V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS IV

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

MARIANA BLENGIO VALDÉS

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito internacional dos direitos humanos IV [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann, Mariana Blengio Valdés – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-238-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito internacional. 3. Direitos Humanos. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS IV

Apresentação

O V Encontro Internacional do CONPEDI em Montevidéu, realizado em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai, é a primeira ação internacional do CONPEDI na América Latina. Apresentou como temática central " Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina". Esse tema suscitou intensos debates desde a abertura do evento e desdobramentos ao decorrer da apresentação dos trabalhos e da realização das plenárias. Particularmente, mereceu destaque no Grupo de Trabalho "Direito Internacional dos Direito Humanos IV", na medida em que inequivocamente muito além do que promover a socialização de conhecimento sobre as diferentes culturas e tradições jurídicas do continente, os participantes estão convidados a uma reflexão sobre o papel das instituições e da revalorização da política pública como forma de um renovado desenvolvimento com igualdade. Se por um lado o desenvolvimento latino-americano, sua história, presente e futuro, têm sido objeto de inúmeras análises, hipóteses e controvérsias. Mas, por vivermos em uma época de elevada incerteza global, o debate público sobre seus dilemas e oportunidades em nossa região se torna ainda mais relevante.

Sob a coordenação da Profa. Pós-Dra. Edna Raquel Hogemann (UNESA/UNIRIO) e da Profa. Dra. Mariana Blengio Valdés da Universidad de La Republica de Uruguay, o GT "Direito Internacional dos Direito Humanos IV" promoveu sua contribuição, com exposições orais e debates que se caracterizaram tanto pela atualidade quanto pela profundidade das temáticas abordadas pelos expositores.

Eis uma breve síntese dos trabalhos apresentados:

Sob o título O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E O CASO DO CONDOMÍNIO "BARÃO DE MAUÁ": A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS FRENTE AOS INTERESSES DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS, o autor Lucilo Perondi Junior investiga o caso do Condomínio Barão de Mauá, em que a denúncia foi aceita pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e verificou-se que o sistema interamericano de direitos humanos se mostrou mais efetivo na proteção dos direitos humanos do que o ordenamento jurídico brasileiro.

Gláucia Kelly Cuesta da Silva apresentou o trabalho PROJETO DE VIDA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO LOS “NIÑOS DE LA CALLE” em que a partir do caso “los niños de la calle” traz à discussão o chamado projeto de vida das crianças e adolescentes e a necessidade de evitar sua violação, havendo relação direta desse com o desenvolvimento humano de um Estado-Nação.

VERDADE E DEMOCRACIA: O DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS NA DITADURA BRASILEIRA é o título do trabalho apresentado por Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti e Olívia Maria Cardoso Gomes que se propõem a refletir criticamente a respeito dos casos de desaparecimento forçado de pessoas que se constitui como uma conduta ofensiva ao princípio da dignidade e importa em graves violações aos direitos humanos, sendo considerada pela comunidade internacional como um crime contra a humanidade.

Marcos Antônio Striquer Soares e André Salles de Faria discorreram sobre UMA ANÁLISE SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS À IGUALDADE E À DIFERENÇA NO CONSTITUCIONALISMO MODERNO apresentando uma discussão sobre as medidas adotadas pelo Brasil para proteger os direitos à igualdade e à diferença e a necessidade de políticas integrativas e da adesão dos indivíduos para atingir este fim. Este entendimento exige uma análise histórica-legislativa das transformações sociais e da superação das ideias de existência de sujeitos superiores e inferiores.

A IMPLEMENTAÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS DO BRASIL E ARGENTINA é o título da apresentação de Thiago Aleluia Ferreira De Oliveira. O artigo enfrenta o Controle de Convencionalidade na efetividade dos Direitos Humanos em perspectiva comparada, com ênfase nos diálogos entre a Corte Interamericana e as jurisdições constitucionais domésticas do Brasil e da Argentina.

Carolina Fernández Fernandes , Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff são autoras do artigo sob o título: RUMO A UM MÍNIMO ÉTICO COMUM: AS CONTRIBUIÇÕES DA DECLARAÇÃO DE HELSINKI À EQUALIZAÇÃO DO DEBATE ENTRE UNIVERSALISMO E RELATIVISMO, que em apartada síntese se propõe estudar a contribuição da Declaração de Helksinki para o debate entre universalismo e relativismo, para a construção de um universalismo pluralista que resguarde um mínimo ético comum em relação às pesquisas clínicas e as questões bioéticas.

ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE ENTRE ESTADOS COMO UM POSSÍVEL FUNDAMENTO PARA A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: RELAÇÃO ENTRE O IDEÁRIO SOLIDARISTA E OS DIREITOS HUMANOS NA ESFERA INTERNACIONAL é o título do artigo apresentado por Aneline dos Santos Ziemann e Jorge Renato Dos Reis que tem por objetivo verificar se o princípio da solidariedade poderia figurar como fundamento para a internacionalização dos direitos humanos.

