho a la protección del medio ambiente sano*

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a vivir en armonía con la naturaleza y a un ambiente sano, seguro y sustentable, condiciones esenciales para el pleno goce del derecho a la vida, a su espiritualidad, cosmovisión y al bienestar colectivo.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar, restaurar y proteger el medio ambiente y al manejo sustentable de sus tierras, territorios y recursos.
3. Los pueblos indígenas tienen el derecho de ser protegidos contra la introducción, abandono, dispersión, tránsito, uso indiscriminado o depósito de cualquier material peligroso que pueda afectar negativamente a las comunidades, tierras, territorios y recursos indígenas.
4. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.

7 *Artículo XXVI. Pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial*

1. Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial, tienen derecho a permanecer en dicha condición y de vivir libremente y de acuerdo a sus culturas.
2. Los Estados adoptarán políticas y medidas adecuadas, con conocimiento y participación de los pueblos y las organizaciones indígenas, para reconocer, respetar y proteger las tierras, territorios, medio ambiente y culturas de estos pueblos, así como su vida e integridad individual y colectiva.

la violación de los derechos sociales, culturales y ambientales referidos, así como el impacto que se tiene desde una visión indígena, lo que abona al entendimiento de los derechos de manera integral, interdependiente y conglobada. Por otro, contribuyó a que las medidas de reparación ordenadas se enfocaran en tratar de restituir la afectación particular que dichos derechos habían sufrido<sup>8</sup>.

En efecto, esta sentencia de la Corte IDH no solo desarrolla por primera vez el derecho al medio ambiente, sino los derechos conexos al mismo como son el agua y la alimentación adecuada. Asimismo, la Corte IDH reafirma que “el derecho de estas comunidades y las normas internacionales de medio ambiente deben comprenderse como derechos complementarios y no excluyentes”<sup>9</sup>. Es importante tener presente esto último para interpretar los diversos instrumentos internacionales sobre la protección del medio ambiente como la Declaración de Río y otros.

También esta sentencia de la Corte IDH hace incidencia en la obligación de garantía del derecho al medio ambiente en su fundamento 207<sup>10</sup>. De igual manera, sigue la línea de la OC-23/17

---

8 Ferrer, Eduardo. “Lhaka Honhat y los derechos sociales de los pueblos indígenas”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2020. Pp. 5.

9 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 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. Fundamento 250, 2020. Pág. 88.

10 207. En lo que es relevante para el caso, debe hacerse notar que rige respecto al derecho al ambiente sano no solo la obligación de respeto, sino también la obligación de garantía prevista en el artículo 1.1 de la Convención, una de cuyas formas de observancia consiste en prevenir violaciones. Este deber se proyecta a la “esfera privada”, a fin de evitar que “terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos”, y “abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente

sobre el principio de prevención de daños ambientales y debida diligencia de parte de los Estados que establece que se debe “i) regular; ii) supervisar y fiscalizar; iii) requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; iv) establecer planes de contingencia, y v) mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental”<sup>11</sup>.

Entonces, se observa que a pesar que los instrumentos internacionales de protección del medio ambiente sean *soft law*, existe una obligación de parte de los Estados conforme la Convención Americana de Derechos Humanos. Asimismo, se viene desarrollando este derecho en la jurisprudencia de la Corte IDH en casos que involucran a pueblos indígenas. Y, se ha establecido que la vulneración al derecho al medio ambiente, a su vez implica la vulneración a derechos conexos antes mencionados.

## 1.2. En el contexto peruano

En primer lugar, se debe especificar que nuestra Constitución Política establece el derecho al medio ambiente sano y

---

consideradas y tratadas como un hecho ilícito”. En esta línea, la Corte ha señalado que en ciertas ocasiones los Estados tienen la obligación de establecer mecanismos adecuados para supervisar y fiscalizar ciertas actividades, a efecto de garantizar los derechos humanos, protegiéndolos de las acciones de entidades públicas, así como de personas privadas.

198. La obligación de prevenir “es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado”. Debido a que lo indicado es aplicable al conjunto de los derechos receptados en la Convención Americana, es útil dejar ya sentado que también refiere a los derechos a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural.

- 11 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 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. Fundamento 208. 2020.

equilibrado, en su artículo 2 inciso 22: “Toda persona tiene derecho: (...) A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”. Por tanto, este derecho es justiciable conforme también se establece en el artículo 37<sup>12</sup> del Nuevo Código Procesal Constitucional Peruano, Ley No. 31307.

Además, conforme se analiza en el siguiente capítulo, este derecho ha sido desarrollado mayormente por la jurisprudencia. Por ello, en las siguientes líneas, se realiza una breve referencia a las principales sentencias para comprender mejor la situación actual; así como los retos que tiene la jurisprudencia para avanzar en un reconocimiento del derecho a la salud ambiental, desde el enfoque del pluralismo jurídico.

De esta manera, se hace énfasis en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), respecto del derecho al medio ambiente, sobre todo en lo que involucra a pueblos indígenas a fin de tener un panorama general. Así, una de las primeras sentencias a considerar es la recaída en el Expediente No. 0964-2002-AA/TC que establece principalmente que el contenido protegido de derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida “... es esencial para el pleno disfrute de otros derechos reconocidos constitucionalmente y por tratados internacionales de Derechos Humanos. Así delimita que el medio ambiente equilibrado comprende componentes bióticos, como la flora y la fauna, y los abióticos, como el agua (...). Esta

---

## 12 *Capítulo II*

### *Derechos Protegidos*

#### *Artículo 44. Derechos protegidos*

El amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

25) De gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.



protección no es individual, si no que comprende el sistema complejo y dinámico, donde se desarrolla la vida”<sup>13</sup>.

De igual manera, en esta misma sentencia, se refiere al derecho al medio ambiente citando la Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas como vemos a continuación:

Sin embargo, la Constitución no sólo garantiza que el hombre se desarrolle en un medio ambiente equilibrado, sino también alude a que ese ambiente debe ser “adecuado para el desarrollo de la vida humana”, lo que se traduce en la obligación del Estado, pero también de los propios particulares, de mantener las condiciones naturales del ambiente a fin de que el ser humano viva en condiciones ambientalmente dignas. En efecto, en el Estado democrático de derecho de nuestro tiempo ya no sólo se trata de garantizar la existencia de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición de ser humano le son reconocidos, sino también de protegerla de los ataques al medio ambiente en el que esa existencia se desenvuelve, a fin de permitir que su vida se desarrolle en condiciones ambientales aceptables, pues, como se afirma en el artículo 13 de la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, el “derecho a un medio ambiente seguro, sano [es] condición necesaria para el goce del derecho a la vida y el bienestar colectivo”<sup>14</sup>.

Otra sentencia relevante sobre el medio ambiente y pueblos indígenas, es el caso conocido como “Cordillera Escalera” que es la sentencia recaída en el Expediente No. 03343-2007-PA/TC. Esta además desarrolla otras aristas sobre el medio ambiente

---

13 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 0964-2002-AA/TC, fundamento 8. 2003.

14 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 0964-2002-AA/TC, fundamento 9. 2003.

como el desarrollo sostenible, constitución ecológica, entre otras. Así esta sentencia inicia resaltando lo siguiente:

4. Este Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado con anterioridad sobre el contenido del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida (STC No. 00018-2001-AIITC, STC No. 00964-2002-AAITC, STC No. 0048-2004-PIITC, STC No. OI206-2005-AA). En ese sentido, se ha establecido que dicho derecho fundamental está configurado por: 1) el derecho a gozar de un ambiente equilibrado adecuado, y 2) el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado<sup>15</sup>.

Esta sentencia, además, en su fundamento 5, aborda las obligaciones del Estado en sus diversas dimensiones como la prestacional. Asimismo, resalta el deber de prevención y conservación para tener un medio ambiente sano y equilibrado. En caso ocurra algún daño ambiental expone que, evidentemente, existe un deber de reparación o compensación. El Tribunal enfatiza que, de todas maneras, se prefiere el deber de prevención, ya que de lo contrario se podría abusar y patrimonializar este derecho.

En esta línea, existen múltiples sentencias que abordan el derecho al medio ambiente y se han resaltado las que se consideran pertinentes. Asimismo, es relevante señalar las recientes sentencias que ha emitido el Tribunal Constitucional sobre la materia. Una de ellas es la sentencia recaída en el Expediente 011-2015-PI/TC, donde el Tribunal Constitucional se reafirma respecto al derecho al medio ambiente y derechos conexos en lo siguiente:

---

15 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 03343-2007-PA/TC, fundamento 15. 2009.

152. Por otro lado, con relación al segundo derecho invocado, la Constitución reconoce, en su artículo 7, que toda persona tiene derecho a la protección de su salud, así como el deber estatal de contribuir a la promoción y defensa de esta. En este sentido, el derecho a la salud se orienta a la conservación y al restablecimiento del funcionamiento armónico del ser humano en su aspecto físico y psicológico; y, por consiguiente, guarda una especial conexión con los derechos a la vida, dignidad de la persona humana, a la integridad (Sentencia 0091-2015-HC/TC, fundamento 2), y con el derecho a la alimentación, entre otros<sup>16</sup>.

En esta misma sentencia, en el fundamento 153, el Tribunal Constitucional agrega que el Estado tiene un deber de no exposición a situaciones que comprometan, afecten o agraven la salud de las personas. Por ello, en esta sentencia, ante la evidente vulneración de los derechos al medio ambiente y la salud, declara inconstitucionales los extremos de la Ley No. 30190 en este caso.

No obstante, contraria la protección a la salud y medio ambiente de la anterior sentencia, el Tribunal Constitucional emitió la sentencia recaída en los Expedientes 0003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC (acumulados) que representa una regresión en la protección del derecho al medio ambiente y derechos de pueblos indígenas, puesto que flexibiliza plazos para los Estudios de Impacto Ambiental (fundamento 29), pues considera que ello no sería una afectación al medio ambiente, entre otros aspectos<sup>17</sup>.

---

16 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 011-2015-PI/TC, fundamento 152. 2020.

17 Esta sentencia, a pesar de que establece que una serie de artículos de la Ley No. 30230 no pueden ser aplicados a los pueblos indígenas, puesto que serían inconsultos, termina declarando infundada la demanda siempre que se interprete de excluir de aplicación a los territorios de los pueblos indígenas. Y exhorta al Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Gobiernos Regionales a que debatan una mejora para los procedimientos de titulación y demarcación de sus territorios.

Se han presentado, brevemente, algunas de las sentencias que se consideran importantes de resaltar para exponer cual ha sido el desarrollo del Tribunal Constitucional, respecto del derecho al medio ambiente en el contexto de pueblos indígenas. Posteriormente, se volverá a señalar alguna de estas sentencias, con el fin de especificar los retos pendientes de la jurisprudencia en la progresividad de derechos desde el pluralismo jurídico.

## **II. El derecho a la salud ambiental y su relación con los derechos a la salud y el derecho al medio ambiente en el contexto de pueblos indígenas en el Perú**

La salud ambiental ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) de la siguiente forma: “La salud ambiental está relacionada con todos los factores físicos, químicos y biológicos externos de una persona. Es decir, que engloba factores ambientales que podrían incidir en la salud y se basa en la prevención de las enfermedades y en la creación de ambientes propicios para la salud”<sup>18</sup>. En esta línea, “la salud ambiental se define como el segmento de la salud pública que se encarga de evaluar, comprender y controlar los impactos de las personas sobre el medio ambiente y los impactos del ambiente sobre las personas”<sup>19</sup>. Y es a partir de esta última definición que se desarrolla este artículo para ser una aproximación al derecho a la salud ambiental, a la luz de un enfoque de pluralismo jurídico, con el fin de que se efectivicen los derechos de los pueblos indígenas y de la naturaleza.

---

18 Véase: <https://www.paho.org/es/temas/determinantes-ambientales-salud>

19 En: Ralf, Ronald. “Perspectivas Jurídicas de la salud ambiental en Colombia: ¿Hacia el pluralismo jurídico”. *Colombia: Revista Republicana*, 2019. Pp. 67-92, citando a Moeller, D.W. *Environmental Health*. Cambridge, Estados Unidos. Harvard University Press, 2011. Pp. 9.

En el contexto peruano, no se ha abordado mucho el tema de la salud ambiental, aunque sí existe un desarrollo jurisprudencial de los derechos al medio ambiente y salud reconocidos constitucionalmente. De igual manera, es importante señalar que específicamente tanto la Ley General del Ambiente, Ley No. 28611, en su artículo 66<sup>20</sup>, inciso 1, indica que es prioritaria y que el Estado es responsable para la efectiva gestión del ambiente; y La Ley General de Salud, Ley No. 26842, en su artículo 105, señala que: “corresponde a la Autoridad de Salud competente, dictar las medidas necesarias para minimizar y controlar los riesgos para la salud de las personas derivados de elementos, factores y agentes ambientales, de conformidad con lo que establece, en cada caso, la ley de la materia”.

Así se han dictado diversas medidas para garantizar la salud ambiental, que se detallarán más adelante. No obstante, no existe una estrategia coordinada ni una adecuada implementación de las políticas establecidas por el Estado para garantizar la salud ambiental en el caso de la contaminación por metales pesados en comunidades y/o pueblos indígenas. Esto ha significado que continúe la vulneración a sus derechos en una situación de alto riesgo como en los casos de la comunidad de Cuninico y San Pedro, Pueblo Kukama, Comunidad Nativa Tres Islas, entre otras.

En las siguientes líneas, se aborda el contenido esencial del derecho a la salud, el derecho al medio ambiente y por qué se

---

20 Artículo 66.- De la salud ambiental

66.1 La prevención de riesgos y daños a la salud de las personas es prioritaria en la gestión ambiental. Es responsabilidad del Estado, a través de la Autoridad de Salud y de las personas naturales y jurídicas dentro del territorio nacional, contribuir a una efectiva gestión del ambiente y de los factores que generan riesgos a la salud de las personas.

66.2 La Política Nacional de Salud incorpora la política de salud ambiental como área prioritaria, a fin de velar por la minimización de riesgos ambientales derivados de las actividades y materias comprendidas bajo el ámbito de este sector.

considera que debe haber un avance a nivel jurisprudencial respecto de la salud ambiental. Esto último con el fin de que se efectivicen estos derechos en el contexto de pueblos indígenas con enfoque intercultural, y, respetando sus derechos al territorio; pero además podría conllevar, si se concibe desde el pluralismo jurídico, a un reconocimiento de los derechos de la naturaleza.

## **2.1. El desarrollo del derecho a la salud en el contexto de pueblos indígenas**

El derecho a la salud es un derecho humano reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el Protocolo de San Salvador. Por su parte, la Organización Mundial de la Salud, ha indicado, en el preámbulo de su Constitución, que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”<sup>21</sup>.

Sobre los estándares del derecho a la salud, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC), en su Observación General No. 14 del año 2000, estableció los elementos esenciales de este derecho. Estos son la disponibilidad de suficientes establecimientos de salud para la atención de las personas; accesibilidad, sin discriminación; alcance de forma geográfica, sin barreras de carácter económico; aceptabilidad, que se respete la ética médica, confidencialidad, la cultura, entre otras; y calidad, que se brinde el servicio médico con personal capacitado y equipos en buen estado.

---

21 Véase: <https://www.who.int/es/about/governance/constitution#:~:text=La%20salud%20es%20un%20estado,o%20condici%C3%B3n%20econ%C3%B3mica%20o%20social>.

Asimismo, este derecho ha sido recogido por la Constitución Política del Perú que en su artículo 7 establece que: “todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa”; y, en su artículo 9 señala que “el Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud”. Si bien este derecho no se desarrolla en la Constitución, la jurisprudencia del TC ha cumplido con esta importante labor.

Entonces, de los varios pronunciamientos del TC sobre el derecho a la salud, se recogen las más importantes para abordar esta interrelación entre el derecho a la salud y el derecho al medio ambiente para luego exponer si es necesaria o no un reconocimiento expreso al derecho de salud ambiental. Así tenemos la sentencia recaída en el Expediente No. 2064-2004-AA/TC que, en su fundamento 2, ha precisado el contenido del derecho a la salud en lo siguiente:

2. (...) comprende no solo el derecho al cuidado de la salud personal, sino también el acceso a condiciones mínimas de salubridad a fin de vivir una vida digna. Así, se afirma que el derecho a la salud abarca, por un lado, la atención de salud oportuna y apropiada, y, por otro, los factores que determinan la buena salud, tales como el agua potable, la nutrición, la vivienda y las condiciones ambientales y ocupacionales saludables, entre otros<sup>22</sup>.

