Susana Borràs Pentinat
Danielle Annoni
Coordenadoras

RETOS INTERNACIONALES DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIO AMBIENTE

ISBN 978-85-67141-12-1

GEDAI

GEDAI

As publicações do GEDAI/UFPR são espaços de criação e compartilhamento coletivo. Fácil acesso às obras. Possibilidade de publicação de pesquisas acadêmicas. Formação de uma rede de cooperação acadêmica na área de Propriedade Intelectual

Conselho Editorial

Allan Rocha de Souza - UFRRJ/UFRJ
Carla Eugenia Caldas Barros - UFS
Carlos A. P. de Souza - CTS/FGV/Rio
Carol Proner - UniBrasil
Dario Moura Vicente - Univ.Lisboa/Portugal
Denis Borges Barbosa - IBPI/Brasil
Francisco Humberto Cunha Filho - Unifor
Guilhermo P. Moreno - Univ.Valência/Espanha
José Augusto Fontoura Costa - USP
José de Oliveira Ascensão - Univ. Lisboa/Portugal
J. P. F. Remédio Marques - Univ.Coimbra/Port.l
Karin Grau-Kuntz - IBPI/Alemanha
Luiz Gonzaga S. Adolfo - Unisc/Ulbra
Leandro J. L. R. de Mendonça - UFF
Márcia Carla Pereira Ribeiro - UFPR
Marcos Wachowicz - UFPR
Sérgio Staut Júnior - UFPR
Valentina Delich - Flacso/Argentina

Endereço:
UFPR – SCJ – GEDAI
Praça Santos Andrade, n. 50
CEP: 80020-300 - Curitiba – PR
E-mail: gedai.ufpr@gmail.com
Site: www.gedai.com.br

GEDAI/UFPR
- PREFIXO EDITORIAL 67141 –

Coordenação editorial: Fátima Beghetto
Projeto gráfico, capa e diagramação: Sônia Maria Borba

CPI-BRASIL. Catalogação na fonte

R438 Retos internacionales de la protección de los derechos humanos y el medio ambiente / coordenação de Susana Borràs Pentinat, Danielle Annoni – Curitiba: Gedai/UFPR, 2015.

416p.; 23cm

ISBN 978-85-67141-11-4 [brochura]

ISBN 978-85-67141-12-1 [recurso eletrônico]

1. Derechos Humanos. 2. Medio ambiente. I. Pentinat, Susana Borràs (coord.). II. Annoni, Danielle (coord.). III. Título.

CDD 342 (22.ed.)
CDU 342.7

Susana Borràs Pentinat
Danielle Annoni
Coordenadoras

RETOS INTERNACIONALES DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIO AMBIENTE

2015
GEDAI/UFPR
Curitiba

APRESENTAÇÃO

A presente obra é fruto de uma amizade que começou há mais de uma década, na cidade de Castellón de la Plana (Espanha) por ocasião dos Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional, onde nos conhecemos, no ano 2000. Depois deste primeiro encontro, participamos juntas de vários eventos, de artigos publicados em outras obras, em outros periódicos, até que a vinda de Susana, como professora visitante estrangeira para o Brasil, no ano de 2013, para ministrar classes no Curso de Doutorado em Direito do PPGD/UFSC, com o apoio da CAPES, nos possibilitou uma parceria mais arrojada.

A curta temporada de Susana na UFSC foi engrandecedora para todos, professores e estudantes, que puderam contar com a experiência de uma pesquisadora comprometida, bem como com o alto nível de suas propostas de discussão, desafiando o nossos estudantes a todo instante. Desta disciplina ministrada conjuntamente sobre o tema direitos humanos e meio e ambiente, surgiu a proposta de organizar esta obra, reunindo os trabalhos de estudantes dos Programas de Mestrado e Doutorado da UFSC (Brasil), com trabalhos já produzidos por estudantes de Mestrado e Doutorado da Universitat Rovira y Virgili (Espanha).

Mas como fazer isso de forma articulada, a ponto de construir uma obra que refletisse a experiência conjunta de integrar os grupos de pesquisa em direitos humanos e meio ambiente oriundos de duas universidades separadas pelo Atlântico?

A resposta encontrada foi a de selecionar o que cada qual produz de melhor: pesquisas acerca de temas que desafiam o direito internacional contemporâneo, tornando-o mais humanizado e flexível à nova ordem global e às necessidades dos novos tempos. Assim, pesquisadores renomados do Brasil e Espanha foram convidados para revisar e ampliar as pesquisas produzidas pelos estudantes de ambas as Universidades, de modo a formar uma rede de pesquisadores comprometidos com os direitos humanos e o meio ambiente e sua efetivação em nível internacional.

O resultado são os quatorze trabalhos reunidos nesta obra, que enfretam com profundidade as preocupações com o número crescente de migrantes forçados, sejam estes deslocados internos ou refugiados, oriundos da violência do tráfico de pessoas, de Estados falidos ou de crises ambientais catastróficas e crescentes. Crises que geram uma dívida ecológica impagável, que afetam desde minorias vulneráveis como as comunidades indígenas até empresas multinacionais, fomentado um ciclo de insegurança e violência contra a humanidade e as gerações futuras.