Fernanda Brusa Molino é a autora de O INSTITUTO DO REFÚGIO E NOVAS POSSIBILIDADES DE AJUDA HUMANITÁRIA FRENTE AOS RECENTES FLUXOS MIGRATÓRIOS NO BRASIL: ANÁLISE DO PROJETO DE LEI Nº 2516/2015., artigo que trata dos conceitos e princípios adotados na Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 bem como se deu Protocolo de 1967, demonstrando a caracterização do instituto do refúgio e de princípios importantes no âmbito internacional, analisando também a legislação brasileira relacionada à implementação da Convenção pela legislação pátria demonstrando a atuação presente do Brasil na defesa dos direitos humanos e na recepção de refugiados.

O ALTO COMISSARIADO E SUA CAPACIDADE DE ATUAÇÃO FACE AOS PROBLEMAS MIGRATÓRIOS foi apresentado por Elaine Cristina Lopes Barros e Sandro Alex De Souza Simões. Nesse artigo os autores se propõem desvelar o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados e analisar sua capacidade de atuar com os problemas que tem se apresentado com o agravamento da crise migratória.

Maria do Socorro Almeida de Sousa e Cassius Guimaraes Chai são as autoras do ensaio intitulado DIREITOS HUMANOS: UMA APROXIMAÇÃO TEÓRICA no qual promovem, através de revisão da literatura, uma aproximação teórica da doutrina dos direitos humanos, que abrigam controvérsias de matizes variados, alusivas a sua conceituação, à terminologia adequada para fazer-lhes referência, a sua fundamentação e à sua classificação.

DIREITO CONVENCIONAL E TRANSJURIDICIDADE DO CORPUS JURIS INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS foi apresentado por Luis Carlos dos Santos Lima Sobrinho e Luciano Mariz Maia. O artigo tem por objeto os direitos humanos e objetiva analisar abordar aspectos inerentes às formas de interpretação do direito convencional e à transjuridicidade dos direitos humanos, como o processo normativo transnacional, a fertilização cruzada, os empréstimos judiciais, os transplantes.

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann - UNIRIO-UNESA

Profa. Mariana Blengio Valdés - UDELAR

AVANCES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y MEDIO AMBIENTE: CRÍTICA AL SISTEMA AMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

PROGRESSOS EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS E MEIO AMBIENTE: A CRÍTICA DO SISTEMA AMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Juan Manuel Rivero Godoy

Resumo

El presente artículo tiene como objetivo exponer la escasa eficacia y desarrollo que tienen los derechos humanos en el sistema interamericano y especialmente con relación al medio ambiente. En primer lugar, se hará una descripción somera del sistema interamericano y el acceso a las garantías que él provee en América Latina. En segundo lugar, el relacionamiento entre la Convención Americana de Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador y su aplicación a la luz de los derechos en ellas consagradas y la ausencia de posibilidades, bajo el actual esquema del sistema de derechos humanos latinoamericano, para proteger y hacer valer reclamaciones que se vinculen directamente con el medio ambiente.

Palavras-chave: Medioambiente, Efectividad, Derechos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

O presente artigo tem como objectivo expor a escassa eficácia e desenvolvimento que têm os direitos humanos no sistema interamericano e especialmente com relação ao meio ambiente. Em primeiro lugar, fá-se-á uma descrição somera do sistema interamericano e o acesso às garantias que ele provê em América Latina. Em segundo lugar, o relacionamento entre a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Protocolo de San Salvador e seu aplicativo à luz dos direitos nelas consagradas e a ausência de possibilidades, baixo o atual esquema do sistema de direitos humanos latinoamericano, para proteger e fazer valer reclamações que se vinculem directamente com o medioambiente.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Medioambiente, Efectividade, Direitos humanos

1. Introducción

Desde 1969 a través de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) la protección de los más básicos derechos humanos ha venido en pleno auge y desarrollo, pero no como para consagrar, realmente, la existencia de un sistema garantista en la región que facilite el acceso de los seres humanos a eso que se llama "justicia"[1]. Esta afirmación surge de considerar que el actual Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) no favorece una efectiva protección de los individuos y colectividades, en cuanto a las relaciones entre derechos humanos y medio ambiente. Incluso, no debería existir diferencia, entre derechos individuales y colectivos cuando todos tienen el mismo denominador común: al ser humano y su dignidad (desde una visión antropológica). Además, se podrá apreciar que para acceder a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte I.D.H) primero hay que agotar el mecanismo político-jurídico[2] de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDDHH) que es un órgano que integra la Organización de Estados Americanos (OEA) y por ende con netas connotaciones políticas más que jurídicas. Por lo que el eventual "día ante el tribunal" depende de factores ajenos a una real consideración del mérito sobre el asunto, basado en argumentos humanistas, como es el acceso a la justicia y un efectivo reclamo sobre un medio ambiente sano.