En este caso, existe una mención breve a las condiciones ambientales y ocupacionales que abarcaría también el derecho

---

22 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 2064-2004-AA/TC, fundamento 2. 2005.

a la salud. Sin embargo, no existe un análisis mayor sobre la complejidad que estos factores externos ocasionan a la salud y lo que implican a la salud ambiental, menos en el contexto de pueblos indígenas, pues este caso no era respecto de estos últimos. Esta sentencia se centra más en el derecho al agua y en el estudio del impacto ambiental, mas no termina de desarrollar adecuadamente esta relación entre el derecho a la salud y medio ambiente, por lo que termina declarando infundada la demanda, de acuerdo a lo siguiente: “33. No obstante, la demandante se ha limitado a afirmar la existencia de una amenaza del derecho a la salud de los pobladores de zonas aledañas al río Lurín, sin cuestionar objetivamente la idoneidad de los estudios de impacto ambiental y las evaluaciones practicadas que sirvieron de base para conceder las autorizaciones de inicio de las obras, razones por las cuales la demanda carece de sustento, por lo que no procede estimarla”<sup>23</sup>.

De otro lado, en su sentencia del Expediente No. 02002-2006-PC/TC, el TC señala lo siguiente:

17. (...) la protección del derecho a la salud se relaciona con la obligación por parte del Estado, de realizar todas aquellas acciones tendentes a prevenir los daños a la salud de las personas, conservar las condiciones necesarias que aseguren el efectivo ejercicio de este derecho, y atender, con la urgencia y eficacia que el caso lo exija, las situaciones de afectación a la salud de toda persona, prioritariamente aquellas vinculadas con la salud de los niños, adolescentes, madres y ancianos, entre otras<sup>24</sup>.

---

23 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 2064-2004-AA/TC, fundamento 33. 2005.

24 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 02002-2006-PC/TC, fundamento 17. 2006.



Esta sentencia es relevante ya que establece la necesidad de acciones para prevenir, conservar y atender los daños a la salud, sobre todo en el caso de menores de edad, madres y adultos mayores por la grave contaminación en la Oroya, lo que ocasionó la concentración de altos niveles de plomo en la sangre de estos grupos vulnerables. A pesar de que este caso no es sobre Comunidades o Pueblos Indígenas, es un caso representativo respecto a la contaminación por metales pesados del medio ambiente y de las personas. Empero el TC no realiza tampoco un análisis sobre la salud ambiental, su repercusión en el medio ambiente y en la salud de las personas, más allá de amparar las pretensiones de implementar una estrategia de salud pública de emergencia, declarar el Estado de Alerta y establecer programas de vigilancia epidemiológica y ambiental en la Oroya, refiriéndose al marco legal vigente que fue incumplido por las entidades estatales correspondientes.

Por otro lado, es importante hacer referencia a que el derecho a la salud debe garantizarse en condiciones de igualdad. Así lo ha manifestado el TC en su sentencia del Expediente No. 0033-2010-PI/TC, donde indica: “13. (...) La salud, como derecho fundamental, impone al Estado el deber de realizar las acciones necesarias para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud, en condiciones de equidad. El derecho a la salud comprende una serie de posiciones fundamentales que van desde el derecho a los servicios de salud hasta el derecho a que los determinantes sociales no impidan el goce de una buena salud”<sup>25</sup>.

Para complementar lo anterior, en el caso de Pueblos Indígenas, un instrumento internacional como el Convenio 169 de la OIT establece, en su artículo 7, que el mejoramiento de su nivel

---

25 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 0033-2010-PI/TC, fundamento 13. 2012.

de salud debe darse conforme sus prioridades de desarrollo y con su participación; en su artículo 25, se precisa que los Estados deben proporcionar un adecuado sistema de salud para que gocen de salud en el plano físico y mental. Finalmente, en el artículo 30 establece que las medidas que se adopten deben respetar las tradiciones y culturas de los pueblos interesados.

En un avance mayor del derecho a la salud, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su artículo 24, precisa que los indígenas tienen el derecho al acceso sin ningún tipo de discriminación, al servicio de salud y se debe garantizar su disfrute en el nivel más alto de salud física y mental. En esta misma línea, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, sobre el derecho a la salud, extiende más el desarrollo de este derecho al indicar que los Estado deben, en consulta y coordinación con los pueblos, promover las prácticas interculturales.

Volviendo al análisis de la jurisprudencia del TC, en la sentencia del Expediente No. 1711-2004-AA/TC ha desarrollado el derecho a la salud con su interrelación con otros derechos en lo siguiente:

La salud tiene la característica de ser, por un lado, un derecho en sí mismo y, por el otro, condición habilitante para el ejercicio de otros derechos. El derecho a la salud debe entenderse como la facultad que tiene toda persona para el disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud. A veces las condiciones de salud de una persona varían según el grado de libertad que vivan, o de la vivienda que habiten, del acceso a alimentación adecuada, a vestido y –claro está– a trabajo<sup>26</sup>.

---

26 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 1711-2004-AA/TC, fundamento 2. 2006.

Entonces, desde un enfoque individual, el TC indica que el derecho a la salud es un derecho habilitante de derechos como alimentación adecuada, entre otros. Como se ha visto, en estas sentencias no se menciona específicamente a los pueblos indígenas ni existe un enfoque colectivo del derecho a la salud; la única sentencia que se aproxima es la sentencia del Expediente No. 3303-2007-PA/TC que relaciona el derecho a la consulta con el derecho a la salud, donde el TC señala:

35. (...) la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello, debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental; además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del diálogo y el debate entre las partes<sup>27</sup>.

Aquí se establece como estándar que la consulta debe realizarse cuando algún proyecto tenga incidencia que ponga en riesgo de afectación de una comunidad, pero, una vez más, no se desarrolla el derecho a la salud ambiental; es decir, la repercusión que pueda tener uno de estos proyectos tanto en el medio ambiente como en los pueblos indígenas. Tampoco se ha establecido la obligación de restituir las cosas al estado anterior de parte de quienes causaron la vulneración.

---

27 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 3303-2007-PA/TC, fundamento 45. 2009.

Todas estas sentencias han desarrollado aspectos importantes del derecho a la salud, pero es importante precisar lo que ha dicho el TC sobre el contenido esencial de este derecho. Así, ha establecido en su sentencia del Expediente No. 2945-2003-AA/TC, lo siguiente:

16. El Tribunal Constitucional ha sostenido también que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud ( ... ) comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental; y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido<sup>28</sup>.

Esta breve síntesis de algunas sentencias del TC ha buscado determinar la interrelación entre el derecho a la salud y el derecho al medio ambiente. Anteriormente, también se hizo mención de dos recientes sentencias en el año 2020 que abordan esta interrelación. Por un lado, teníamos al Expediente No. 011-2015-PI/TC, donde declaran inconstitucional la Ley General de Sanidad Agraria por afectación a estos dos derechos. No obstante, en los Expedientes No. 0003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC (acumulados), que atañe el caso de pueblos indígenas, se desestima que la reducción de plazos del Estudio de Impacto Ambiental causaría daños al medio ambiente.

---

28 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente No. 2945-2003-AA/TC, fundamento 28. 2004.

Entonces, se concluye que el TC, en su mayoría, define el derecho a la salud desde una perspectiva individual antropocéntrica. Evidentemente, no existe una línea jurisprudencial clara respecto del desarrollo del derecho a la salud en el caso de pueblos indígenas, ya que ha tenido retrocesos como el mencionado en líneas anteriores. Sobre factores externos que afecten a la salud, se tiene el caso La Oroya. No obstante, el TC no realiza un análisis minucioso ni se pronuncia sobre la salud ambiental.

## **2.2. Del derecho al medio ambiente hacia los derechos de la naturaleza**

Anteriormente, se ha hecho referencia tanto al marco nacional como internacional que han desarrollado el derecho al medio ambiente, así como algunas sentencias del Tribunal Constitucional y de la Corte IDH que precisan el contenido del derecho al medio ambiente, estas últimas respecto del contexto de Pueblos Indígenas. En las siguientes líneas, se precisa, conforme el principio de progresividad de derechos, la necesidad de avanzar del derecho al medio ambiente hacia una protección efectiva de los derechos de la naturaleza, desde un enfoque de pueblos indígenas y de pluralismo jurídico.

Entonces, a pesar de que el derecho al medio ambiente se encuentra establecido en nuestra Constitución<sup>29</sup>, este no tiene un contenido en sí mismo en la Carta Magna. También se debe precisar que, por un lado, se reconoce el derecho de carácter social de gozar a un medio ambiente sano y equilibrado; pero, por

---

29 Artículo 2, inciso 22: “Toda persona tiene derecho: (...) A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.

otro lado, se tiene el capítulo II referido al ambiente y recursos naturales, que en sus artículos 66 a 69<sup>30</sup> establece, en resumen, la soberanía del Estado sobre los derechos naturales, los mismos que se pueden concesionar a través de un derecho real por ley; se promueve el desarrollo sostenible y la conservación de áreas naturales.

Sobre esto el profesor Huerta ha señalado lo siguiente:

Si bien una de las características de la Constitución de 1993 fue reducir el contenido de los derechos fundamentales —en particular los de índole social—, mantuvo el reconocimiento del derecho al medio ambiente ubicándolo en la sección correspondiente a los derechos Fundamentales (artículo 2, inciso 22), aunque de forma conjunta con otros derechos cuyo contenido no se encuentra relacionado con él, como el derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso. Para algunos autores, el texto constitucional de 1979 era mejor respecto del tratamiento de este derecho.

---

### 30 *Capítulo II*

#### *Del Ambiente y los Recursos Naturales*

##### *Artículo 66.- Recursos Naturales*

Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

##### *Artículo 67.- Política Ambiental*

El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.

##### *Artículo 68.- Conservación de la diversidad biológica y áreas naturales protegidas*

El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.

##### *Artículo 69.- Desarrollo de la Amazonía*

El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada.

A diferencia del texto constitucional anterior, la actual Constitución de 1993 no señala —junto con el reconocimiento del derecho— obligación alguna del Estado con relación a la preservación del medio ambiente o a la necesidad de evitar la contaminación ambiental<sup>31</sup>.

Por dicha razón, la jurisprudencia ha desarrollado este derecho, tal y como hemos referido en el recorrido de las sentencias más relevantes en el punto 2.2. De esta manera, el TC a lo largo del tiempo en sus sentencias ha reafirmado el carácter antropocéntrico del derecho al medio ambiente. Incluso con las últimas sentencias aún no se cuenta con un enfoque desde el pluralismo jurídico.

No obstante, a pesar de este reconocimiento del derecho al medio ambiente, al contemplarse también un régimen de extracción de recursos naturales enmarcados en la teoría demanial, se hizo incompatible en los hechos con los principios del derecho ambiental. Sobre la teoría demanial, se debe acotar que el TC también lo ha interpretado así en la sentencia antes referida (0048-2004-PI/TC), donde se entiende a los recursos naturales como bienes de dominio público. Esta ha traído consigo que se afecte el derecho al medio ambiente en el contexto de pueblos indígenas. Además, dada la transversalidad de este derecho, se ha afectado otros como la seguridad alimentaria y libre determinación. Esto debido a que se ha concebido al medio ambiente desde una perspectiva utilitarista y no desde el pluralismo jurídico.

Antes de continuar, es importante resaltar la necesidad de este enfoque, como lo expone la autora Silvina Ramírez en lo siguiente:

---

31 Huerta, Luis. “Constitucionalización del derecho ambiental”. *Lima: Revista de Derecho Pucp* No. 71, 2013. pp. 489-490.

Las distintas formas de concebir y aprehender la realidad están asociadas, entre otras cosas, a la construcción de los sistemas de justicia. El reconocimiento del pluralismo jurídico tiene diferentes aristas: significa, por un lado, modos diferentes de gestionar la conflictividad; también la necesidad de que la justicia dominante del Estado –la así llamada justicia ordinaria– contemple los paradigmas de otras culturas; en tercer lugar, que el propio Estado genere modos de respuestas que contemplen los diferentes paradigmas en juego, gestando alternativas que puedan representar puntos de encuentro entre la diversidad señalada<sup>32</sup>.

En efecto, es necesario el reconocimiento del pluralismo en un sentido amplio. Esto implica el cambio de paradigma del monismo jurídico estatal a concebir la existencia de otros sistemas jurídicos, así como la cosmovisión de los pueblos. En ese sentido, debe haber un cambio de paradigma que no vea a los recursos naturales desde una perspectiva utilitaria y desde la teoría demanial. Ello ha ocurrido en países de la región tanto a nivel constitucional (Ecuador y Bolivia) como jurisprudencial (Colombia).

En este punto, es importante señalar una diferencia entre el reconocimiento del derecho al medio ambiente y el avance en los derechos de la naturaleza. Esto último ha sido implementado por el constitucionalismo andino que ha sido plasmado desde una perspectiva del pluralismo jurídico en la Constituciones de Bolivia y Ecuador. En referencia a ellas, el TC se pronunció en la sentencia recaída del Expediente No. 03343-2007-AA/TC, indicando que la Constitución Ecológica establece la importancia del desarrollo sostenible y que se debe tener en cuenta el impacto sobre el medio ambiente con el fin de preservarlo

---

32 Ramírez, Silvina. “Pluralismo jurídico en el siglo XXI: ¿Nuevas formas de Estado?” (Documento inédito), 2020. Pp. 4.



para las generaciones futuras; por ello, resalta el principio de prevención (más detalle de esta sentencia se encuentra en el punto 2.2). También la sentencia No. 3610-2008-PA/TC donde, en su fundamento 33, indica que la Constitución ecológica son las disposiciones que relacionan al individuo, sociedad y medio ambiente.

Recientemente, el TC en la sentencia recaída en el Expediente No. 00012-2019-PI/TC, hace énfasis en la concepción de la Constitución Ecológica siguiendo lo establecido por la anterior sentencia. Lo novedoso sería que hace mención a la OC- 23/17 que el Estado debe cumplir con sus compromisos internacionales; en este sentido es indispensable que se cumpla el principio precautorio. Asimismo, aborda el derecho al agua, mas no existe un avance para referirnos a un reconocimiento de los derechos de la naturaleza como en el caso colombiano, aun cuando la Corte IDH, en el fundamento 62 de la OC-23/17, ha resaltado la importancia de proteger a la naturaleza no solo por su conexidad utilitarista para el ser humano, sino porque también son merecedores de protección en sí mismos.

Este avance del derecho al medio ambiente sano y equilibrado hacia un verdadero reconocimiento de los derechos de la naturaleza es necesario, de acuerdo a lo siguiente: “La protección –más o menos articulada– del derecho humano a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, prevista por la casi totalidad de las constituciones latinoamericanas, no ha logrado –sin embargo– eliminar del todo la depredación de la naturaleza así como tampoco la aplicación del modelo extractivista a sus recursos”<sup>33</sup>.

---

33 Fabio, David. “El modelo ecológico alternativo latinoamericano entre protección del derecho humano al medio ambiente y reconocimiento de los derechos de la naturaleza”. *Colombia: Derecho del Estado No. 36*, Universidad Externado de Colombia, 2016. Pp. 112.

En este sentido, para que en nuestro contexto se materialice este avance, se considera que, a través del reconocimiento del derecho a la salud ambiental en el contexto de pueblos indígenas, desde un enfoque del pluralismo, ello podría ser posible. Sobre algunas de las sentencias referidas al medio ambiente, se ha visto en nuestra breve reseña cómo el TC ha indicado la interrelación del derecho al medio ambiente con otros derechos como la salud. No obstante, no ha existido un avance en cuanto al reconocimiento de los derechos de la naturaleza, siendo un reto pendiente que la jurisprudencia desarrolle estos derechos desde un enfoque del pluralismo jurídico.

### **2.3. La relevancia del reconocimiento del derecho a la salud ambiental en el contexto de pueblos indígenas, desde el pluralismo jurídico**

Luego de haber desarrollado el contenido esencial del derecho a la salud y el derecho al medio ambiente, se tiene claro que estos derechos son de carácter transversal. Son indispensables para el desarrollo de otros derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política del Perú, así como derechos humanos ya reconocidos en instrumentos internacionales. De esta manera, en el caso de Comunidades o Pueblos Indígenas es necesaria una especial protección de estos derechos dado el contexto por el que se atraviesa, el mismo que se detalla más adelante. Por ello, en las siguientes líneas, se especifica la relevancia del reconocimiento de un derecho a la salud ambiental, específicamente en un contexto de pueblos indígenas, con un enfoque desde el pluralismo jurídico.

Ambos derechos tienen un contenido esencial bastante amplio, lo que ha provocado que en diversas sentencias del Tribunal Constitucional se especifiquen sus implicancias, su acceso, las

obligaciones del Estado, la delimitación de su contenido esencial y su relación con otros derechos. No obstante, en ninguna de las jurisprudencias señaladas anteriormente se aborda en específico el derecho de salud ambiental; solo ha existido una breve aproximación en la sentencia del Expediente No. 2064-2004-AA/TC que aborda la interrelación del derecho a la salud con otros derechos y especifica que abarca también las condiciones ambientales saludables.