Por otro lado, y en plena conexión con lo mencionado, el Pacto de San Salvador (1988) que integra el SIDH y complementa al Pacto de San José de Costa, con los derechos en materia económica, social y cultural, favorece la defensa de un medio ambiente sano donde el ser humano pueda vivir, pero no ha logrado desarrollar este aspecto, lo cual deja en plena desventaja la protección del medio ambiente, salvo que haya una conexión directa a la vulneración de un derecho humano específico consagrado en la CADH o en el Protocolo de San Salvador. Finalmente, se concluirá en que una reforma del sistema es urgente si se quiere avanzar en materia de derechos humanos y medio ambiente, cumpliendo esa idea protectora que se plasmó en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y que sentó las bases del derecho

[1] El término se presenta ambiguo y vago, por lo que solo puede identificarse con una idea muy subjetiva de lo que cada individuo, sociedad u organización comprende del término.

[2] La CIDDHH es un órgano político de la O.E.A pero que se ajusta en sus funciones a procedimientos jurídicos, establecidos en la CADH de 1969.

consuetudinario en materia de derechos humanos y estableció los principios fundamentales, incluso la consagración del llamado "*ius cogens*".

2. Los derechos humanos en el sistema interamericano

Cuando se habla de derechos humanos se hace referencia a un conjunto de aspectos vinculados, en primer lugar, a la dignidad humana y en segundo lugar, a todo de lo que de ella se desprenda en estrecha conexión a los derechos que tienen su fundamento en el carácter inherente de la persona humana[3] o de la forma republicana de gobierno. En ese sentido, se puede hablar de derechos sociales, civiles, culturales, económicos, políticos, etc., que funcionan de forma universal, interdependiente e indivisible entre sí. Incluso, se les ha dado varios nombres como derechos de primera, segunda o tercera generación, inclusive una cuarta generación. Así fue reconocido en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena de 1993 al declararse que todos los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos humanos y sus subsecuentes desarrollos son considerados universales, indivisibles e interdependientes. Sin embargo, ese punto solo muestra un mínimo aspecto de la problemática: la efectividad de los derechos humanos. Esto último tiene directa vinculación con un real ejercicio de los derechos humanos, sea individual o colectivamente.

En consecuencia, el actual SIDH dispone de una Convención o también conocido como "Pacto de San José de Costa Rica" que establece los medios por los cuales un individuo o conjunto de individuos puede presentarse a uno de sus órganos, en este caso, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esta CIDDHH obra a manera de filtro, en materia de las futuras demandas que ella puede presentar ante la Corte I.D.H, en función de su reglamento de funcionamiento interno.

Asimismo, para poner en marcha el sistema, primero, hay que agotar todos los recursos internos (legales y administrativos) del Estado del cual sea nacional el individuo que reclama o del Estado en que actualmente se encuentra y vulnera sus derechos, esto último para el caso de no ser nacional de ese Estado y tener una residencia permanente u ocasional. Esta ausencia de agotamiento de los recursos (procesales o administrativos) es lo que la CIDDHH controla a

[3] Referencia como esta se puede visualizar en la disposición del Art. 72 de la Constitución uruguaya.

efectos de seguir con el procedimiento (de corte administrativo-político y jurídico). Así lo dispone el Art. 46 de la CADH en el párrafo 1. A[4].

Uno de los objetivos de la CIDDHH es efectuar recomendaciones al Estado infractor o buscar una solución amistosa, las cuales no son obligatorias sino meramente exhortativas, aunque ya pueden anticipar una futura demanda ante la Corte Interamericana de mantenerse las causas que dan origen a la denuncia. Aún así y de persistir la vulneración, la Comisión puede presentar el caso ante la Corte Interamericana y se seguirá un juicio internacional entre la *Comisión vs. El Estado* a efectos de obtener una sentencia indemnizatoria, una medida cautelar o una medida de garantía de no reiteración, según las diferentes variantes procesales.

Se puede ver en esta primera etapa, ante la Comisión, una primera vulneración de los derechos básicos de cualquier ser humano: el acceso a la Corte I.D.H, directamente. Esta posibilidad vedada por los textos, no hace suponer que el individuo humano no sea sujeto de derecho a nivel internacional, sino solamente manifestar una vulneración a sus más básicas garantías de ser oído por un tribunal internacional. Esta vulneración queda manifiesta cuando es la Comisión quien decide la suerte procesal y de fondo en el caso presentado por los individuos. Por otra parte, no hay que olvidarse de la expresa autorización de cada Estado Parte al reconocimiento de la jurisdicción de la Corte, lo cual constituye un nuevo obstáculo a las más mínimas garantías de acceder al tribunal, violentando la dignidad humana de ser oído.

No sucede lo mismo en el caso de la Comisión Interamericana cuando es un individuo o grupo de individuos (Art. 44 de la CADH) que denuncia a un Estado, sin embargo se requiere reconocimiento de su competencia cuando se trate de casos de denuncias entre Estados (Art. 45 pár. 1). Pero, lo importante aquí es la Corte dado que es la que sienta la jurisprudencia del sistema y quien emite una sentencia internacional vinculante, con el valor que ello supone. Si se hace una comparación con el Sistema de África se puede encontrar similitudes, en el mismo sentido. Pero si se acude a la Corte Europea de Estrasburgo (en adelante TEDH) en materia de derechos humanos, se puede observar que el acceso es directo. Ello sí constituye una real garantía de -al menos- "ser oído" y de levantar las barreras judiciales.