En primer lugar, la definición de salud ambiental la hemos detallado en líneas anteriores. Ha sido abordada por la OMS y en diversos países existen políticas públicas sobre el tema. Este ha sido el caso de Colombia, por ejemplo, donde se tiene un mayor avance en cuanto a políticas públicas y desarrollo jurisprudencial como se especifica a continuación:

La Corte Constitucional va más allá del cumplimiento de las normas ambientales locales, nacionales e internacionales sino que abraza la salud ambiental dentro del estado social de derecho, apartándose de la postura eminentemente económica de la doctrina de la Constitución de 1886; dijo la Corte que “la Constitución de 1991 apunta a un modelo de desarrollo sostenible, en que la actividad productiva debe guiarse por los principios de conservación, restauración y sustitución” (Sentencia T-154/2013, par. 4.1). De igual manera, la Corte Constitucional reconoce ampliamente la estrecha relación entre la contaminación del aire y del agua y la afectación en la salud humana (Sentencia T-154/2013)<sup>34</sup>.

Aunque esta jurisprudencia todavía no desarrollaba una perspectiva ecocéntrica, fue un avance en su momento, ya que enfatizó la importancia del modelo de desarrollo sostenible

---

34 Ralf, Ronald. “Perspectivas Jurídicas de la salud ambiental en Colombia: ¿Hacia el pluralismo jurídico?”. *Colombia: Revista Republicana*, 2019. Pp. 76.

conforme a los principios rectores del derecho al medio ambiente. Asimismo, especificó que la contaminación del ambiente incide en la salud humana, lo que representa una referencia indirecta para el reconocimiento de salud ambiental. No obstante, aun cuando se ha avanzado en Colombia, respecto de este derecho —y también más adelante, desde un enfoque de pluralismo jurídico, con la sentencia T-622 del año 2016, que reconoce como sujeto de derecho al río Atrato—, todavía no existe una línea jurisprudencial clara que aborde la inter legalidad. Esto aporta un desarrollo de la salud ambiental desde un enfoque del pluralismo jurídico, pero se requiere un avance aún mayor.

Si bien la Corte Constitucional de Colombia ha abordado la relación entre el derecho a la salud y el derecho al medio ambiente, esto ha sido mayoritariamente respecto de la salud humana y no desde un enfoque ecocéntrico (con excepción de la sentencia del río Atrato). En contraste, en nuestro contexto, todavía no existe un desarrollo de la interrelación de ambos derechos respecto de la salud ambiental de pueblos indígenas por la contaminación de metales pesados.

En este punto, es preciso señalar por qué se considera necesario el reconocimiento de este derecho a nivel jurisprudencial. En primer lugar, este derecho no ha sido desarrollado en ninguno de los casos que involucra a pueblos indígenas. Ello a pesar de que, existe evidencia sobre la grave situación de la contaminación por metales pesados, como se deja ver a continuación:

El Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades del Ministerio de Salud del Perú ha documentado 4.867 casos de personas peruanas expuestas a metales pesados. Sin embargo, esta cifra sería parcial y subestimaría el impacto real de la contaminación en la salud de las personas y las fuentes de agua. Los representantes de

la Plataforma Nacional de Afectados y Afectadas por Metales Tóxicos aseguran que la cifra de personas expuestas día a día a este mix venenoso de sustancias químicas que incluye arsénico, cadmio, plomo y mercurio, entre otros metales, es mucho mayor<sup>35</sup>.

En esta línea, se debe precisar que incluso no todos los afectados por este tipo de contaminación se encuentran en esta plataforma. Por otro lado, es importante señalar los casos que se han registrado en distintas comunidades o pueblos indígenas. Estos han sido: el caso de la Comunidad Nativa de Cuninico y San Pedro, el caso de Comunidades del Pueblo Indígena Kukama en la provincia de Espinar, el caso de la Comunidad Nativa Tres Islas y el caso de la Oroya (aunque en este no se trata de una comunidad o pueblo indígena), entre otros.

En el caso de la Comunidad de Cuninico y San Pedro se han visto afectados sus derechos a la salud, medio ambiente, entre otros, debido a los derrames de petróleo; por lo que les otorgaron una Medida Cautelar No. 120-16 ante la CIDH que fue otorgada a través de la Resolución 52/2017 de fecha 2 de diciembre de 2017. Esta situación ha incidido en que niñas, mujeres y miembros de su Comunidad presenten metales pesados en su organismo, como quedó demostrado en el *Informe sobre determinación de metales pesados en las Comunidades de Cuninico y San Pedro, Cuenca del Marañón del Departamento de Loreto*, de enero del 2016, realizado por el Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Ambiente para la Salud (CENCOPAS). En ese sentido, interpusieron una acción contra entidades del Estado por el incumplimiento de las normas respectivas en materia de salud que llegó al TC, mediante recurso de agravio constitucional

---

35 Amnistía Internacional. “Estado Tóxico: violaciones del derecho a la salud de los pueblos indígenas en Cuninico y Espinar, Perú”. *Lima: Amnistía internacional*, 2017. Pp. s/n.

recaído en el Expediente No. 03799-2018-PC/TC, que fue declarada fundada; no obstante, el Tribunal no desarrolló el derecho que se pronunció sobre el derecho a la salud y el derecho al medio ambiente sano, mucho menos propuso el derecho a la salud ambiental.

En el caso de las Comunidades Indígenas en la provincia de Espinar ocurrió algo similar, ya que, de acuerdo a los estudios publicados por CENCOPAS, se determinó que tenían niveles de metales pesados más altos de los permitidos. Esta situación se ha dado debido a la actividad minera que se realiza en la provincia desde 1917 y esta se agrava, ya que en la provincia no existen centros de salud que atiendan a los miembros de la Comunidad para que tengan un adecuado tratamiento ante los efectos nocivos de los metales pesados. De igual manera, interpusieron una demanda para que se cumplan las normas respectivas y se garantice su derecho a la salud.

Estos son dos casos representativos de los varios que existen a nivel nacional de afectación a la salud de pueblos y/o comunidades indígenas. Es importante abordar esta problemática, ya que ello debilita su lucha y reivindicación por sus derechos territoriales, como veremos a continuación, ya que el Estado no garantiza a través de sus diversas políticas el derecho a la salud ambiental. Ha debido o debe ser la jurisprudencia quien delimite este derecho y exponga esta grave situación que existe por los efectos nocivos de la contaminación por metales pesados a los pueblos indígenas y a su territorio.

En este punto, es importante exponer las acciones del Estado para garantizar la salud ambiental en estos casos. En realidad, no existen políticas cohesionadas efectivas, como se puede observar de la información publicada en las entidades competentes. Así tenemos la Política en Salud Ambiental 2011-2020 a cargo de la

Dirección General de Salud Ambiental e Inocuidad Alimentaria, mediante la Resolución Ministerial No. 258-2011/MINSA, que en su introducción indica lo siguiente:

La Salud Ambiental es un derecho social y como tal es transversal a todos los sectores del Estado. Mediante el Decreto Supremo No. 027-2007-PCM, se han establecido las Políticas Nacionales de obligatorio cumplimiento para las entidades del Gobierno Nacional, con el propósito de definir objetivos prioritarios, lineamientos y contenidos principales de política pública así como los estándares nacionales de cumplimiento y provisión que deben ser alcanzados para asegurar una adecuada prestación de los servicios y el normal desarrollo de las actividades privadas, entre otras, en materia de (...) Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos y Asiático peruanos.

No obstante, en el documento no se hace referencia a la situación por contaminación por metales pesados que padecen las comunidades y/o pueblos indígenas ni a la remediación de sus territorios o alguna medida en específico a implementarse. Por otro lado, en una Resolución Ministerial del año 2018 (No. 979-2018/MINSA), el Ministerio de Salud estableció una política sectorial de atención en salud integral para las personas afectadas por la contaminación de metales pesados. Dicho documento establece un monitoreo de la calidad de agua, suelo, aire, entre otros. También consigna las respectivas responsabilidades a nivel nacional, regional y local. Lamentablemente, ninguna de estas medidas ha sido implementadas de manera efectiva; y, a pesar de que el documento contempla el marco general a nivel nacional, no menciona la situación específica que atraviesan los pueblos y/o comunidades indígenas.

Un aspecto a resaltar es que según el Documento Técnico “Lineamiento de Política Sectorial para la atención integral de

la salud”, la fuentes de contaminación (precisadas en Tabla No. 5 literal c del mismo) son pasivos ambientales, unidades mineras activas, sitios contaminados, sitios impactados, unidades de producción de hidrocarburos, zonas de actividad minera ilegal e informal, ductos mineros u otros componentes de la mina, así como la presencia de metales pesados en el agua de consumo humano.

Teniendo en cuenta este contexto, se considera la necesidad del reconocimiento de este derecho, que incluso conforme la OMS, implica un contenido amplio. Ahora respecto al caso de comunidades y/o pueblos indígenas que hemos expuesto a fin de que se efectivice el cumplimiento de su atención en salud a consecuencia de la contaminación del medio ambiente en su territorio, es necesario que este reconocimiento sea a través de la jurisprudencia también, caso contrario, ocurre lo señalado por el profesor Huerta: “La ausencia de jurisprudencia, por el contrario, genera incertidumbre sobre si determinada acción u omisión de una autoridad, funcionario o persona es compatible con estos derechos”<sup>36</sup>. Además, el reconocimiento de este derecho, desde un enfoque del pluralismo jurídico, podría significar un reconocimiento de los derechos de la naturaleza, como sujetos de derecho, ya que la salud ambiental, como se ha expuesto, tiene estas dos dimensiones, ya que los efectos externos repercuten en la salud de las personas y también de los recursos naturales.

Este reconocimiento de un nuevo derecho, como sería el derecho a la salud ambiental, se sustenta en el artículo 3 de la Constitución Política del Perú, que establece el carácter de *numerus apertus*. Esto ha sido desarrollado por el TC en su sentencia 0895-2001-AA/TC y reafirmado en su reciente sentencia recaída en el Expediente No. 0009-2018-PI/TC. En

---

36 Huerta, Luis. “Constitucionalización del derecho ambiental”. Lima: *Revista de Derecho Pucp* No. 71, 2013. Pp. 493.



esta última, en su fundamento 60, resaltaron nuevamente la naturaleza excepcional de la aplicación del artículo 3 de la Constitución, siendo este reservado para las situaciones que requieran un reconocimiento del más alto nivel y que se incluya en un derecho ya reconocido explícitamente. No obstante, conforme el fundamento 65, también pueden reconocerse derechos fundamentales que tengan distinto contenido o uno completamente nuevo. Es evidente la necesaria protección y efectividad que requieren los pueblos indígenas ante la grave contaminación que sufren a consecuencia de actividades extractivas. Del desarrollo anteriormente especificado de los derechos a la salud y derecho al medio ambiente, no se desprende el contenido de este nuevo derecho, desde un enfoque del pluralismo jurídico y superando únicamente la visión antropocéntrica, conforme lo ha expuesto la Corte IDH en la OC-23/17.

En esta línea, una aproximación al contenido esencial de este derecho sería respecto de sus tres componentes; primero, el subjetivo es que cualquier persona e incluso si se avanza desde una perspectiva del pluralismo jurídico, la naturaleza también podría ser titular de este derecho. Así quien estaría obligado es el Estado (quien debe garantizar adecuado servicio de salud y remediación por las afectaciones) y cualquier tercero (que haya contaminado el ambiente y la salud de las personas). Sobre el elemento objetivo, es la protección a la salud de las personas como de la naturaleza frente a factores externos (físicos, químicos y biológicos) que afectan sus condiciones de vida. Finalmente, respecto del elemento formal, en cuanto a las garantías, se debe evitar cualquier impacto a las personas y al medio ambiente, controlar estos impactos y remediar. Esto último en concordancia y más extensivamente con los principios que rigen el derecho al medio ambiente y derecho a la salud.

Además, se considera necesario el desarrollo en específico de este derecho dado que es indispensable para el goce y efectividad de los demás derechos en el caso de los pueblos indígenas. De todas formas, es preciso mencionar los derechos con los que esta interrelacionado y que su eventual afectación tiene incidencia. Así, se tiene los derechos a la vida e integridad, derecho a la identidad étnica y cultural, derechos a la propiedad territorial consagrados en la Constitución Política del Perú. Lo mismo sucede con los derechos reconocidos por el Derecho Internacional de Derechos Humanos a través de sus distintas fuentes como son el derecho a la participación, derecho a la consulta, consentimiento, derecho a la libre determinación, a sus prioridades de desarrollo, derecho a seguridad alimentaria, entre otros.

### III. Conclusiones

El derecho a la salud ambiental no ha sido desarrollado expresamente en el marco internacional. No obstante, se ha observado una opinión favorable de la Corte IDH sobre el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, así como un avance en los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas en un reciente caso (*Lhaka Honhat vs. Argentina*). En nuestro contexto, no existe aún un avance a nivel jurisprudencial que pueda garantizar la salud ambiental de pueblos indígenas.

Asimismo, no existe jurisprudencia en el contexto peruano que aborde la relación entre los derechos de salud y medio ambiente por contaminación a causa de metales pesados, en el caso de pueblos indígenas. Ello, a pesar de que se ha advertido la existencia de numerosos casos con esta problemática. Por esta razón, es necesario un cambio de paradigma para garantizar y

efectivizar los derechos de pueblos indígenas, desde el pluralismo jurídico.

En materia de salud ambiental, existen políticas públicas para hacer frente a esta problemática; no obstante, estas iniciativas no han sido efectivas ni entienden la magnitud del problema, desde un enfoque del pluralismo jurídico. La jurisprudencia todavía tiene esta perspectiva antropocéntrica.

Este artículo busca ser una aproximación al derecho a la salud peruano desde un enfoque del pluralismo jurídico en el contexto de pueblos indígenas en el Perú. Ello con el fin de que se efectivicen sus derechos en sentido amplio y se avance en los derechos de la naturaleza, conforme una interpretación evolutiva. En la medida que, hasta el momento la jurisprudencia no ha desarrollado este derecho como en una reciente sentencia del caso de la Comunidad Cuninico, lo que ha significado la falta de efectivización y garantía de los derechos a la salud y medio ambiente de pueblos indígenas y su hábitat.

# Los derechos del niño, el litigio estratégico en Derechos Humanos y el medio ambiente: un estudio de caso

*Ana Claudia Santano\**

## 1. La protección del medio ambiente y el derecho internacional de los desastres

Hace décadas que se alertaba sobre los riesgos que el medio ambiente sufría ante la acción humana. Conforme afirmó Ulrich Beck, en contra de la naturaleza fue hecho de todo, pero en contra de la industrialización, nada. Ante un accidente ambiental provocado por la industrialización, no suele haber defensa y prevención, sino la negación, que a su vez tranquiliza el miedo y desarrolla su agresividad a medida que los demás se ponen en una posición de pasividad ante una nueva cuestión. Con ello, se forma una sociedad del riesgo, en la que prevalece un proceso de modernización que es reflexivo, es decir, una sociedad que hace de la modernización su centro, pero también como su problema, considerando que este modelo produce riquezas, compartiendo

---

\* Doctora y maestra en Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad de Salamanca, España. Estancia postdoctoral en Derecho Público Económico en la Pontificia Universidad Católica de Paraná, Brasil, y en Derecho Constitucional en la Universidad Externado, Colombia. Profesora de Derechos Humanos, Derecho Constitucional y Electoral. Investigadora.

solamente sus riesgos, lo que genera nuevas desigualdades internacionales<sup>1</sup>.

La sociedad global ha desarrollado, en los últimos años, una concienciación ante las catástrofes/desastres<sup>2</sup>, así como ha establecido mecanismos de protección. El tema de la seguridad humana gana relieve en la comunidad internacional, junto con la necesidad de unirse en momentos que piden una acción colectiva frente a las situaciones de catástrofes, que pueden ser globales, regionales o locales<sup>3</sup>. Para ello, fueron formuladas algunas propuestas sobre un concepto para catástrofe internacional. El primero que se menciona fue del Centro de Investigaciones de la Academia de Derecho Internacional de la Haya, en 1995, que entiende el término como “Acontecimiento a menudo imprevisible, o situación durable, que produce daños inmediatos o diferidos a las personas, a los bienes o al medio ambiente, y de una amplitud tal que llama a una reacción solidaria de la Comunidad nacional o/e internacional”<sup>4</sup>.

Otra noción vino desde el Comité de Redacción de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, entendiéndolo un desastre como “un evento o serie de eventos calamitosos que ocasionan numerosas víctimas, grave infortunio y grandes sufrimientos humanos o daños materiales o ambientales en gran escala, con la consiguiente perturbación grave del funcionamiento de la sociedad”<sup>5</sup>. Asimismo, el Convenio de Tampere de 1998, en

---

1 Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Paidós, Barcelona. 1998. p. 16-30.

2 En este trabajo, se utilizará ambos los términos como sinónimos.

3 Fernández Liesa, Carlos R. “Desarrollos del Derecho Internacional frente a los desastres/catástrofes internacionales”. *Anuario español de derecho internacional*. v. 27, 2011. p. 210.

4 *Ibid.* p. 211.