Por otra parte, los derechos que establece la Convención Americana son básicamente de aquellos que ya están reconocidos en términos generales por las respectivas jurisdicciones

[4] *"1.Para que una petición o comunicación presentada conforme… se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos*".

domésticas y que complementan en lo regional lo ya reconocido en la Declaración Universal de 1948, pero que en ocasiones se ven frustrados por la ausencia de garantías procesales, como la inexistencia de un rápido, sencillo y efectivo recurso judicial (Art. 25). Eso supone la vulneración de los Estados Partes de la CADH de la obligación general del Art. 1 por no adoptar las medidas necesarias para proteger los derechos de fondo o incluso las garantías de un juicio. Por ejemplo, en Uruguay no se dispone de una jurisdicción especializada en temas ambientales conexos con los derechos humanos ni tribunales especializados en los controles de convencionalidad.

En esa medida, la jurisprudencia de la Corte I.D.H es amplia y profunda en materia de vulneración de la existencia de recursos judiciales y de las reiteradas violaciones a las obligaciones generales establecidas en el art. 1 de la CADH. Es al mismo tiempo, con relación a esto último, paradójico con la imposibilidad de que cualquier individuo acceda a la Corte directamente. Bajo la actual visión de los derechos humanos, alguna doctrina utiliza el término "*ius cogens*"[5]. Estas disposiciones que existen en el SIDH son claramente violatorias de la dignidad humana al privar el acceso al tribunal. El propio SIDH ha nacido viciado "*ab initio*" al vulnerar que los justiciables no puedan acceder a los jueces en busca de su "justicia".

3. El medio ambiente en el sistema interamericano como objeto de protección

Se ha mencionado que el Protocolo de San Salvador (en adelante PSS) ha venido a complementar una serie de derechos económicos, culturales y sociales que no estaban en el Pacto de San José de Costa Rica. Solamente el Art. 26 de la CADH establece una especie de salvaguarda económica, pero supeditada al avance y medida de desarrollo que los Estados generen. Así los menciona el Art. 26 *"Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos…"*. Uno de esos aspectos es el medio ambiente, sea que se enmarque en la cultura, en la economía o en las cuestiones sociales. En ese sentido, la disposición del Art. 11 expresa el derecho a vivir en un medio ambiente sano (*healthy environment*). La disposición establece "1. *Everyone shall have the right to live in a healthy environment and to have access to basic public services. 2. the States Parties shall promote the protection, preservation, and improvement of the environment.*"

[5] Acorde a los parámetros que indica el Art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Así expresada, la disposición no dice demasiado, sino que es hasta muy vaga e imprecisa en cuanto a su alcance y extensión. Pero, tampoco tiene alguna relación que incorpore o que se relacione a la noción de "desarrollo sostenible", por lo que se puede inferir que basta demostrar que el medio ambiente en el que se vive no es sano para poder obtener su protección, al menos en una interpretación al pie de la letra. La disposición del Art. 11 del PSS no exige un equilibrio con las modernas visiones sobre la sostenibilidad; concebida ésta, según el Banco Interamericano de Desarrollo (2011: 17) "*como un compromiso que permitiera equilibrar las metas económicas, ambientales y sociales entre las generaciones presentes y futuras"*. Sin embargo, todo lo contrario, no hay referencia, por lo que la construcción de una categoría jurídica es fundamental y sumamente necesaria.

¿*Cuál es la importancia de todo esto*? La respuesta dependerá de las interpretaciones del texto y del alcance que se pretende construir o descubrir. El desarrollo sostenible permite que haya una estrecha interrelación entre el avance de la sociedad tecnológica y de consumo con el respeto por un medio ambiente libre de contaminación, entendida ésta como toda actividad que se origina directa o indirectamente por la acción humana y que genere tales efectos contaminantes. Lo que hace jugar un rol muy importante a los poderes públicos nacionales que otorgan los permisos para explorar y explotar recursos naturales o realizar actividades que puedan poner en riesgo el medio ambiente, a los que realizan directamente las actividades en búsqueda de la ganancia económica o financiera y el de quienes solo defienden un medio ambiente libre de cualquier contaminación provocada por el ser humano, sea de forma individual o a través de empresas transnacionales.

Asimismo, si se toma el texto de San Salvador se podrá observar que no hay referencia a este desarrollo sostenible, sino al medio ambiente como objeto específico de regulación. Tampoco se lo conecta a algún derecho humano específicamente vulnerado. El derecho así consagrado, al medio ambiente, aparece desligado de una conexión accesoria e instrumental de cada derecho humano establecido en la CADH o en el PSS, por lo menos así se concluye cuando se lee el Art. 11. Por el contrario, del análisis empírico de los casos jurisprudenciales de la Corte I.D.H la única manera en que dicho tribunal se ha expresado –hasta ahora- en relación al medio ambiente ha sido cuando se lo relaciona a la vulneración de un derecho concreto.

Puede haber una o dos explicaciones. Primero, el Protocolo de San Salvador no permite –jurídicamente- acceder a reclamos fundados sola y exclusivamente en el Art.11. Se desprende directamente de sus disposiciones. Así los dispone el Art. 19 en sus numerales 6 y 7:

6. Any instance in which the rights established in paragraph a) of Article 8 and in Article 13 are violated by action directly attributable to a State Party to this Protocol may give rise, through participation of the Inter-American Commission on Human Rights and, when applicable, of the Inter-American Court of Human Rights, to application of the system of individual petitions governed by Article 44 through 51 and 61 through 69 of the American Convention on Human Rights.

7. Without prejudice to the provisions of the preceding paragraph, the Inter-American Commission on Human Rights may formulate such observations and recommendations as it deems pertinent concerning the status of the economic, social and cultural rights established in the present Protocol in all or some of the States Parties, which it may include in its Annual Report to the General Assembly or in a special report, whichever it considers more appropriate.

La otra explicación es la falta de una categoría jurídica sobre el medio ambiente independiente que permita su protección, no solo porque se ven afectados determinados derechos humanos de las convenciones latinoamericanas sino porque el medio ambiente de por sí es la base del ejercicio de todos los derechos, deberes, actividades, desarrollo, etc., que hacen a la propia sostenibilidad del hábitat donde tales situaciones tienen lugar y al mismo tiempo es foco de tensiones entre las actividades económicas que ahí se despliegan por el Estado o las empresas multinacionales . Si bien es cierto que el PSS no hace referencia al desarrollo sostenible, ello no impide que en la construcción del contenido y alcance del concepto esté presente tal noción. De esa forma habría repercusiones jurídicas porque se dispondría de un concepto (o al menos un constructo de él) sobre el término "medio ambiente sano" y con sus derivaciones prácticas. Las cuales redundarían en que se podría anticipar el deterioro del medio ambiente y tomar medidas cautelares o provisionales, según sean ante la Corte I.D.H o ante la CIDDHH, evitando esperar a que cualquier derecho humano básico sea vulnerado como la vida, la integridad física y mental, salud, vivienda, alimentación, educación, etc., para lo cual sería demasiado tarde. No alcanza con el principio contaminador-pagador.

Claro está que el activismo de la Corte I.D.H es y sería fundamental, al igual que el de la CIDDHH, en similar medida al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) en el sentido de que promuevan desde lo jurídico-político denuncias por violaciones al medio ambiente sin tener que esperar que efectivamente se vulneren tales derechos básicos ni esperar la

autorización de los Estados para ser denunciados ante su jurisdicción. Facilitaría, además, que ante actividades económicas-tecnológicas, como la extracción de recursos naturales, los individuos sea en forma individual como colectiva puedan exigir de sus autoridades gubernamentales, locales, municipales el respeto al medio ambiente sano.

Es lógico que este planteamiento tiene por base los mandatos provenientes a lo largo de la historia de la evolución de los derechos humanos y su deseo firme de promover y generar, consolidando al mismo tiempo, la llamada "conciencia universal". Ese activismo jurídico-institucional se funda en un cambio de paradigma en las cuestiones relacionadas a la soberanía y el poder que los Estados han dado a los órganos del SIDH, insuficiente hoy día.

Ya no puede ni debe ser una excusa que la Corte o la Comisión solo pueden hacer lo que sus reglamentos y las convenciones, que las prevén, disponen. El objetivo de su creación fue equilibrar la balanza de inequidades y flagrantes violaciones a los derechos humanos en la región, sea producto de las atrocidades de las dictaduras cívico-militares, sea por la pésima gestión económica, sea por el descuido en el crecimiento de la pobreza, sea por aspectos ambientales. Es tiempo que si todo el sistema y fundamento ontológico-deóntico de los derechos humanos es la dignidad humana, entonces se cumpla. Esos obstáculos provienen de los propios Estados que crean las convenciones y que limitan su funcionamiento y el de los órganos que ellos instituyen. Al final de cuentas termina siendo una falacia garantista el SIDH, al menos así como hoy está concebido.

No hay efectividad de derechos ni equidad ni garantías cuando el sistema está colapsado desde sus raíces. Hoy se necesita que el SIDH evolucione, no hay que olvidar que la existencia de terceros imparciales, que se suponen lo son tanto la Corte I.D.H como la CIDDHH, es la única forma de equilibrar la balanza y un real compromiso por parte de los Estados, quienes son los primeros garantes de proteger, promover y efectivizar el conjunto de los derechos humanos.

4. La construcción del concepto de medio ambiente como derecho humano

Antes de iniciar valgan dos aclaraciones previas. La primera tiene relación con el hecho de que este punto es un intento de construir los lineamientos que hacen al contenido del derecho humano al medio ambiente desligado de la noción de que el medio ambiente solo puede protegerse si afecta al ser humano en sus derechos básicos y que únicamente actúa como soporte físico de su desarrollo, en cuanto personas dignas de protección. La segunda, es que su construcción depende de factores políticos y de la lucha de poderes entre la economía-tecnología y el desarrollo

sostenible, por lo que su contenido debe nuclear estos pilares sin descartarse otros que a futuro surjan.