5 Texto del art. 3 aprobado provisionalmente por Comité de Redacción de Naciones Unidas Sobre Protección de las Personas en casos de desastre, 2009. A/CN.4/L.

su art. 1(6), define una catástrofe como “una grave perturbación del funcionamiento de la sociedad que suponga una amenaza considerable y generalizada para la vida humana, la salud, las cosas o el medio ambiente, con independencia de que la catástrofe sea ocasionada por un accidente, la naturaleza o las actividades humanas y de que sobrevenga súbitamente o como resultado de un proceso dilatado y complejo”<sup>6</sup>.

En dichas definiciones, el elemento de la imprevisibilidad se hace presente en mayor o menor nivel. Sin embargo, esta noción es considerada relativa, pues, así como un tsunami es previsible a partir del análisis de un conjunto de factores como tiempo y localidad, una inundación también produce alertas que permiten al menos evitar los peores daños que puede haber. Por otro lado, una situación catastrófica duradera tiene otras características. No se trata de un hecho repentino, sino más bien resulta en una catástrofe debido a este perfil duradero. Este es el caso de la contaminación derivada de los coches; de la desertificación o del cambio climático; del deterioro de la capa de ozono; de la progresiva desaparición de los glaciares; de la extinción de muchas especies animales; del agotamiento de algunos recursos naturales no renovables; y tantos otros relacionados al medio ambiente<sup>7</sup>.

---

758, Comisión de Derecho Internacional, 24 de julio de 2009. Consultado el 24 agosto 2021. Disponible en: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=51b085e94>

6 Naciones Unidas, *Convenio de Tampere sobre el suministro de recursos de telecomunicaciones para la mitigación de catástrofes y las operaciones de socorro en caso de catástrofe*. 1998. Consultado el 24 agosto 2021. Disponible en: [https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/5F48E46576376BA5C125740A0032C58F-UN\\_jun1998.pdf](https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/5F48E46576376BA5C125740A0032C58F-UN_jun1998.pdf) 1998.

7 Fernández Liesa, “Desarrollos del Derecho Internacional frente a los desastres/catastrofes internacionales”. *Anuario español de derecho internacional*. v. 27, 2011. p. 213.

Cuando se habla en desastres naturales, puede haber una interacción de elementos que conectan la acción humana y la de la naturaleza. Una inundación puede causarse por un agujero de la capa de ozono y el calentamiento del planeta, así como los incendios se provocan en gran parte por la acción de personas, aunque no se excluyan asuntos naturales. En este sentido, hoy día las catástrofes naturales tienen mucha relevancia por provocarse a menudo, lo que permite hablar de “catástrofe ecológica global”, en distintos frentes y con consecuencias variadas, como la desaparición de especies de animales y la degradación de sus hábitats. Con ello se tiene que las catástrofes naturales no deben ser consideradas como “plagas de la naturaleza”, más bien como hechos previsible resultantes de la acción humana y, para que disminuyeran su frecuencia y/o intensidad, se debería actuar para evitar daños a corto, medio y largo plazo<sup>8</sup>.

No obstante, si por un lado las complejas causales que conectan la acción humana y los desastres naturales todavía son objeto de rechazo y negación, aunque haya demostraciones claras comprobadas científicamente, ya no es más posible negar que dichos hechos tienen consecuencias en las vidas humanas, como es el caso de los desplazados ambientales transfronterizos, que son personas directamente afectadas por los efectos progresivos del cambio climático, entre ellos el aumento del nivel del mar<sup>9</sup>.

En este sentido, el cambio climático impacta en mayor medida a los grupos vulnerables como los ancianos, las mujeres embarazadas, niños y personas enfermas. Condiciones climáticas extremas imponen un fuerte revés en muchas de las conquistas de

---

8 *Ibid*, p. 216.

9 Gracia, María Belén. “La protección de las personas internacionalmente desplazadas por desastres y otras consecuencias de fenómenos naturales”. En: González Napolitano, Silvina Sandra; [et.al.] *Respuestas del derecho internacional a desastres y otras consecuencias de fenómenos naturales*. 1ª. ed. Avellaneda, SGN Editora, 2015. p. 69.

los derechos humanos, tal y como ya alertó las Naciones Unidas, que advirtió que los Objetivos de Desarrollo del Milenio fueron muy perjudicados debido al tema climático, principalmente en los que se refieren a los niños, que soportarán mucho más los daños que los adultos<sup>10</sup>. Junto con esto, se demuestra con el cambio climático que los derechos humanos son indivisibles, interdependientes y todos interrelacionados, ya que sus daños alcanzan a todo ese conjunto de derechos y a todas las personas, no importando donde estén, exigiendo también una solución cooperativa y colectiva<sup>11</sup>.

Las Naciones Unidas recién publicaron un informe sobre el cambio climático y sus desafíos globales. El tono del texto enmarca la seriedad del problema y la necesidad de medidas drásticas para afrontar las pautas meteorológicas que impactan sobre la producción de alimentos; el aumento de la pobreza; la subida del nivel del mar que afecta muchas comunidades insulares y que incluso amenaza la existencia de algunos países. Constan en el informe demostraciones científicas de que ya puede haberse sobrepasado algunos puntos de inflexión en ecosistemas importantes para la supervivencia humana, como es el caso de la Amazonia y la disminución de su humedad o nivel de agua. En definitiva, el documento trae un análisis muy preocupante sobre el futuro de la vida humana en el planeta, con proyecciones de escenarios con calentamiento global de 1,5 °C en lugar de 2 °C, como por ahora se mantiene sin ninguna medida de contención<sup>12</sup>.

---

10 PNUMA, *Human Development Report 2007/2008: Fighting Climate Change: Human Solidarity in a Divided World*, Nueva York, 2008. p. 25, 26-100. Consultado el 24 agosto 2021. Disponible en: <http://hdr.undp.org/en/content/human-development-report-20078>.

11 Caballero, Susana Sanz. “Los efectos del calentamiento global en los derechos del niño. Una perspectiva desde el derecho internacional”. *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. LXV/2, Madrid, julio-diciembre. 2013. p. 192.

12 Intergovernmental Panel on Climate Change, “AR6 Climate Change 2021: The Physical Science Basis”. 2021. Consultado el 24 ago. 2021. Disponible en: <https://>



Por lo tanto, ya no cabe más la inacción ante un problema de esta envergadura, configurados los elementos que conforman una catástrofe ambiental.

Por otro lado, está la dificultad de determinar quién es el responsable de los maleficios producidos por el cambio climático. Aunque haya investigaciones avanzadas sobre los impactos geográficos del calentamiento global, no es tarea fácil clasificarlos directamente como violaciones de derechos humanos, considerando que, eventualmente, no se puede atribuir los daños a acciones u omisiones de Estados determinados. Con ello, la reparación de daños cobra atención por parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, teniendo en cuenta la existencia de tratados internacionales sobre o tema; la fragilidad de los mecanismos de responsabilidad y las obligaciones asumidas muchas veces de manera meramente formal por parte de los Estados<sup>13</sup>.

Es desde este punto que parte este ensayo. Las cortes internacionales están actuando en temas ambientales de forma cada vez más directa, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Dichas instituciones hacen parte de estrategias de litigio que buscan alcanzar derechos que no están objetivamente previstos en los tratados internacionales de derechos humanos y que permiten acceder a la jurisdicción internacional para la atribución de responsabilidad de los Estados asignatarios. Específicamente, es sobre uno de los casos en tramitación ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se abordará en este ensayo: *Claudia Duarte Agostinho y otros vs. Portugal y otros 33 Estados*.

---

[www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/#FullReport](http://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/#FullReport)

13 Caballero, Susana Sanz. “Los efectos del calentamiento global en los derechos del niño. Una perspectiva desde el derecho internacional”. *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. LXV/2, Madrid, julio-diciembre. 2013. p. 192.

Cabe, además, señalar que el caso que se analiza en este estudio se asemeja mucho a otro que no fue presentado ante una corte internacional, sino en un Comité de las Naciones Unidas. Es el caso *Sacchi; et al. vs. Argentina, Brasil, Francia, Alemania y Turquía*. La comunicación fue presentada por 16 niños y niñas de diversos países que alegan que los Estados demandados violaron sus derechos protegidos por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, por no promover cortes suficientes en la emisión de gases de efecto invernadero y por fracasar en la tarea de frenar la contaminación por carbono, lo que compromete su vida cotidiana en términos de salud y de futuro. La comunicación está bajo análisis ante el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que admitió su tramitación y que confirmó su competencia para evaluarla<sup>14</sup>.

Ante eso, se tiene que hay un movimiento importante desde las futuras generaciones alrededor del tema ambiental, que fuerza a las instituciones internacionales a tomar una posición más activa en la protección del medio ambiente.

## **2. El litigio estratégico internacional y el caso Claudia Duarte Agostinho y otros vs. Portugal y otros 33 Estados**

Si bien es sabido que los litigios ambientales no son algo novedoso en la jurisdicción internacional<sup>15</sup>, se eligió el caso

---

14 Para más informaciones sobre este interesante caso, cf. los documentos oficiales: Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, 2020. Consultado el 25 agosto 2021. Disponible en: [http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20200504\\_Not-available\\_reply.pdf](http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20200504_Not-available_reply.pdf).; y, *Children vs. Climate Crisis*, 2020. Consultado el 25 agosto 2021. Disponible en: <https://childrenvsclimatecrisis.org/>

15 Sobre el tema, cfr. Santano, Ana Claudia. “La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derecho al medio

conocido como “6 jóvenes portugueses vs. 33 países” ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debido a su promisor impacto sobre la esfera de la responsabilidad de los Estados frente al cambio climático. Como se verá a continuación, la combinación de una demanda involucrando exclusivamente a jóvenes, algunos niños y niñas; el litigio estratégico; la protección internacional del derecho al medio ambiente sano, realizada ante una generosa cantidad de países, puede inaugurar una nueva – fuerte– jurisprudencia de alcance regional, algo que va muy de encuentro con la naturaleza difusa de los derechos ambientales.

### a. El contexto fáctico del caso

Los/las jóvenes Sofia, André, Martim, Mariana, Claudia y Catarina tienen entre 4 y 21 años, y son los/las demandantes de este caso ante 33 países europeos, que son: Austria, Bélgica, Bulgaria, Suiza, Chipre, República Checa, Alemania, Dinamarca, España, Estonia, Finlandia, Francia, Reino Unido, Grecia, Croacia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Luxemburgo, Letonia, Malta, Holanda, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, Rusia, Eslovaquia, Eslovenia, Suecia, Turquía y Ucrania. Los/las jóvenes están siendo asesorados por el movimiento [youth4climatejustice.org](http://youth4climatejustice.org).

El largo listado de países se da, según la demanda, por cuatro razones, más allá de ser los mayores emisores de gases de Europa<sup>16</sup>:

---

ambiente en las políticas públicas en Brasil”. En: Cavallo, Gonzalo Aguilar; Alcalá, Humberto Nogueira. (Org.). *La evolución de los derechos sociales en un mundo global*. 1a ed., Tirant Lo Blanch, v. 1, Valencia, 2021. p. 225-250..

16 Youth 4 Climate Justice, 2020a. Application form filled on 3<sup>rd</sup> September. (2020a). Consultado el 24 agosto 2021. Disponible en: <https://youth4climatejustice.org/wp-content/uploads/2020/12/Application-form-annex.pdf>

- i. Por el hecho de permitir el lanzamiento de gases desde sus territorios nacionales hacia otros fuera de su jurisdicción: aunque hayan tomado algunas medidas de contención del cambio climático, dichos países siguen lanzando gases, y lo seguirán haciendo en el futuro;
- i. Según la Agencia Internacional de la Energía, en su informe de 2019, todos estos países son exportadores de combustibles fósiles. Sin embargo, ninguno de ellos adoptó legislaciones adecuadas o medidas administrativas para regular esta actividad y mantener el calentamiento global a 1,5 °C;
- ii. Ninguno de estos países adoptó legislación adecuada o medidas administrativas para determinar compensaciones de gases lanzados para la producción de bienes que ellos importan (o la restricción de estas importaciones);
- iii. Ninguno de estos países adoptó legislación adecuada o medidas administrativas que limite que las instituciones bajo sus jurisdicciones puedan contribuir para la emisión de gases en el extranjero.

Los/las jóvenes relatan que sus vidas ya están siendo afectadas por el calentamiento global. En los últimos años, Portugal sufre olas de calor, incendios forestales y el aumento en su temperatura, factores que están comprometiendo su salud y la de las demás personas. Sus casas (que se ubican en la costa portuguesa o en las montañas) están expuestas a peligros debido a los incendios o a los maremotos y tormentas que no eran comunes en el invierno<sup>17</sup>.

Como ejemplo de dichas situaciones, se describe en la demanda que Sofia y André viven en Lisboa, y que Claudia, Martim, Mariana y Catarina viven en el distrito de Leiria. En ambas regiones hay riesgo extremo de incendios, hecho que se

---

<sup>17</sup> *Ibid.*.

confirma con el relato de un episodio ocurrido en 2017, cuando una quemada llegó muy cerca de las casas de las familias de Catarina y Claudia. Los jardines y partes externas quedaron llenas de cenizas, causando en los vivientes mucha ansiedad y depresión. Además, personas murieron en este incendio y Martim no pudo ir a la escuela por diversos días debido a la cantidad de humo en el aire. Todo este contexto dejó a ellos y sus familias muy preocupados por las consecuencias del cambio climático, así como sobre sus expectativas de tener sus propias familias en el futuro<sup>18</sup>.

Además de ello, algunos de los demandantes relataron que ya sufren con enfermedades respiratorias, como alergias y problemas de respiración, que afectan su libre circulación, así como la realización de actividades fuera de sus casas, causadas por la contaminación del aire y por las olas de calor, que pueden incluso ser mortales. También hay relatos de dificultades para dormir debido a todo este cuadro<sup>19</sup>.

Los/las jóvenes entienden que estos eventos son resultado directo de los daños ambientales causados por las emisiones de gases en la atmosfera por los países demandados, que son los mismos que se comprometieron a limitar el calentamiento global a 1,5 °C en el Acuerdo de París y que, aparentemente, no están empleando sus mejores esfuerzos para alcanzar las metas establecidas en el art. 2° de dicho documento. Paralelamente, los demandantes se amparan en datos científicos que muestran los profundos daños que están produciéndose con el calentamiento global y con la permanencia de las previsiones de aumento de 2 °C en la temperatura de la Tierra<sup>20</sup>.

---

18 *Ibid.*

19 *Ibid.*

20 *Ibid.*

Ante ello, los/las demandantes piden que la Corte Europea de Derechos Humanos inste a los países a presentar sus planes de acción para el alcance de las metas establecidas en el Acuerdo de París firmado en 2015 con amplia adhesión internacional, así como que adopten medidas efectivas de cortes de emisión de gases dentro y fuera de sus fronteras, sea por la producción de bienes que generan los gases en ámbito nacional, sea por la exportación de combustibles fósiles, que sus gases emitidos en territorios de países importadores terminen regresando a sus países<sup>21</sup>.

## b. El derecho reclamado

Este caso es un ejemplo más de lo que se denomina como “*greening*” de los derechos humanos, que es un proceso en el que se extiende la protección de derechos previstos en documentos internacionales antes enfocados en derechos civiles y políticos para los derechos al medio ambiente. Es decir, se trata de una protección por vía indirecta que algunas cortes, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinan a temas involucrando el medio ambiente, amparándose en derechos civiles y políticos contenidos en tratados internacionales. Por lo tanto, se puede hablar de una “lectura verde” de dichos derechos constantes en la Convención Europea de Derechos Humanos y en la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>22</sup>.

---

21 *Ibid.*

22 San Martín Segura, David. “La ‘ecologización’ de los derechos fundamentales en el marco del Convenio Europeo de los Derechos Humanos”. *Revista electrónica del departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*. n. 3, 2005. p. 221-262. También, Oliveira Mazzuoli, Valerio de; Moreira Teixeira, Gustavo de Faria. “‘Greening’ the Inter-American Human Rights System”. *L’Observateur des Nations Unies*, v. 33; n. 2. 2012. p. 299-313.

En lo que se refiere a los derechos que son invocados para fundamentar la demanda, hay una construcción interpretativa sofisticada que combina el hecho de que los/las demandantes son jóvenes y niños, permitiendo la interseccionalidad con la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Con eso, la incidencia del art. 3 de la Convención se impone, en el sentido de que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”<sup>23</sup>. Por lo tanto, además del mayor interés de los niños que tiene que constar en la interpretación a ser dada a este caso, igualmente los/las demandantes requieren la aplicación del principio de la equidad generacional prevista en el principio 3 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992<sup>24</sup>.

Sobre los derechos que son señalados como violados por parte de los/las jóvenes, se debe mencionar que 32 países demandados hacen parte del Acuerdo de París, con excepción de Turquía, que lo ha firmado, pero no ratificado. Amparándose en dicho documento, consta la obligación de los Estados de presentar un informe cada cinco años, indicando los progresos que tuvieron para alcanzar la meta establecida de mantener el aumento medio de la temperatura global a menos de 2 °C. En este sentido, los análisis que fueron realizados sobre los informes ya enviados por ellos muestran que no hay mucha certeza sobre los objetivos

---

23 Naciones Unidas, *Convención sobre los derechos del niño*. 1989. Consultado el 25 agosto 2021. Disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

24 Principio 3: El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras. Naciones Unidas. *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. 1992. Consultado el 25 agosto 2021. Disponible en: <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>

o metas que tienen dichos planes de acción, lo que los hace incumplidores de la obligación establecida en el Acuerdo, según la fundamentación de los/las jóvenes.