En ese sentido, el Protocolo de San Salvador es bastante claro en cuanto a la posibilidad de reclamar un ambiente sano y no esperar a que se relacione específicamente a un derecho infringido en la CADH o en el propio PSS. La disposición del Art. 11.1 expresa "*Toda persona tiene el derecho de vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos*". Como se podrá apreciar, el concepto de medio ambiente no tiene significación ni es definido epistemológicamente en cuanto tal. Sin embargo, la poca delimitación del término favorece la amplia gama de situaciones que pueden caer bajo la órbita de la disposición en estudio y extender su campo de aplicación a distintas realidades que vulneran a individuos en toda Latinoamérica, afectando ciudades, pueblos, lagos, ríos, etc.

Así lo expresa Pérez Bustamante (2007: 31-32):

Como se adelantara, el daño ambiental generalmente repercute con mayor intensidad en quienes viven en la pobreza, no correspondiendo esa carga al nivel de satisfacción de necesidades y expectativas de dichos grupos. … el costo del desarrollo es pagado por quienes no disfrutan de sus beneficios… la gran mayoría de las muertes por contaminación del aire y del agua se verifican entre los pobres de los países en desarrollo quienes viven más cerca de las fábricas contaminantes.

Este aspecto no hace más que poner en tela de juicio los peligros que sufre el medio ambiente, sobre todo cuando se habla de "daño ambiental". Así lo expresa Barboza (2008: 541):

Son varias las fuentes de donde provienen: del incremento de la industria y de la agricultura intensiva, de la enorme generación de energía, tanto de origen termoeléctrico como nuclear, de la depredación de los recursos vivos, de la explosión demográfica, de la calefacción doméstica, de la miseria, de la superabundancia de automotores, de aviones y de buques, de la guerra, y de muchos otros rasgos de la vida moderna que sería largo enumerar.

A raíz de la contemplación de estos problemas que afectan al medio ambiente es que surgen acciones tendientes a considerarlo como objeto especial de protección. Al margen de que siempre hay una referencia antropológica: el ser humano. Entonces surge en función de esa variable: la Conferencia de Naciones Unidas sobre medio ambiente de Estocolmo con su Declaración de 26

Principios[6] , la creación del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), la Conferencia de Río de 1992 con sus derivadas convenciones sobre cambio climático y diversidad biológica, el Protocolo de Kyoto, Rio 2012, el Acuerdo de París, entre otros. Todo este *hard core* sobre el medio ambiente o pilar fundamental contempla el desarrollo sostenible, las cuestiones tecnológicas, la cuestión económica-financiera, los recursos naturales, etc. Por lo que sobran elementos para reclamar el vivir en un medio ambiente sano. De ahí que todas estas convenciones, declaraciones y planes de acción internacionales (obrando incluso como costumbre) pueden dar contenido a la expresión "medio ambiente sano" previsto en San Salvador. Por lo menos como de punto de partida.

Desde un punto de vista que enfoca al objeto de tutela el medio ambiente es considerado por Magariños de Mello (2005: 213) como:

… la característica específica fundamental de lo ambiental es su globalidad, la naturaleza holística del objeto. De ahí que la consideración jurídica del problema implique prácticamente su evaluación transnacional. Esto porque ontológicamente medio ambiente es TODO, en el sentido… no solamente es todo en cuanto a los componentes del entorno inmediato. Ese todo circundante se integra indisolublemente en un todo general planetario, constituye el asiento global de la vida en un ámbito que llamamos Biósfera. Esta unidad del Medio ambiente es la que le otorga el carácter de objeto jurídico diferente, absolutamente distinto de sus elementos.

Regresando al punto de origen, en la disposición del Art. 11.1 del PSS no hay una relación necesaria a la violación de un derecho humano considerado fundamental para que el medio ambiente sano sea digno de protección o para que active algún mecanismo tendiente a su protección. Esa limitación a la efectividad de reclamos basados únicamente en la protección del medio ambiente ha sido establecida de forma arbitraria por la política estatal de los Estados "promotores" de los derechos humanos y garantes de su protección (paradoja y falacia garantisita). Una de sus manifestaciones es la existencia de un recurso rápido y sencillo.

En este último sentido, se habla de "*obligation to provide access to legal remedies*", esto significa que:

[6] El 21 es de los más trascendentes al declarar que "*Debería movilizarse la creatividad, los ideales y el valor de los jóvenes del mundo para forjar una alianza mundial orientada a lograr el desarrollo sostenible y asegurar un mejor futuro para todos*".

Human rights agreements have established that States have an obligation to provide for an effective remedy for violations of protected rights, and human rights bodies have applied that principle to human rights whose enjoyment is infringed by environmental harm.

Esta circunstancia podrá observarse vulnerada en algunos casos presentados ante el SIDH, en virtud de la ausencia o escasa utilidad de los recursos judiciales existentes. En ese sentido, desde el UNEP[7] se ha expresado con relación a la justicia especializada que:

A number of States have found that one way to ensure that environmental claims are heard by courts with relevant expertise is to establish dedicated environmental courts, such as the Land and Environment Court of New South Wales, Australia, Costa Rica´s Environmental Administrative Tribunal, established in 1995, and India´s National Green Tribunals, established in 2011. In most States, environmental cases also continue to be heard by courts with general jurisdiction.

Una defensa del medio ambiente puede pasar por disponer de una justicia especializada al interior de los Estados que vayan delimitando, ampliando, transformando su concepto y aplicándolo a casos en localidades que sufren los impactos de las actividades transnacionales que afectan recursos naturales o por actividades que directamente dañan el medio ambiente. Esto significaría un real avance en el sentido de lograr que no sea necesario afectar un derecho humano como la vida o la integridad física para lograr detener una actividad que puede ser dañosa para el medio ambiente como objeto o bien jurídico tutelable. La convivencia pacífica, las ciudades sostenibles y el desarrollo con equidad se basan en que no se afecte el lugar donde se desenvuelve la vida, en términos abarcables y comprensibles tanto de la vida animal, vegetal, mineral, etc.

Como puede observarse, al margen de que el tema es incipiente y mucho desarrollo resta aún, las justificaciones para no poder utilizar el SIDH para reclamar un medio ambiente sano son carentes de fundamentos. Un sistema garantista de derechos humanos no puede prevalerse de los intereses de los Estados, primeros garantes de aquellos derechos, para excluir aspectos que hacen a la esencia del sistema. Solo factores políticos pueden explicar -que un Estado sin una jurisdicción interna especializada en derechos humanos y medio ambiente- la privación del acceso a la Corte I.D.H a reclamar "*vivir en un medio ambiente sano*" por las diversas actividades económicas que implican la explotación de los recursos naturales en sus territorios, en neto detrimento con la personas que se ven afectadas por carecer de recursos materiales para legitimar sus reclamos.

[7] United Nations Environmental Programme.

A continuación se verán algunos casos llevados ante la Corte I.D.H que contrasta con lo expuesto precedentemente dado que somete el examen de la protección al medio ambiente a condición *sine qua non* de que haya un derecho humano específico de la CADH o del PSS. El derecho al medio ambiente carece de fuerza hoy día bajo este actual esquema de protección de derechos humanos. Se recuerda que el medio ambiente es también un derecho digno de ser protegido.

5. Algunos casos de interés como ejemplo de las divergencias conceptuales para garantizar la protección del medio ambiente sano

A estos efectos, se señalarán (y posteriormente se desarrollarán) tres casos que dan muestra de las afirmaciones del párrafo anterior. Uno de ellos es la CIDDHH en representación de *Claude Reyes y otros vs. Chile* (2006). El segundo es la CIDDHH-*Pueblo índigena de Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador,* (2012). El tercero, es la CIDDHH-*Pueblo Kaliña y Lokono Vs. Surinam* (2015). En todos estos casos los derechos que han estado en juego han sido directamente los relacionados al medio ambiente, pero de manera indirecta por medio de la justificación de vulneración de otros derechos vinculados específicamente al individuo o grupo de individuos. En este sentido, se ha utilizado como argumentación jurídica la afectación de los siguientes derechos humanos: *la no consulta y acceso a la información, afectación de la dignidad humana, violación al derecho de expresión y pensamiento, alimentación y desplazamiento forzado, derecho a la vida, a la propiedad privada, integridad personal, libertad personal, garantías judiciales, no reconocimiento a la personalidad jurídica,* entre otros.

La explicación "*prima facie*" de esta situación obedece a que el Protocolo de San Salvador no admite un ejercicio directo de todos los derechos que se consagran en su texto. Solo se admite el acceso a la CIDDHH (órgano político-jurídico) en casos del derecho de educación y de los trabajadores a reunirse y asociarse (libertad sindical). Así dispone el PSS en su Art. 19.6:

En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Para el resto de los derechos procede actuar de la forma establecida, y con menor eficacia e impacto jurídico, según el art. 19.7:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podrá formular las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales establecidos en el presente Protocolo en todos o en algunos de los Estados partes, las que podrá incluir en el Informe Anual a la Asamblea General o en un Informe Especial, según lo considere más apropiado

En razón de ello y ante este contexto, la posibilidad de realizar un reclamo –exclusivamente- de un medio ambiente sano (sin actividades que lo dañen) queda fuera de toda protección. Solo que la CIDDHH tiene reservado la potestad de emitir recomendaciones y observaciones, entre ellos el medio ambiente, ante su eventual vulneración. Las chances de que esto se pueda alterar dependerán de la voluntad de los Estados de enmendar el Protocolo de San Salvador para ampliar la nómina de derechos o favorecer la instrumentación de los ya consagrados. Y es aquí donde el sistema muestra sus fallas, dado que los Estados, principales vulneradores de derechos directa o indirectamente, son quienes deciden en qué medida sus nacionales pueden acceder o no a una mayor protección que aquellos, sin embargo, no están dispuestos a conceder en sus respectivas jurisdicciones domésticas procedimientos judiciales que contemplen una judicatura especializada en los temas de derechos de tercera y cuarta generación. Es aquí donde se podría reclamar un mayor activismo de la Corte I.D.H para equilibrar las vulneraciones cometidas por los Estados y las empresas multinacionales.