El Acuerdo de París es uno de los documentos más promisoros sobre el medio ambiente en el ámbito de las Naciones Unidas. Ya se unieron al tratado 189 países, que asumieron compromisos de reducir sus emisiones y de colaborar para adaptarse a los efectos del cambio climático. También hay un llamamiento a los Estados para que fortalezcan sus compromisos a lo largo del tiempo, habiendo por parte del Acuerdo un medio de cooperación entre las naciones desarrolladas y las en desarrollo en la tarea de mitigación del cambio climático y adaptación a este. Los informes, obligatorios para todos los Estados partes, permiten el seguimiento de las medidas que están siendo adoptadas, así como los logros –o no– obtenidos<sup>25</sup>.

Los informes, según el art. 13 (7) del Acuerdo de París, deben contener: (i) el inventario nacional de las emisiones antropógenas por las fuentes y la absorción antropógena por los sumideros de gases de efecto invernadero, elaborado utilizando las metodologías para las buenas prácticas aceptadas por el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, instaurado en la cumbre en la que se celebró el Acuerdo; y (ii) la información necesaria para hacer un seguimiento de los progresos alcanzados en la aplicación y el cumplimiento de la contribución de cada Estado parte para equilibrar la carga del cambio climático entre países desarrollados y en desarrollo.

En este sentido, los/las jóvenes demandantes entienden que los países tienen que indicar cuatro elementos en sus informes: (i) un relato sobre las emisiones de gases en su territorio nacional y controlados; (ii) la evaluación de la exportación de

---

25 Naciones Unidas, *Acuerdo de París*. 2015. Consultado el 25 agosto, 2021.

Disponible en: [https://unfccc.int/sites/default/files/spanish\\_paris\\_agreement.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/spanish_paris_agreement.pdf)



combustibles fósiles extraídos en los países; (iii) la importación de mercancías que involucran emisión de gases en la atmósfera y (iv) las instituciones que colaboran para la reducción de dichos daños. Teniendo esto en cuenta, resulta que ninguno de los países demandados –y que estaban obligados a enviar sus informes– presentó informaciones concretas sobre dichos puntos, estando en una situación de incumplimiento de este deber.

Ante esto, y ya enfocando la normativa regional europea de derechos humanos, los/las demandantes invocan el art. 2<sup>26</sup>, 8<sup>27</sup> y 14<sup>28</sup> de la Convención Europea de Derechos Humanos<sup>29</sup>, que corresponden al derecho a la vida, derecho a la vida privada y el derecho a la no discriminación.

A partir de una lectura “verde”, se argumenta que el derecho a la vida tiene profunda conexión con las posibilidades de vivir,

---

26 Artículo 2: Derecho a la vida. 1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

27 Artículo 8: Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

28 Artículo 14: Prohibición de discriminación. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

29 Consejo de Europa, *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. 1950. Consultado el 25 agosto 2021. Disponible en: [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_spa.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf)

debiendo haber una protección mínima en contra de los peligros que el medio ambiente alterado pueden causar, así como el derecho a la vida privada, que pide protección a la vivienda y a la salud, a partir de un medio ambiente protegido. Además, como los jóvenes ya están sufriendo con problemas de salud, ellos entienden que sus vidas, así como la de sus vecinos y vecinas y de tantas otras personas, no están protegidas en su perfil privado, justamente por las alteraciones cotidianas que vienen sufriendo debido a los eventos naturales.

Cabe señalar que un prerrequisito para invocar la vulneración de las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos en temas que involucren injerencias al medio ambiente es conectar dicha interferencia también en un derecho personal, particular, que conlleve a una violación o vulnerabilidad de un derecho subjetivo. La idea es que se controle las actuaciones que puedan impactar a los individuos más que al medio ambiente en general, justamente por el contenido del Convenio. Fue así como se conformó la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ya enfatizó que no hay dispositivos en la Convención que sean directamente sobre el medio ambiente o que le ofrezcan protección específica, habiendo otros instrumentos internacionales –y también nacionales– más adecuados para esta finalidad<sup>30</sup>.

Sin embargo, a partir del análisis de la jurisprudencia del TEDH realizado por Rosa M. Fernández Egea, se pueden identificar dos contextos en los que los intereses ambientales afectan a derechos subjetivos. En el primero, se refiere a la protección del medio ambiente que se da por conexión con la salvaguarda de algunos derechos tenidos como fundamentales,

---

30 Fernández Egea, Rosa M. “La protección del medio ambiente por el tribunal europeo de derechos humanos: últimos avances jurisprudenciales”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 31, 2015. p. 169.

contenidos en la Convención Europea de Derechos Humanos y que sean muy unidos uno al otro, como es el caso del derecho a la vida (art. 2), a la vida privada y familiar (art. 8) o la libertad de expresión<sup>31</sup> (art. 10). El segundo se configura cuando los derechos tenidos como fundamentales previstos en la Convención pueden verse limitados o restringidos debido a hechos ambientales<sup>32</sup>.

Hay registro, con todo, de algunos casos en los que se ha denunciado la vulneración del art. 6, referente al derecho a un proceso equitativo (juicio justo sin dilaciones indebidas, incluido el derecho de acceso a la justicia)<sup>33</sup>; y del art. 13, sobre el derecho a un recurso efectivo<sup>34</sup>. También hay casos en los que la injerencia al disfrute de la propiedad privada<sup>35</sup> (art. 1) fue abordado. Ahora bien, el derecho que efectivamente permitió el acceso de temas ambientales en el marco normativo del Convenio Europeo de Derechos Humanos fue el art. 8, sobre el respeto al domicilio y a la vida privada y familiar, tal y como consta en el caso que se analiza. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es muy extensa en este sentido, incluyendo la construcción de requisitos que fueron estructurados en sucesivos casos por la Corte para afirmar su vulneración en demandas involucrando temas ambientales<sup>36</sup>.

---

31 Tema muy interesante abordado en Herrmann vs. Alemania, de 26 de junio de 2012, en destaque el voto disidente del Juez Pinto de Albuquerque.

32 Fernández Egea, Rosa M. “La protección del medio ambiente por el tribunal europeo de derechos humanos: últimos avances jurisprudenciales”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 31, 2015. p. 169.

33 Cf. Zander vs. Suecia, de 25 de noviembre de 1993.

34 Cf. Hatton y otros vs. Reino Unido, de 21 de febrero de 1990.

35 Cf. Curmi vs. Malta, de 22 de noviembre de 2011; y Huoltoasema Matti Eurén Oy y otros vs. Finlandia, de 19 de enero de 2010, por ejemplo.

36 Fernández Egea, Rosa M. “La protección del medio ambiente por el tribunal europeo de derechos humanos: últimos avances jurisprudenciales”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 31, 2015. p. 169; Palombino, Giacomo. “El medioambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo

En el caso del derecho a la vida, la conexión con el cambio climático puede resultar más clara. Con todo, la construcción jurídica que involucra el art. 8 sobre el derecho a la vida privada y el medio ambiente requiere mayor análisis para su clarificación.

La ampliación del alcance tanto del art. 2, pero mucho más del art. 8, hacia causas ambientales se dio debido a la evolución de la idea de privacidad y de respeto. En un principio, el contenido del art. 8 se basaba en los conceptos de “privacidad”, “domicilio” y “correspondencia”. Para el primero, se entendía como algo referente a la vida íntima y sexual de la persona, sus relaciones intrafamiliares, o su honor y reputación. A su vez, sobre el segundo y el tercer concepto, se refería a la cuestión de los registros ilegales como escuchas telefónicas y acciones similares por parte del Estado. El medio ambiente, de este modo, fue introducido en la noción de domicilio, posibilitando los primeros litigios ambientales sobre interferencias acústicas que afectan las viviendas de las personas. Con eso, la noción de domicilio no se limitaba solamente al aspecto físico, sino también a sus elementos sensoriales<sup>37</sup>.

A partir de eso, se abre la oportunidad para una protección indirecta del derecho al medio ambiente por medio de la expansión *ratione materiae* de algunos de los dispositivos del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Su principal fundamento está en el principio de la interpretación efectiva

---

de Derechos Humanos: la imparcialidad generacional en la perspectiva del constitucionalismo multinivel”. *Anales de Derecho*. Murcia, 2020. Consultado el 25 agosto 2021. Disponible en: <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/453121>

37 González, Adriana Espinosa. “Derechos humanos y medio ambiente: el papel de los sistemas europeo e interamericano”. Tesis Doctoral presentada en el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, Universidad Carlos III de Madrid. 2015. p. 329. Consultado el 26 agosto 2021. Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21615/espinosa-gonzalez-a-tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y> p. 329.

*pro homine*, haciendo de los derechos humanos algo real, no ilusorios o teóricos. En esta línea, los derechos contenidos en el Convenio Europeo tienen que ofrecer la mayor protección posible y extraíble de su contenido. Y fue en esta dirección que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dio seguimiento a su jurisprudencia de manera consistente<sup>38</sup>.

Para la Corte, la degradación de las condiciones ambientales puede afectar el real disfrute del derecho a la vida y, en mayor medida, del derecho a la vida privada y familiar, tal como argumentan los/las jóvenes demandantes del caso que se comenta. Los relatos sobre las dificultades para dormir; los impedimentos para realizar actividades al aire libre debido a las olas de calor o por las cenizas de los incendios provocados por dichas olas; los episodios de ansiedad que sus familias, así como las de los vecinos enfrentan por cuenta de la preocupación con los incendios e incluso con la incerteza sobre el futuro en definitiva alcanzan a la vida privada de todos los involucrados, así como de las personas que no son mencionadas en la demanda, pero que igual sufren las consecuencias del cambio climático, que tiene impactos difusos.

Ante eso, aunque se haya asumido que la Convención Europea de Derechos Humanos no ofrezca una protección directa al medio ambiente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos trató de seguir el inevitable camino de la protección de las condiciones ambientales cuando el gozo de los derechos previstos en el texto del Convenio dependa de ello. Es este nexo causal entre una actividad que se atribuye al Estado y el tema ambiental que afecte al derecho invocado, lo que va a posibilitar la protección al medio ambiente vía derechos individuales<sup>39</sup>.

---

38 *Ibid.* p. 413.

39 *Ibid.* p. 413.

Ya sobre el art. 14, el derecho a la no discriminación, los/las demandantes entienden como indebido que ellos tengan que soportar toda la carga negativa del problema ambiental que se muestra. Como son jóvenes, algunos de esos niños, tienen toda una vida por delante, con expectativas de futuro a muy largo plazo. Con eso, la discriminación que se señala se refiere a la carga de los daños ambientales muy desproporcionales que ellos tendrán que soportar en comparación con los adultos, aún más si se piensa que los problemas del cambio climático tienden a empeorar a cada año si nada es hecho para solucionar la cuestión por parte de los adultos. Hay aquí, en su argumentación, una discriminación material en una situación similar para todos que pesa mucho más sobre los jóvenes. Dicha diferencia es la que se configura como una discriminación que viola el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que impide diferenciaciones de cualquier orden como regla general.

Cabe también señalar que, en este punto, los impactos del cambio climático no son inmediatos, pero que crecen año a año, conformándose a largo plazo en una situación insostenible. Ante la omisión de los Estados de su deber de cumplir con los acuerdos internacionales sobre el medio ambiente, tal y como es el caso del Acuerdo de París, lo que resulta es que los puntos de inflexión están siendo sobrepasados y las peores consecuencias serán más soportadas por las futuras generaciones, las actuales y las que vendrán. Como ya se ha dicho, los derechos invocados en la demanda deben ser interpretados bajo el principio de los mejores intereses de los niños, así como el principio intergeneracional de igualdad, garantizando a las futuras generaciones alguna oportunidad de existencia ante los daños ambientales, algo que se argumenta no estar siendo viabilizado por los gobiernos de los Estados demandados.

Para Susana Sanz Caballero, el calentamiento global puede afectar distintos derechos de los niños, que se pueden clasificar

en cuatro categorías: (i) los derechos que satisfacen necesidades básicas; (ii) derechos especiales de los niños; (iii) derechos de participación; (iv) derechos de vinculación con el Estado y la familia<sup>40</sup>.

En la primera categoría, están el derecho a la salud (física y mental); y a la vivienda (que involucra un nivel de vida adecuado; seguridad; paz y dignidad; acceso a bienes naturales y el derecho de permanecer en sus casas, sin tener que optar por la emigración forzada). En la segunda categoría, constan el derecho a la educación (muchas veces reconocido como la base de otros derechos, como el de la salud y de la estabilidad familiar); y el derecho a jugar, al tiempo libre y a la cultura (no siendo forzados a trabajar en la temprana edad para la complementación de la renta o a tener que saltar fases de la infancia debido a los impactos ambientales)<sup>41</sup>.

A su vez, en la tercera categoría, están la libertad de información (para incluso posibilitar la lucha en contra del cambio climático); y el derecho a participar (en la toma de decisiones y de dar la oportunidad para que niños y niñas se expresen sobre sus puntos de vista de acuerdo con su edad y madurez). Por fin, en la cuarta categoría, se ubican el derecho a la nacionalidad y al registro del nacimiento (muy afectado por los desplazados ambientales o por la separación forzadas de los niños de sus familias); y el derecho a la vida privada y familiar (como ya mencionado en este ensayo)<sup>42</sup>.

Ante eso, la demanda que se comenta se inserta en la ya consolidada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos

---

40 Caballero, Susana Sanz. “Los efectos del calentamiento global en los derechos del niño. Una perspectiva desde el derecho internacional”. *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. LXV/2, Madrid, julio-diciembre. 2013. p. 195.

41 *Ibid.* p. 195-201.

42 *Ibid.* p. 201-205.

Humanos, lo que permitió la aceptación de su trámite ante la Corte.

Ya en lo que se refiere al agotamiento de los recursos internos, a ejemplo del caso Sacchi; *et al.* vs. Argentina, Brasil, Francia, Alemania y Turquía ante la Comisión de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, los/las demandantes afirman que no es posible de aplicarse dicho requisito al caso, teniendo en cuenta que las cortes nacionales poco podrían avanzar en la protección de sus derechos de modo unitario, más allá de su jurisdicción. Además, el tema ambiental tiene un perfil transfronterizo, lo que los obligaría a entrar con demandas en muchos países, exigiendo muchos recursos económicos y tiempo, algo que puede comprometer el principal objetivo de forzar a los Estados demandados a que tomen acciones en contra del cambio climático inmediatamente, ya que la cuestión es urgente. También se menciona que los/las jóvenes vienen de familias humildes y no tendrían condiciones de buscar cada uno de los sistemas de justicia nacionales antes de presentarse al Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>43</sup>.

### **c. Actual estado de la demanda**

La demanda fue analizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 13 de noviembre de 2020 como un caso urgente. En su primera evaluación, fue aceptada su tramitación y se determinó a que los gobiernos de los 33 países contestaran algunas preguntas, como forma de comprobación de sus esfuerzos para cumplir con las obligaciones del Acuerdo de París:

---

43 Youth 4 Climate Justice, Application form filled on 3<sup>rd</sup> September. (2020a). Consultado el 24 agosto. 2021. Disponible en: <https://youth4climatejustice.org/wp-content/uploads/2020/12/Application-form-annex.pdf>



1. Considerando el margen de apreciación nacional en el ámbito ambiental, ¿los Estados demandados han actuado de acuerdo con sus obligaciones asumidas en el Acuerdo de París y de los principios contenidos en el Derecho Internacional Ambiental, adoptando regulaciones apropiadas para adecuar las medidas necesarias al alcance de los objetivos de contener el aumento de la temperatura en 1,5 °C?
2. Basándose en las regulaciones relativas a la mitigación del cambio climático fundadas en estudios científicos, ¿los Estados han garantizado la participación pública efectiva en la toma de decisiones (conforme previsto en el Acuerdo de Aarhus de 1998 sobre el acceso a la información) y el acceso a la justicia en relación con el medio ambiente?<sup>44</sup>.

Los países intentaron revertir la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de aceptar el análisis de la demanda el 15 de enero de 2021, sin éxito. La Corte mantuvo la decisión de urgencia de la demanda y las preguntas que los Estados deben contestar el 4 de febrero de 2021<sup>45</sup>.

Luego, fueron abiertas oportunidades para intervención de terceros, presentándose muchas instituciones importantes como Amnistía Internacional, Greenpeace, Consejo Económico Social de las Naciones Unidas, Comisión Europea, etc. La Comisión Europea, por tener sus obligaciones ambientales con muchos de los países demandados, igualmente pudo manifestarse, entregando un documento con un plan de acción del bloque europeo el 20 de mayo de 2021 (el “Acuerdo Verde”)<sup>46</sup>.

---

44 European Court of Human Rights, Statement of 13 November. 2020. Consultado el 25 agosto 2021. Disponible en: <https://youth4climatejustice.org/wp-content/uploads/2021/05/2020.11.20-objet-de-laffaire-professional-translation.pdf>

45 Youth 4 Climate Justice, The case. (2020b). Consultado el 25 agosto 2021. Disponible en: <https://youth4climatejustice.org/the-case/>.

46 *Ibid.*

Los gobiernos de los 33 países ya presentaron sus razones de defensa. Sin embargo, se espera la traducción de todos los documentos para el idioma oficial de la Corte Europea. Todos estos documentos son públicos y pueden ser utilizados para otros casos similares<sup>47</sup>.

### 3. Consideraciones finales

No caben dudas de que es muy inspirador este caso. Los litigios estratégicos en el campo de los derechos humanos se dedican a cambiar realidades, no sólo la que se presenta en el momento, sino también la futura, la que vendrá y que es resultado directo de lo que se vive ahora.

El medio ambiente es uno de los temas del milenio y las razones de eso es que se relaciona objetivamente con la existencia y supervivencia de las personas. Aunque se presencia una ola negacionista que insiste en no conferir máxima relevancia a los asuntos ambientales y que ha contaminado gobiernos que tienen perfil populista y ultraliberal en términos económicos, se hace necesario dedicar esfuerzos para presionar a las instituciones competentes a que actúen en pro de la causa ambiental, que es de todos, tal como son los derechos humanos.

Es un hecho, sin embargo, que muchos otros países emisores de gases como Brasil, China y EE.UU. tienen que ser incluidos en esta reacción en favor del medio ambiente, como se demanda en el caso *Sacchi; et al. vs. Argentina, Brasil, Francia, Alemania y Turquía* ante la Comisión de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Aun así, que exista una demanda específica en el continente europeo abre un camino, quizás bastante promisor, de una solución más coordinada y eficaz para evitar el sobrepase de puntos de inflexión. Solamente con esta cooperación –

---

47 *Ibid.*

determinada o no por cortes internacionales— es que se podrá dar una respuesta a este problema que transborda las fronteras de lo que se conoce por Estados-nación, posibilitando, así, garantizar condiciones de vida digna a las futuras generaciones.

# A apatridia de crianças no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: análise da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos\*

*Estela Cristina Vieira de Siqueira\*\**

*Vinicius Villani Abrantes\*\*\**

## 1. Introdução

Em maio de 2010, especialistas convocados pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, doravante

---

\* Este artigo foi desenvolvido no ciclo 2020/2021, da linha de pesquisa “Os direitos das crianças no Sistema Internacional”, vinculada ao Portal Direito Internacional sem Fronteiras, sob orientação da Professora Wanda Helena Mendes Muniz Falcão.

\*\* Doutoranda em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito, com ênfase em Constitucionalismo e Democracia, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pesquisadora no grupo Direito Internacional Crítico/CNPq/FDSM e no Grupo de Trabalho “Migrantes e Refugiados” da Cátedra Jean Monnet/FECAP, sob orientação do Prof. Dr. Cícero Krupp da Luz. Pesquisadora no Direito Internacional sem Fronteiras, no projeto de pesquisa: “Os Direitos da Criança no Sistema Internacional”. Professora e pesquisadora no Centro Universitário do Sul de Minas.

\*\*\* Graduando em Letras, com ênfase em Línguas Estrangeiras Modernas e Linguística Aplicada, pela Universidade Federal de Juiz de Fora; e Direito, pelo Instituto Metodista Granbery. Pesquisador no Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional, na Linha de Pesquisa “Direito Internacional Crítico” (GEPDI/DICRÍ/CNPq/UFU). Pesquisador no Direito Internacional sem Fronteiras, no projeto de pesquisa: “Os Direitos da Criança no Sistema Internacional”. Associado à Rede de Pesquisa Empírica em Direito (REED), atuando como revisor da Revista de Estudos Empíricos em Direito.

ACNUR, se reuniram na Itália, no contexto do 50º Aniversário da Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de 1961. A discussão em questão foi a partir dos dois documentos antecedentes (da temática) – “Definição do termo ‘apátrida’ na Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954” e “ACNUR e a Apatridia *de Facto*”<sup>2</sup>. A reunião possibilitou que fosse discutida a definição de apátridas de acordo com o artigo 1(1) da Convenção de 1954 (algumas vezes nomeados apátridas *de jure*) antes de recorrer ao conceito apatridia *de facto*. Para além disso, durante a reunião, foi revisado dentre legislações e normas de tratados, também princípios do Direito Internacional Costumeiro<sup>3</sup>.

É fato que para além dos dois documentos focos de debate na reunião mencionada, diversos outros tratados internacionais reconhecem que a nacionalidade é um direito fundamental de todo ser humano. A Declaração Universal dos Direitos

- 
- 1 Sabe-se que a definição do termo “apátrida” foi elaborada e incluída pela consultora do ACNUR, Sra. Mandal. Vide: ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. *Reunião de Especialistas: O Conceito de Pessoa Apátrida segundo o Direito Internacional – Resumo das Conclusões*. 2010. Disponível em: <[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/O\\_Conceito\\_de\\_Pessoa\\_Apatrida\\_segundo\\_o\\_Direito\\_Internacional.pdf?view=1](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/O_Conceito_de_Pessoa_Apatrida_segundo_o_Direito_Internacional.pdf?view=1)>. Acesso em 12 de maio de 2021.
  - 2 Este segundo documento foi elaborado por Hugh Massey, do ACNUR. Na época, o professor da Universidade de Oxford, Goodwin-Gill, também auxiliou na elaboração das conclusões e na disponibilização de informações. Vide: ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. *Reunião de Especialistas: O Conceito de Pessoa Apátrida segundo o Direito Internacional – Resumo das Conclusões*. 2010. Disponível em: <<https://www.acnur.org/>>. Acesso em 12 de maio de 2021.
  - 3 ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. *Reunião de Especialistas: O Conceito de Pessoa Apátrida segundo o Direito Internacional – Resumo das Conclusões*. 2010. Disponível em: <[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/O\\_Conceito\\_de\\_Pessoa\\_Apatrida\\_segundo\\_o\\_Direito\\_Internacional.pdf?view=1](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/O_Conceito_de_Pessoa_Apatrida_segundo_o_Direito_Internacional.pdf?view=1)>. Acesso em 12 de maio de 2021.

Humanos determina em seu artigo 15<sup>4</sup> que todos ser humano tem direito a uma nacionalidade e que ninguém pode de forma arbitrária privar tal indivíduo da mesma. Em raciocínio vizinho, a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial<sup>5</sup> também expressa que é dever do Estado garantir o direito à nacionalidade, sem qualquer tipo de discriminação de raça, origem e/ou cor. Por sua vez, a Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>6</sup> determina que toda criança tem o direito de adquirir uma nacionalidade.

Já no Sistema Interamericano de Direitos Humanos – objeto da arte desta pesquisa –, há no artigo 20, da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>7</sup>, o estabelecimento de que todas as pessoas têm direito à nacionalidade do Estado em que no território

- 
- 4 Artigo 15° (1) Todo o indivíduo tem direito a ter uma nacionalidade; (2) Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua nacionalidade nem do direito de mudar de nacionalidade. ONU – Organização das Nações Unidas. 1948. *Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU*. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 12 de maio de 2021.
- 5 BRASIL. *Decreto N° 65.810, de 8 de dezembro de 1969*. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D65810.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.htm)>. Acesso em: 24 maio de 2021.
- 6 UNICEF. *Convenção sobre os Direitos da Criança*, 1989. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca/>>. Acesso em: 04 de junho de 2021.
- 7 Artigo 20. Direito à nacionalidade. (1) Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade. (2) Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra. (3) A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito de mudá-la. Vide: OEA – Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)*. 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm)>. Acesso em: 12 de maio de 2021.

nasceram, sendo um direito inderrogável, em consonância com o dispositivo 27<sup>8</sup>, do mesmo documento.

Há, ainda, no Sistema Interamericano dois casos que trazem a questão da apatridia, um deles mencionando diretamente duas crianças e outro de forma tangencial, pela questão do nascimento, trazendo os direitos da criança e de nacionalidade. No primeiro deles, de 2013, houve a recusa por parte das autoridades de Registro Civil da República Dominicana ao registro de nascimento de duas crianças de família haitiana, as crianças Yean e Bosico<sup>9</sup>, a despeito do critério de nacionalidade disposto na Constituição da República Dominicana garantir a nacionalidade deste Estado a todos aqueles que nascem em seu território (*ius solis*), ao mesmo tempo em que o critério adotado no Haiti, apesar de ser por vínculo familiar e sanguíneo (*ius sanguinis*), exclui tal hipótese quando as crianças nascidas em outros países tiverem nesses Estados o direito à nacionalidade por solo.

No segundo caso, o das Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas Vs. República Dominicana<sup>10</sup>, embora não verse

---

8 Artigo 27. Suspensão de garantias. (2) A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados seguintes artigos: 3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica); 4 (Direito à vida); 5 (Direito à integridade pessoal); 6 (Proibição da escravidão e servidão); 9 (Princípio da legalidade e da retroatividade); 12 (Liberdade de consciência e de religião); 17 (Proteção da família); 18 (Direito ao nome); 19 (Direitos da criança); 20 (Direito à nacionalidade) e 23 (Direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos. Vide: OEA – Organização dos Estados Americanos. (1969). *Convenção Americana de Direitos Humanos /"Pacto de San José de Costa Rica". (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969).*

9 CNJ - Conselho Nacional de Justiça. *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/d147e8e6485dbe1fedded517fe67972f.pdf>> Acesso em: 13 de maio de 2021.

10 CNJ – Conselho Nacional de Justiça. *Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas*

especificamente sobre crianças, tratando-se de um caso de expulsão coletiva de imigrantes, as menciona ao tratar do impedimento que haitianos sofriam por parte das autoridades para obter o registro de seus filhos, o que resulta em uma vida sem acesso a direitos básicos, essenciais, em razão da ausência do vínculo, pois algumas vítimas do caso eram, ao tempo do ocorrido, crianças.

Contudo, as relações entre República Dominicana e Haiti são complexas desde o período da colonização, pois muito embora dividam a mesma ilha, em termos territoriais, os dois lados apresentam contextos sociais e étnicos completamente distintos e a forma com a qual o processo de emancipação das respectivas metrópoles europeias se deu nos dois países orienta o racismo existente por parte das autoridades dominicanas contra filhos de haitianos nascidos no lado oeste da ilha.

Assim, pode-se presumir as raízes históricas do racismo com o qual os haitianos são atingidos do outro lado da Ilha de São Domingo, cujos efeitos atingem, sobretudo as crianças apátridas - fruto de uma política institucional excludente e inconstitucional, apesar do endosso do Tribunal Constitucional para tal prática, como se verá, e que expõe milhares de filhos de haitianos ao risco de expulsão coletiva, expressamente impedida pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nessa seara, levando em consideração os casos paradigmáticos, como os casos das Crianças Yean e Bosico, e das Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas, há de se indagar: como os dois julgados evidenciam uma situação histórica pré-existente na Ilha de Santo Domingo?

---

*Expulsas Vs. República Dominicana.* Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/edc3cfd3cdfbb8cb73bdf425abfb85c9.pdf>>. Acesso em: 13 de maio de 2021.



O objetivo geral deste artigo é analisar como a questão da apatridia infantil é abordada no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, identificando a forma como a Corte lida com questões de apatridia; tornam-se objetivos específicos: compreender não apenas como a Corte entende a temática, como também se o posicionamento é suficiente, levando em consideração as normas do SIDH sobre apatridia e nacionalidade; analisar os dois casos paradigmáticos sobre o assunto; e descrever possíveis violações que possam advir da ausência de nacionalidade.

A presente pesquisa se faz necessária em razão de que, apesar do SIDH trazer proteção aos apátridas e às crianças, separadamente, ainda há situações de apatridia, sobretudo apatridia coletiva, em Estados-membros e Estados sob a jurisdição da Corte Interamericana, que podem causar graves violações de direitos civis e sociais; dualidade de ordens jurídicas - há países sob a jurisdição da Comissão Interamericana, mas não sob a jurisdição da Corte IDH (não é o caso da república dominicana, mas pode ser de outras situações; esses casos são paradigmáticos, mas não exclusivos); o fato de que a República Dominicana permaneceu realizando as mesmas violações revela a ineficácia do sistema e a necessidade de se analisar, por exemplo, a produção de um Parecer Consultivo, vinculante.

De forma a proceder da melhor maneira com o tema aqui apresentado, adota-se a pesquisa bibliográfica, vinculada à análise documental e de legislação, de forma a desvendar as raízes das relações entre Haiti e República Dominicana.

## 2. Nacionalidade e apatridia no sistema interamericano de direitos humanos

A nacionalidade é um conceito comum ao ramo do Direito Internacional, bem como do Direito Constitucional – muito embora, durante anos entendia-se que o direito à nacionalidade deveria partir de regras unicamente estatais, não sendo objeto das normas de Direito Internacional. A nacionalidade estabelece um elo jurídico e social entre o indivíduo e o Estado, instituindo obrigações e direitos para com aquela comunidade político-social. Vale apontar aqui que apenas os Estados – na condição de uma entidade jurídica soberana, detentores de personalidade jurídica internacional – teriam o poder jurídico de imputar o vínculo de nacionalidade aos seres humanos<sup>11</sup>.

Além disso, vale sublinhar que nos Estados divididos em entidades federadas, é responsabilidade do poder central creditar o vínculo de nacionalidade das pessoas e é neste ponto que se encontra a diferença entre *nacionalidade* e *naturalidade*, sendo este último apenas dado ao local de nascimento do indivíduo. A *cidadania*, por sua vez, refere-se à inclusão do indivíduo na comunidade do Estado, permitindo com que aquela pessoa realize processos de interação e territorialização – isto é, fazendo com que aquele indivíduo possa se relacionar com a matriz social, política, econômica e política daquele local, tornando-se um agente ativo e passivo frente aquele espaço físico e simbólico<sup>12</sup>.

---

11 REIS, U. L. S. dos. (2016). *O Brasil e o combate à apatridia no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa. 147 f.

12 REIS, U. L. S. dos. (2016). *O Brasil e o combate à apatridia no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa. 147 f.

Assim, compreende-se a nacionalidade como vínculo jurídico e político de um indivíduo com um determinado Estado<sup>13</sup>, onde virá a exercer direitos exclusivos dos nacionais, sendo matéria de Direito Público Interno e um exercício de soberania desse Estado a criação de distinção entre cidadãos e estrangeiros. É reconhecido, portanto, aos Estados, o direito de definir a extensão dos direitos políticos a quais indivíduos – enquanto se compreenda que direitos civis sejam extensíveis a todo indivíduo, sem distinção<sup>14</sup>.

Há nessa diferenciação o fato de que há direitos gozáveis por todos os seres humanos, a despeito de nacionalidade, unicamente pela condição de sua própria natureza e humanidade, os denominados direitos civis, de ordem privada, extensíveis aos estrangeiros, ainda que na dependência de certa discricionariedade administrativa e do caráter recíproco das relações entre Estados<sup>15</sup>.

E também é necessário mencionar que, para os direitos políticos, esses são apenas extensíveis à população constitutiva daquele Estado, pois são matéria de direito público, constitucionalmente posto, enquanto organização da coisa pública, e a medida na qual um indivíduo participará da organização política desse Estado, sendo tal participação exclusiva de sua população constitutiva<sup>16</sup>, e não da população enquanto conceito demográfico.

---

13 PONTES DE MIRANDA, F. C. (1935). *Tratado de Direito Internacional Privado*. José Olympio: Rio de Janeiro. p.53.

14 BATIFFOL, H.; LAGARDE, P. (1981). *Droit International Privé*. 7. ed., t. 1, Paris: L. G. D. J., p.285.

15 BATIFFOL, H.; LAGARDE, P. (1981). *Droit International Privé*. 7. ed., t. 1, Paris: L. G. D. J., p.285.

16 BATIFFOL, H.; LAGARDE, P. (1981). *Droit International Privé*. 7. ed., t. 1, Paris: L. G. D. J., p.285.

Nesse sentido, da mesma maneira que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, afirma a necessidade de que todo ser humano tenha garantida para si uma nacionalidade, tal afirmação será refletida no texto fundante da Organização dos Estados Americanos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem<sup>17</sup>, também de 1948, mas será na Convenção Americana de Direitos Humanos, 20 anos depois, em 1969<sup>18</sup>, que conhecerá sua definição mais ampla, ao trazer em sua redação que toda pessoa terá, não apenas o direito à nacionalidade, mas o direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, *caso não tenha outra*, proibindo-se expressamente que indivíduos sejam privados arbitrariamente de sua nacionalidade, no artigo 20 e seus parágrafos.

## 2.1. Critérios de nacionalidade

A nacionalidade é um vínculo jurídico-político que cria uma conexão entre o indivíduo e um determinado Estados, nesse sentido, a nacionalidade originária é resultante de um fato natural e involuntário: o nascimento do da pessoa - diferenciando-se da nacionalidade derivada, na qual o indivíduo pode optar, dentro das hipóteses para fazê-lo, por uma outra nacionalidade.