Como tribunal está en condiciones de facilitar -como un mínimo estándar internacional[8]- el acceso a la "justicia" como órgano que puede atribuir al caso una solución justa, en función de los hechos del caso y su contexto económico-social. Hay que recordar en este caso la actividad del Tribunal de Justicia Europeo y su doctrina de la aplicación directa, inmediata y prevalente del derecho comunitario, sin texto oficial que así lo avale.

6. Conclusiones

En este primer análisis, la preocupación que surge luego de ver –brevemente- cómo está estructurado el SIDH es por consecuencia de las constantes violaciones de los derechos básicos

[8] Ese mínimo estándar internacional en cuanto a garantizar como mínimo el acceso a la justicia, tiene fuerte origen no solo en las más actuales constituciones, sino en la evolución de los derechos humanos desde la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 y el moderno "ius cogens" que muchos le asignan a los derechos humanos. Además, bajo esa misma premisa se podría considerar que el Protocolo de San Salvador sería nulo en aquellas disposiciones que solo permiten accionar por los derechos previstos en el Art. 8 y 13.

de todo ser humano, entre ellos el acceso a los tribunales y el real ejercicio de sus intereses, especialmente relacionado al medioambiente. No basta ni es suficiente que haya docenas de tratados reconociendo lo que en la práctica no se cumple, ni alegar a estar alturas argumentos formalistas que bloquean al justiciable de su dignidad humana, al situarlo en un estado de total impotencia e indefensión. A los individuos se les hace ver una realidad que no es tal, sino un mero conjuntos de actos procesales o de procedimientos sin atender las situaciones concretas, plagado de eufemismos jurídicos que siguen obstaculizando los derechos humanos con un leguaje engañoso.

Sería de suma utilidad que la Corte I.D.H avalara la presentación directa de los individuos permitiéndoles presentar las demandas. Se supone que el SIDH así fue concebido y hoy no está cumpliendo efectivamente su rol. Este activismo se justifica desde una cuestión puramente humanitaria que se desprende de todos los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos y de la filosofía que está detrás de su génesis y constante evolución. La excusa del reconocimiento de la jurisdicción de la Corte I.D.H ya no puede sostenerse en este actual contexto, el cual, los Estados han contribuido a conformar y han hecho creer a los seres humanos de la región latinoamericana. No hay sentido alguno en haber firmado la CADH donde se prevé su actividad y al mismo tiempo bloquear su funcionamiento. Es una aplicación audaz, aunque ilegal, del stoppel por parte de los Estados, basándose en su propio accionar (responsabilidad) en el cual se escudan para no querer reconocer a la Corte I.D.H su rol tan trascendental; que debería asumir si fuera más independiente de que lo se muestra ser.

7. **Bibliografía**

-Banco Interamericano de Desarrollo (2011). *Sostenibilidad Urbana en América Latina y el Caribe.* Editorial Oficina de Relaciones Externas del BID. Obtenido de la Plataforma Edex en el Curso "Liderando el desarrollo sostenible de las ciudades", versión 2016, BID.

-United Nations Environment Programme (2016). *Compedium of Good Practices on Human rights and the Environment.* UNON Publishing Services Section, Nairobi.

-Magariños de Mello, Mateo J. (2005). *Medio Ambiente y Sociedad. Fundamentos de Política y Derecho Ambientales. Teoría General y Praxis*. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo.

-Barboza, Julio (2008). *Derecho Internacional Público*. Segunda Edición. Zavalia Editor. Buenos Aires.

-Pérez Bustamente, Laura (2007). *Los derechos de la sustentabilidad. Desarrollo, Consumo y Ambiente*. Ediciones Colihue. Buenos Aires.

-Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R. (2012). *El costo de los derechos*. Siglo Veintiuno Editores S.A. Buenos Aires.

-Ferrajoli, Luigi (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N°15. Editado por Universidad Externado de Colombia.

-Sachs, Jeffrey (2006). *El fin de la pobreza. Cómo conseguirlo en nuestro tiempo*. Editorial Sudamericana S.A. Buenos Aires.

-Rawls, Jhon (1971). *Teoría de la Justicia*. Editorial Fondo de Cultura Económica. Novena impresión (2012). México.

-Sen, Amartya (2009). *A ideia de justica*. Editora Schwarcz S.A (2014). Sao Paulo.

-Guastini, Riccardo (1999). *Distinguiendo. Estudios de Teoría y meta teoría del derecho*. Editorial Gedisa. Barcelona.