Existem dois critérios que determinam a aquisição da referida nacionalidade, sendo eles: o direito de sangue (*jus sanguinis*)

---

17 Artigo XIX. Toda pessoa tem direito à nacionalidade que legalmente lhe corresponda, podendo mudá-la, se assim o desejar, pela de qualquer outro país que esteja disposto a concedê-la. Vide: OEA – Organização dos Estados Americanos. *Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem*. (Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948).

18 OEA – Organização dos Estados Americanos. (1969). *Convenção Americana de Direitos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”*. (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969).

ou o direito de território (*jus solis*) – no primeiro caso, a nacionalidade é atribuída a todos descendente de uma pessoa daquela nacionalidade; já o segundo caso, a nacionalidade é atribuída àqueles que nascem(rem) no território daquele Estado, independentemente da nacionalidade de seus ascendentes. Na maior parte dos casos, os países das Américas utilizam o *jus solis*, em contrapartida, países da Europa adotam o *jus sanguinis*.

Assim, considerando a totalidade dos critérios de nacionalidade, tanto originária quanto derivada, pode haver a situação de conflito de nacionalidade. Na hipótese de conflito positivo, o indivíduo terá mais de uma nacionalidade originária, considerando-se que a nacionalidade derivada, via de regra, possui o condão de excluir a nacionalidade originária, permanecendo apenas aquela pela qual o indivíduo opta voluntariamente. Já para os conflitos negativos de nacionalidade, há a apatridia, um fenômeno no qual os indivíduos permanecem alheios ao reconhecimento de nacionalidade, isto é, são pessoas sem nenhum vínculo com um Estado de origem, o que prejudica seu gozo pleno de direitos, por não serem nacionais de *nenhuma pátria*.

Dentro dessa possibilidade, configuram-se dois tipos de apatridia, a *de jure* e a *de facto*. A *de jure*, ou apatridia de direito, é aquela na qual há alguma situação de suspensão do direito à nacionalidade no Estado originário, ou porque é um caso de sucessão de Estado, ou uma suspensão de direitos, ou quando a pessoa não tem mesmo direito a nenhuma nacionalidade originária - em suma, quando não há atribuição de nacionalidade por uma questão de direito.

Já na apatridia *de facto*, não há restrição de direito na atribuição e reconhecimento da nacionalidade; aqui, trata-se de uma situação factual que será a causa de não reconhecimento,

como por exemplo, na hipótese do indivíduo ser legalmente compatível com o critério para ser nacional, mas não conseguir ser registrado oficialmente, no caso de uma autoridade que se recusa proceder com o registro, sendo esse o exato caso da República Dominicana e do Haiti, como veremos adiante. Mas antes, é necessário compreender melhor como é feita a definição do direito à nacionalidade na Convenção Americana de Direitos Humanos.

## 2.2. Classificação de apatridia (20.1 E 20.2 Da cadh)

Conforme mencionado no transcórre desta obra, a atribuição de uma nacionalidade é estabelecida por critérios de cada um dos Estados – isto é, por meio de jurisdição interna, os países legislam sobre aquisição, perda e reaquisição das respectivas nacionalidades. Com base nisso, o Direito Internacional (dos Direitos Humanos), e, por conseguinte, a CADH efetivou substancialmente a ideia como um direito fundamental de cada indivíduo.

### Artigo 20. Direito à nacionalidade

1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.
2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra.
3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito de mudá-la<sup>19</sup>.

---

19 OEA – Organização dos Estados Americanos. (1969). *Convenção Americana de Direitos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”*. (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969).

A adoção de tal dispositivo como um dos direitos protegidos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos<sup>20</sup> significa e sublinha a importância e o impacto da nacionalidade no gozo de outros direitos fundamentais, tais como: o direito de proteção à honra, o direito ao exercício político, entre outros. Tudo isso proporciona aos indivíduos das Américas um nível mínimo de proteção jurídica regional, regulamentando que os Estados devem proteger tal obrigação.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos sustentou no Parecer Consultivo 02/82 que:

O objetivo da Convenção não é a troca recíproca de direitos entre um número limitado de Estados, mas a proteção dos direitos de todos os seres humanos nas Américas, independentemente de sua nacionalidade [...]. Ao adotar estes tratados de direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem jurídica dentro da qual, para o bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas em relação aos indivíduos sob sua jurisdição. [...] A Convenção não pode ser vista pelo que ela realmente é: um instrumento ou estrutura jurídica multilateral que permite aos Estados

---

20 A Corte IDH sustentou em um Parecer Consultivo à Constituição Política da Costa Rica que: “A nacionalidade pode ser considerada como o vínculo jurídico e político que une uma pessoa a um determinado Estado por meio do qual ela está vinculada a ele por relações de lealdade e fidelidade e tem direito a sua proteção diplomática. De diferentes maneiras, a maioria dos Estados estabeleceu a possibilidade de pessoas que não tinham originalmente sua nacionalidade adquiri-la posteriormente, geralmente por meio de uma declaração de vontade, sujeita ao cumprimento de certas condições. A nacionalidade em tais casos não depende mais do fato fortuito de ter nascido em um determinado território ou de ter nascido de pais que o tiveram, mas de um ato voluntário destinado a vincular a pessoa que o expressou a uma determinada sociedade política, sua cultura, seu modo de vida e seu sistema de valores.” Cf. Corte IDH. *Parecer Consultivo OC-4/84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. 1984. párr. 35.

emprender, unilateralmente, não violar os direitos humanos dos indivíduos sob sua jurisdição<sup>21</sup>.

Faz-se aqui um contraste com o sistema global, em que, além do artigo 15 da DUDH, aponta que o direito à nacionalidade é um direito humano também previsto na Declaração dos Direitos da Criança – “[a] criança tem o direito desde o nascimento a um nome e uma nacionalidade”, devendo promover os devidos efeitos do dispositivo 21, por meio de acordos, assegurando a colocação das crianças em outros países.

Dentro desse cenário, no exercício de sua função contenciosa, a Corte IDH decidiu sobre a nacionalidade em dois casos paradigmáticos – que serão abordados na seção subsequente.

### **3. Os casos paradigmáticos: apatridia de crianças**

Para melhor demonstrar a análise da situação da apatridia de crianças no Sistema Interamericano, há que se recorrer aos dois casos, os únicos até o momento, sobre apatridia, sobre os quais a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos tenha sido invocada: o Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana, com Sentença de 2005, e o Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas Vs. República Dominicana, com Sentença de 2014.

#### **3.1. Crianças Yean e Bosico**

A partir da compreensão sobre quais as formas distintas pelas quais a apatridia pode se desenvolver, de maneira originária

---

21 Corte IDH. *Parecer Consultivo OC-2/82. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1982, párrs. 27, 29 e 33.



ou derivada, podemos compreender melhor alguns dos casos paradigmáticos da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que diz respeito ao registro civil de pessoas, como ocorre no Caso das Crianças Yean e Bosico – duas crianças, Dilcia Oliven Yean e Violeta Bosico Cofi<sup>22</sup>, cujo acesso a serviços básicos, como educação, foi negado pelo fato de não possuírem a certidão de nascimento da República Dominicana, além de estarem sujeitas à expulsão, por permanecerem apátridas.

Conforme alegado pela Comissão e, posteriormente, afirmado pela Corte em Sentença, a Constituição da República Dominicana vigente à época do caso (2002) garantia o direito à nacionalidade *ius solis* para aqueles nascidos em solo dominicano<sup>23</sup>, o que significa que serão dominicanos todos aqueles que em seu solo nascerem, independentemente da ascendência sanguínea, sem que haja qualquer restrição nesse sentido à aquisição de nacionalidade por aqueles nascidos no país, sendo as únicas exceções os filhos de estrangeiros que estejam na República Dominicana a serviço do país de origem.

Assim, as meninas, ainda que dominicanas por nascimento, não tiveram acesso a esse direito ao registro civil, pois as autoridades competentes as negaram a certidão de nascimento,

---

22 Dilcia e Violeta tinham 2 e 14 anos, respectivamente, à época em que a República Dominicana reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: Corte IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana. Sentença de 8 de setembro de 2005. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_130\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_por.pdf)> Acesso em: 15 de agosto de 2021.

23 Art.11. *Son dominicanos: 1) Todas las personas que nacieren en el territorio de la República, con excepción de los hijos legítimos de los extranjeros residentes en el país en representación diplomática o los que están de tránsito en él.* In: *Political Database of the Americas, Georgetown University. Constitución Política de la República Dominicana de 2002.* Disponível em: <<https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/DomRep/domrep02.html#mozTocId339975>> Acesso em: 15 de agosto de 2021.

permanecendo apátridas. Ao mesmo tempo, não possuíam direito à nacionalidade haitiana, uma vez que a Constituição do Haiti garante o critério de nacionalidade por critério *ius sanguinis* (artigo 11<sup>24</sup>, o que foi alegado pela República Dominicana à época), sem notar que, no entanto, tal critério não é extensível àqueles que, porventura, já possuam outra nacionalidade originária, em virtude do artigo 15, que afirma que “a dupla nacionalidade haitiana e estrangeira não é admitida em nenhum caso”.

A Sentença, de 2005, possui fundamental importância para a afirmação do direito à nacionalidade como direito humano no Sistema Interamericano, tratando-se também de um dos primeiros casos a vincular a apatridia de crianças à ausência de acesso a serviços básicos oferecidos pelo Estado, como a educação, tendo em vista que as crianças não poderiam se matricular em escolas dominicanas sem a certidão de nascimento, permanecendo sem nacionalidade e com direitos restritos<sup>25</sup>.

Permaneceram sem nacionalidade e com direitos restritos até 25 de setembro de 2001<sup>26</sup>, o que causou um ano de afastamento da pequena Violeta Bosico da escola, por não possuir documentos de identificação, sendo que não havia mecanismos para que

---

24 Art. 11: Possui a nacionalidade haitiana originária, qualquer indivíduo nascido de pai haitiano ou mãe haitiana que tenha nascido haitiano e nunca tenha renunciado à sua nacionalidade no momento do nascimento. In: OAS. *La Constitution de La République d’Haïti*, 1987. Disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4\\_hti\\_const.pdf](http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_hti_const.pdf)> Acesso em: 15 de agosto de 2021.

25 DE MORAES, T. G. A. (2016). “O Haiti não É Aqui”: A Apatridia na República Dominicana. In: PERES GEDIEL, J. A.; GUALANO DE GODOY, G. *Refúgio e Hospitalidade*. Curitiba: Kairós Edições. p. 154.

26 Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie\\_c\\_130\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_c_130_por.pdf)> Acesso em: 15 ago. 2021.

um indivíduo apelasse internamente sobre a ausência de documentação, além da discriminação sofrida por seres haitianas, indicando uma política de exclusão por raça ou origem, contra indivíduos provenientes do Haiti, como afirmado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>27</sup>.

A Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, dentro do escopo do Relatório apresentado pela Sra. A. M. Lizin, especialista independente sobre a questão dos direitos humanos e da pobreza extrema, de acordo com a resolução da Comissão de Direitos Humanos 2002/30, em um adendo sobre a missão especial na República Dominicana, e mencionado pela Corte Interamericana em sua Sentença, aborda o racismo no país da seguinte maneira:

O racismo é o principal ingrediente da pobreza na República Dominicana, às vezes entre os próprios dominicanos, mas especialmente em relação aos haitianos e pessoas de ascendência haitiana, cujas famílias, em alguns casos, viveram na República Dominicana por gerações, e haitianos que continuam chegando ao país. Esta situação atende aos interesses dos empresários dominicanos, que recebem com alegria a mão-de-obra haitiana barata, conhecendo a pobreza insistente do Haiti, o que garante um fluxo constante de recém-chegados, reduzindo os salários<sup>28</sup> (tradução nossa).

---

27 Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serieec\\_130\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serieec_130_por.pdf)> Acesso em: 15 de agosto de 2021.

28 UNITED NATIONS. ECOSOC UN Doc. E/CN.4/2003/52/Add.1, parágrafo 8. Disponível em: <<https://documents.un.org/prod/ods.nsf/home.xsp>> Acesso em: 15 ago. 2021.

O caso também é mencionado como referência na afirmação do direito à liberdade religiosa, pois embora não tenha sido o tema principal tratado pelo caso, uma das razões para a negação do registro de nascimento e a respectiva certidão pela Junta Central Eleitoral, desde a resolução 5/88, de 1988, para crianças com mais de 13 anos, era o fato de não se professar a fé católica, sendo necessária a apresentação da certidão de batismo para que fosse realizado o registro (parágrafo 109.22 da decisão da Corte)<sup>29</sup>. O mesmo requisito foi informado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2003 – uma regra criada com o objetivo de excluir haitianos, sabidamente professantes das religiões vodou e saga.

O que se nota é que há um contexto de racismo contra os haitianos na República Dominicana, que se reflete na resistência das autoridades em registrar crianças de origem haitiana, embora nascidas em solo dominicano, possível fruto de um histórico de colonialidade na Ilha de Santo Domingo<sup>30</sup>, que será abordado mais à frente, mas não sem antes compartilhar um outro caso paradigmático, também envolvendo a República Dominicana e migrantes haitianos, em 2014 – demonstrando que não houve alterações substanciais no comportamento do Estado dominicano.

---

29 Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_130\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_por.pdf)> Acesso em: 15 de agosto de 2021.

30 DE SOUZA SILVA, K.; DE AMORIM, L. M. (2019). Migração haitiana e apatridia na República Dominicana: intersecções entre racismo e colonialidade. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, 64 (2), p. 9-35.

### 3.2. Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana

Posterior ao caso das Crianças Yean e Bosico, cuja Sentença foi proferida em 2005, o Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas Vs. República Dominicana<sup>31</sup> também envolve restrições de direitos e apatridia, em razão do não-cumprimento da Sentença anterior por parte do Estado dominicano, ao mesmo tempo em que traz uma situação ainda mais grave: a expulsão coletiva de migrantes, sendo que dos 26 peticionários, 15 eram crianças<sup>32</sup>, que ainda passavam pela mesma situação da ausência de documentação, em razão de discriminação promovida por autoridades do registro civil.

Já sob a égide de um novo texto constitucional, do ano de 2010, a regra de nacionalidade *ius solis* é mantida, porém com uma diferença para o texto de 2002: agora, seriam absolutamente excluídas da nacionalidade dominicana as crianças nascidas em território nacional filhas de pais indocumentados no país ou de estrangeiros que estejam em trânsito pelo país<sup>33</sup>, atingindo diretamente as crianças filhas de haitianos – retrocedendo também em inúmeros outros aspectos, sob influência religiosa, como o casamento entre pessoas do mesmo sexo e as possibilidades de aborto.

---

31 OEA – Organização dos Estados Americanos. (1969). *Convenção Americana de Direitos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”*. (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969).

32 DE MORAES, T. G. A. (2016). “O Haiti não É Aqui”: A Apatridia Na República Dominicana. In: PERES GEDIEL, J. A.; GUALANO DE GODOY, G. *Refúgio e Hospitalidade*. Curitiba: Kairós Edições. p. 154.

33 ACNUR. *Constitución Política de la República Dominicana, proclamada el 26 de enero. Publicada en la Gaceta Oficial No. 10561, del 26 de enero de 2010*. Disponível em: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7328.pdf>> Acesso em: 15 ago. 2021.

Tal nova regra já era controversa, mas se tornaria ilegal para os paradigmas de direitos humanos do Sistema Interamericano, a partir do momento em que o Tribunal Constitucional, na sentença TC/0168/13, de 23 de setembro de 2013<sup>34</sup>, ao analisar o pedido de emissão de cédula de identidade de Juliana Deguis Pierre, cuja identificação havia sido negada sob a alegação de que seus sobrenomes eram haitianos<sup>35</sup>.

O TC julgou o pedido improcedente, invocando a Constituição de 1966 do país, que não concedia nacionalidade a filhos de estrangeiros em trânsito (tal qual a Constituição de 2010), tendo Juliana nascido sob sua vigência e, logo, sendo filha de haitianos “em trânsito”, ou seja, que também não possuíam cédula de nacionalidade, não teria direito à nacionalidade<sup>36</sup>.

Não apenas, a decisão também determinou que a Junta Central Eleitoral realizasse: (i) uma auditoria “minuciosa” para identificar todos os estrangeiros identificados no registro civil desde 1929; (ii) dessa forma, identificar e inscrever em uma segunda lista todos aqueles cujo registro os identificasse como dominicanos, mas cujo critério fosse incompatível com a atual constituição, para privá-los da nacionalidade *ius solis*, por “não terem as condições exigidas”; (iii) separá-los (apenas os considerados “irregulares”) por ano, em listas específicas, desde 1929 até 2007, quando a JCE criou o Livro de Registro

---

34 Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas Vs. República Dominicana*. Sentença de 28 de agosto de 2014. Disponível em: <[https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_282\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf)> Acesso em: 15 ago. 2021.

35 Sentença TC/0168/13, Poder Judicial, 23 setembro 2013. Disponível em: <<https://www.refworld.org/es/docid/5d7fcd99a.html>> Acesso em: 15 ago. 2021.

36 Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas Vs. República Dominicana*. Sentença de 28 de agosto de 2014. Disponível em: <[https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_282\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf)> Acesso em: 15 de agosto de 2021.

de Nascimento de Filho de Mãe Estrangeira Não-Residente na República Dominicana, por meio da Resolução 02-2007; (iv) enviar essas listas ao Ministério das Relações Exteriores, para que fizessem o encaminhamento das listas à embaixada/consulado do país de origem (majoritariamente haitianos) para os “devidos procedimientos legais”<sup>37</sup>.

Tal decisão acabou desnacionalizando centenas de milhares de filhos de haitianos, agora indocumentados, expondo-os à possibilidade de expulsão/deportação, como já havia acontecido em outras ocasiões, listadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em sua petição, em eventos ocorridos nas décadas de 90 e anteriores – que não são analisados pela Corte, por serem anteriores à aceitação pela República Dominicana de sua jurisdição contenciosa, atendo-se a eventos posteriores a 25 de março de 1999<sup>38</sup>.

Assim, a Corte decidiu que a República Dominicana<sup>39</sup>, reincidente, havia violado, além das garantias do reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3), das garantias judiciais e do devido processo legal (artigo 8), do direito a ter um nome (artigo 18), do direito da criança a ser protegida pelo Estado (artigo 19) e o direito à nacionalidade, da qual ninguém poderá ser privado arbitrariamente, entre inúmeros outros, o Estado dominicano também violou o artigo 22, sobre direito de circulação e

---

37 Sentença TC/0168/13, Poder Judicial, 23 setembro 2013. Disponível em: <<https://www.refworld.org/es/docid/5d7fcd99a.html>> Acesso em: 15 ago. 2021.

38 Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas Vs. República Dominicana*. Sentença de 28 de agosto de 2014. Disponível em: <[https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_282\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf)> Acesso em: 15 de agosto de 2021.

39 Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas Vs. República Dominicana*. Sentença de 28 de agosto de 2014. Disponível em: <[https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_282\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf)> Acesso em: 15 de agosto de 2021.

residência, que veda expressamente tanto a expulsão de nacionais do território do país de origem, quanto a expulsão coletiva de estrangeiros, todos do texto da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>40</sup>.

No entanto, nada disso tem impedido que a República Dominicana reincida no comportamento de listar migrantes, privá-los de nacionalidade, ainda que originária, causando uma situação de apatridia de fato - também não impedindo eventuais expulsões coletivas pelos mesmos motivos. Contudo, nenhum desses fatores é isolado e as relações históricas entre as duas metades da Ilha de Santo Domingo têm raízes mais profundas em um complexo processo colonizatório, como se verá adiante.

#### **4. Relações Históricas entre República Dominicana e Haiti**

O tema aqui exposto trata sobre as relações entre dois países cuja divisão fronteiriça não é o único elemento geográfico que os une, sendo também coabitantes de uma mesma ilha, localizada no Caribe. Haiti e República Dominicana, a despeito de suas relações pouco amistosas ao longo dos séculos, compartilham a Ilha de Santo Domingos, com apenas 650km de extensão latitudinal e 241km de extensão longitudinal, entre Cuba e Jamaica.

A ilha, outrora *la Hispaniola*, goza de importante posição histórica: trata-se do primeiro território dominado pelos

---

40 OEA – Organização dos Estados Americanos. (1969). *Convenção Americana de Direitos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”*. (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969).



espanhóis, o *marco zero*<sup>41</sup> da chegada de Cristóvão Colombo às Américas, antes denominada Guanahani pelos povos originários. Mas, ainda assim, se de fato se trata da ilha visitada pelas caravelas Santa Maria, Pinta e Niña, permanece um enigma para historiadores<sup>42</sup>.

O que se sabe, no entanto, é que os habitantes nativos da ilha, como de todas as Antilhas, foram dizimados pelo contato com os espanhóis, seja pela hostilidade das invasões, o regime forçado de trabalho ou as doenças trazidas da Europa, e aos poucos, os europeus substituíram os povos locais por indivíduos escravizados, trazidos do continente Africano<sup>43</sup>.

Aos poucos, o interesse dos espanhóis cessou, em uma ilha com pouco minério e metais preciosos, o que permitiu o avanço da França sobre metade do território, até que, em 1697, a porção leste da Ilha de Santo Domingo foi cedida aos franceses, e mesmo para os padrões de escravidão da época<sup>44</sup>, o tratamento despendido aos escravos nas *plantations* na nova Saint-Domingue era excessivamente violento e humilhante, o que resultava em inúmeras mortes, o que não era experimentado na mesma proporção na metade espanhola da ilha, gerando menos tensões entre brancos e negros, muito embora a desigualdade também fosse presente<sup>45</sup>.

---

41 DUBOIS, L. (2004). *Avengers of the New World: the story of the Haitian revolution*. Cambridge: Harvard University Press, p.13.

42 CARDONA, F. (1974). Cristóvão Colombo... esse desconhecido. *Revista de História*, 48 (98), p. 523-534.

43 DE SOUZA SILVA, K.; DE AMORIM, L. M. (2019). Migração haitiana e apatridia na República Dominicana: intersecções entre racismo e colonialidade. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, 64 (2), p. 9-35.

44 DUBOIS, L. (2004). *Avengers of the New World: the story of the Haitian revolution*. Cambridge: Harvard University Press, p.13.

45 DE SOUZA SILVA, K.; DE AMORIM, L. M. (2019). Migração haitiana e apatridia na República Dominicana: intersecções entre racismo e colonialidade. *Revista*

O fato de que os espanhóis tenham permitido uma certa ascensão social aos negros escravizados e que a parcela da população não emancipada no século 18 era de apenas 15% fez com que houvesse, de certa forma, uma melhor identificação dos habitantes de Santo Domingo com os colonizadores do que seus vizinhos de Saint-Domingue com os franceses.

Simultaneamente, a França vivia a sua própria Revolução, em 1789, e isso inspiraria o ideal emancipatório das colônias, e entre elas, as localizadas nas Antilhas, e os revolucionários, entre eles, Olympe de Gouges, ofereceriam simpatia aos negros e seus ideais<sup>46</sup> – o que, no entanto, não duraria muito tempo.

Tão logo quanto as lutas por emancipação atingiram volume e repeliram violentamente os franceses, os revolucionários brancos de Paris rechaçaram os levantes violentos, tendo de Gouges, inclusive, afirmado que a repressão francesa era justificada pelo comportamento dos negros, e que “os homens não nascem acorrentados” mas que eles provavam, agora, que isso talvez “fosse necessário<sup>47</sup>” – em uma posição que claramente fere seu legado como feminista. Com avanço da revolução dentro da própria França, a *Société des Amis des Noirs*<sup>48</sup> se desfez.

Toussaint L'Ouverture, que havia sido escravo, lideraria a revolução local, libertando os escravos em 1801. A breve liberdade

---

da Faculdade de Direito UFPR, 64 (2), p. 9-35.

46 De Gouges escreveria uma peça teatral para celebrar a amizade entre negros e brancos, *a L'Esclavage des Noirs, ou L'Heureux Naufrage*. In: DE GOUGES, O. (1792). *L'Esclavage des Noirs, ou L'Heureux Naufrage. Drame en Trois Actes et en Prose*. 1792. Disponível em: <[http://theatre-classique.fr/pages/pdf/GOUGES\\_EXCLAVAGEDESNOIRS.pdf](http://theatre-classique.fr/pages/pdf/GOUGES_EXCLAVAGEDESNOIRS.pdf)> Acesso em: 25 de agosto de 2021.

47 DUBOIS, Laurent. (2004). *Avengers of the New World: the story of the Haitian revolution*. Cambridge: Harvard University Press. p.129.

48 DUBOIS, Laurent. (2004). *Avengers of the New World: the story of the Haitian revolution*. Cambridge: Harvard University Press. p.129.

dos habitantes de Saint-Domingue chegaria ao fim, L'Ouverture seria preso e morreria na prisão. Napoleão Bonaparte tentaria reanexar a ilha e retomar as práticas escravagistas, porém, a reação dos negros na ilha seria ainda mais enfática, e todos os brancos da ilha foram exterminados<sup>49</sup>, e em 1804 a porção leste da ilha seria batizada por Jean Jacques Dessalines, sucessor de L'Ouverture, que também havia sido escravo e jurou “vingar as Américas”, de Haiti, em homenagem aos povos originários, tendo sido a mais bem sucedida revolução descolonizadora, subvertendo o poder colonial que havia prosperado no Estado Moderno<sup>50</sup>.

Algumas décadas depois, a República Dominicana, também se emanciparia da Espanha, mas faria questão de se afirmar em sentido contrário, como etnicamente brancos e originariamente espanhóis – o que não é verdade, considerando todo o histórico colonizatório da ilha e a presença de povos originários e de escravos trazidos da África<sup>51</sup>. No entanto, o novo país emancipado receberia atenção internacional em caráter diferente daquele recebido pelo Haiti, atraindo para si investimentos para a Indústria Açucareira<sup>52</sup>.

---

49 DE SOUZA SILVA, K.; DE AMORIM, L. M. (2019). Migração haitiana e apatridia na República Dominicana: intersecções entre racismo e colonialidade. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, 64 (2), p. 9-35.

50 QUIJANO, A. (2005). Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina. *Estudos avançados*, 19, p. 9-31.

51 PEÑA, J. (2012). “*Yo soy negro, pero negro blanco*”: *Hispanicity, Antihaitianismo and Genocide in the Dominican Republic*. (Trabalho de Conclusão de Curso) - Bacharelado em Artes, Wesleyan University, Middletown, Connecticut. Disponível em: <<https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.650.1339&rep=rep1&type=pdf>> Acesso em: 25 ago. 2021.

52 DE SOUZA SILVA, K.; DE AMORIM, L. M. (2019). Migração haitiana e apatridia na República Dominicana: intersecções entre racismo e colonialidade. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, 64 (2), p. 9-35.

Até mesmo o vocabulário colorista utilizado pelos dominicanos é “rico em nuances<sup>53</sup>”, colocando o branco colonizador em status de prevalência social: via de regra, quanto mais branco, mais alta a classe. Assim, a identidade nacional dominicana se construiu em cima da oposição radical entre dominicanos e haitianos, brancos e negros, cristãos e vodus, espanhol e creole<sup>54</sup>.

Ruben Silié, sociólogo dominicano, afirma esse racismo e ideologia da subordinação à branquitude como algo anterior à escravidão<sup>55</sup>, e intimamente relacionados à colonização, pois a branquitude na colônia espanhola substitui uma ausência de nobres locais, o que se reflete em uma abdicação, muitas vezes, da própria identidade pelos poucos povos autóctones sobreviventes, e também dos próprios negros, que foram forçados a abandonar suas culturas - o que se reflete, por exemplo, na necessidade de apresentação de uma certidão de batismo cristão para registro de crianças na República Dominicana.

Juntamente a Guy Alexandre<sup>56</sup>, Silié também tenciona que um dos motivos para tais embates, para além da forma de colonização adotada de ambos os lados da ilha, a proximidade fronteiriça os compele a conflitos por território e pertencimento,

---

53 BOURGEOIS, C. (2013). *Dis-moi quelle est la couleur de ta peau et je te dirai qui tu es. Phénotype, langage et stéréotypes en République dominicaine. Civilisations. Revue internationale d'anthropologie et de sciences humaines*, 62, p. 31-50.

54 BOURGEOIS, C. (2013). *Dis-moi quelle est la couleur de ta peau et je te dirai qui tu es. Phénotype, langage et stéréotypes en République dominicaine. Civilisations. Revue internationale d'anthropologie et de sciences humaines*, 62, p. 31-50.

55 SILIÉ, R. (1989). *Eslavitud y prejuicio de color en Santo Domingo. Boletín de Antropología Americana*, 20, p. 163-170.

56 SILIÉ, R.; ALEXANDRE, G. (1993). *Las relaciones entre Haití y República Dominicana. Ciencia y sociedad*, 18(3), p. 231-237.

o que é comum a muitos territórios nas mesmas condições de proximidade.

De toda sorte, a binariedade da afirmação de ser ou não-nacional inclui os haitianos nesse *entre-lugar*, tomando a acepção de Homi Bhabha<sup>57</sup>, o interstício fluido de uma nacionalidade ditada pelas fronteiras e que nos retornam à discussão inicial sobre territorialização, de que, em verdade, inclui-se os humanos nessa dicotomia de sentido sobre as próprias identidades, e o indivíduo se transforma na própria fronteira.

## 5. Considerações finais

Assim, o que pode ser depreendido da bibliografia e documentação analisadas, é que há uma construção social exclusiva e que fomenta as práticas de deportação em massa de haitianos, justamente em razão da privação de nacionalidade, o que é um reflexo de como as relações na Ilha de construíram, mesmo em um espaço tão pequeno como o da *Isla Hispaniola*.

E tal conjunção afeta sobretudo aqueles que, para Homi Bhabha, são o “entre-lugar”, no qual o indivíduo se torna a própria fronteira, móvel, flutuante, na “desordem enunciatória do presente colonial<sup>58</sup>”, o intervalo articulado da incerteza, entre ser e não-ser, no discurso que, perversamente, digere o colonizado, em um território de ausência meticulosamente projetado para a exclusão.

Isso se reflete de forma importante nos casos paradigmáticos aqui analisados, sob o prisma do reconhecimento de

---

57 BHABHA, Homi K. (1998). *O Local da Cultura*. Belo Horizonte: Editora UFMG.

58 BHABHA, Homi K. (1998). *O Local da Cultura*. Belo Horizonte: Editora UFMG, p.182.

nacionalidade e do Direito Internacional. A determinação de quem são os nacionais continua sendo uma competência interna dos Estados. No entanto, sua descrição nesta área está sendo constantemente restringida de acordo com a evolução do próprio direito, com vistas a uma maior proteção do indivíduo contra a arbitrariedade dos Estados.

Tanto em Crianças Yean e Bosico quanto em Pessoas Haitianas e Dominicanas Expulsas, a atuação das autoridades registrais quanto ao não-registro de crianças filhas de haitianos é, além de outros elementos, comuns a contextos fronteiriços, sobretudo em um território tão pequeno, um reflexo do racismo estrutural vivido na Ilha, uma consequência da construção histórica distinta de ambos os lados de uma Ilha de diminutas proporções territoriais, que traz consequências devastadoras para milhares de pessoas que permanecem apátridas e, como descrito nos dois casos paradigmáticos, expostas à expulsão coletiva.

A possibilidade de que pessoas sejam privadas de seus direitos mais básicos em razão de sua origem étnica, a despeito da reincidência da República Dominicana, é incompatível com o momento atual de desenvolvimento de Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois o poder dos Estados é limitado, por um lado, por seu dever de proporcionar aos indivíduos proteção igual e efetiva da lei e sem discriminação, e, por outro lado, por seu dever de prevenir, evitar e reduzir a apatridia.

As duas decisões são essenciais à compreensão da dimensão *de facto* da apatridia, tendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao entender que a importância da nacionalidade está locada no fato de que ela, como vínculo jurídico-político a um Estado, permite ao indivíduo adquirir e exercer os direitos e responsabilidades de pertencer a uma comunidade política - em um embate que, no entanto, aparenta estar distante de conhecer um fim.

# Instituto Interamericano de Derechos Humanos

## Asamblea General

(Composición 2021)

### *Presidencia Honoraria*

Thomas Buergenthal  
Sonia Picado

Claudio Grossman  
*Presidente*

Mónica Pinto  
*Vicepresidenta*

Wendy Singh  
*Vicepresidenta*

Carlos M. Ayala Corao  
Lloyd G. Barnett  
Eduardo Bertoni  
Allan Brewer-Carías  
Antonio A. Cançado Trindade  
Santiago A. Cantón  
Douglass Cassel  
Margaret Crahan

Robert K. Goldman  
María Elena Martínez Salgueiro  
Juan E. Méndez  
Elizabeth Odio Benito  
Nina Pacari  
Carlos Portales  
Víctor Manuel Rodríguez Rescia  
Hernán Salgado Pesantes  
Fabián Salvioli  
Mark Ungar  
José Antonio Viera Gallo  
Renato Zerbini Ribeiro Leao

José Thompson J.  
*Director Ejecutivo*

### **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

Antonia Urrejola Noguera  
Julissa Mantilla Falcón  
Flávia Piovesan  
Margarette May Macaulay  
Esmeralda Arosemena de Troitiño  
Joel Hernández García  
Edgar Stuardo Ralón Orellana

### **Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Elizabeth Odio Benito  
Leoncio Patricio Pazmiño Freire  
Eduardo Vio Grossi  
Humberto Antonio Sierra Porto  
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot  
Eugenio Raúl Zaffaroni  
Ricardo Pérez Manrique

REVISTA **IIDH**

La Revista IIDH es una publicación semestral  
del Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de los Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.