Com efeito, direitos humanos e meio ambiente são temas indissociáveis e que cobram, cada dia mais, uma analise conjunta dos desafios a enfrentar e vencer em prol de sua efetivação.

Por sua própria natureza, direitos humanos e meio ambiente são temas universais, e que não podem mais ser estudados apenas sob a ótica interna deste ou daquele Estado, deste ou daquele governo, desta ou daquela cultura. Estados, governos e culturas não podem ser óbices à efetivação de direitos que garantam a sobrevivência do planeta e dos que o habitam. Antes, ao contrário, devem ser ferramentas integradas de promoção de uma nova sociedade internacional, pautada na sustentabilidade da vida, da natureza e dos seres que a compõe.

Esta obra é pois uma iniciativa neste sentido, reunindo esforços de dois centros de excelência em investigação, o Observatório de Direitos Humanos da UFSC (Brasil), e o Centro de Estudos de Direito Ambiental de Tarragona (CEDAT/ Espanha), com vistas a promover uma nova leitura do direito internacional, seu papel e sua influência na construção de um mundo melhor.

Florianópolis, junho de 2014.

Susana Borràs Pentinat

Danielle Annoni

organizadoras

SUMÁRIO

1 CRISIS AMBIENTAL Y DESARROLLO SOSTENIBLE DESDE LA TEORÍA CRÍTICA. LA EFICACIA SOCIAL DE LA NORMA COMO DESAFÍO A LA VULNERABILIDAD 9
Gabriela Fauth
Rosângela Lunardelli Cavallazzi

2 LA DEUDA ECOLÓGICA COMO INSTRUMENTO PARA LA TRANSFORMACIÓN DE LA ESTRUCTURA INSTITUCIONAL DEL METABOLISMO SOCIAL 47
Thays Ricarte
Jordi Jaria i Manzano

3 O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS E PERSPECTIVAS 69
Fernanda da Silva Lima
Priscilla Camargo Santos

4 LAS MIGRACIONES INDUCIDAS POR EL CAMBIO CLIMÁTICO. LA SITUACIÓN EN ALASKA, ¿REFUGIADOS AMBIENTALES? 95
Beatriz I. Felipe Pérez
Fernanda de Salles Cavedon

5 ESTADOS FALIDOS E REFÚGIO: APROXIMAÇÃO CONCEITUAL E OBSTÁCULOS PARA A REPATRIAÇÃO VOLUNTÁRIA..... 127
Elisa Moretti Pavanello
Liliana Lyra Jubilut

6 AS VÍTIMAS DE TRÁFICO DE PESSOAS COMO UM DETERMINADO GRUPO SOCIAL NOS TERMOS DA CONVENÇÃO SOBRE O *STATUS* DE REFUGIADO DE 1951 151
Arisa Ribas Cardoso
Danielle Annoni

7 A QUESTÃO DOS DESLOCADOS INTERNOS E A CONVERGÊNCIA DAS TRÊS VERTENTES DE PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA: DESAFIOS E POSSIBILIDADES 179
Camila Dabrowski de A. Mendonça
Vanessa Iacomini

8 POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS NO MÉXICO - A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL 193
Dulce María García y García
Danielle Anne Pamplona

9 LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE COMO UN BIEN JURÍDICO EN LATINOAMÉRICA 221
Rafael Clemente Oliveira do Prado
Gregorio Mesa Cuadros

10 YASUNÍ Y LOS DERECHOS COLECTIVOS INDÍGENAS EN EL ECUADOR 263
Malka San Lucas Ceballos
Alberto Acosta

11 LA SOSTENIBILIDAD EN EL MECANISMO PARA UN DESARROLLO LIMPIO: UNA MIRADA A LA OPERATIVIDAD DE LOS PROYECTOS ... 289
Paola Villavicencio Calzadilla
Francesco Sindico

12 LOS CONFLICTOS AMBIENTALES CAUSADOS POR EMPRESAS TRANSNACIONALES: REALIDADES Y RETOS JURÍDICOS INTERNACIONALES 319
Isabel Vilaseca Boixareu
Susana Borràs Pentinat

13 LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE DEBIDA DILIGENCIA EN MATERIA AMBIENTAL PARA EVITAR LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS DE PARTICULARES (EMPRESAS)..... 355
Daniel Iglesias Márquez

14 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SUAS DECISÕES 389
Natasha Karenina de Sousa Rego
Jayme Benvenuto Lima Jr.

1

CRISIS AMBIENTAL Y DESARROLLO SOSTENIBLE DESDE LA TEORÍA CRÍTICA. LA EFICACIA SOCIAL DE LA NORMA COMO DESAFÍO A LA VULNERABILIDAD

Gabriela Fauth

Licenciada en Derecho por la Universidade do Vale do Itajai, Brasil. Magíster en Urbanismo, Historia e Arquitetura da Cidade por la Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil. Máster en Derecho Ambiental por la Universitat Rovira i Virgili, de Tarragona, España. Actualmente becaria predoctoral del Departament de Dret Públic de la Universitat Rovira i Virgili. Investigadora vinculada al Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona. Integrante del grupo de investigación LADU – Laboratório de Direito e Urbanismo – de la Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil.
gabriela.fauth@urv.cat

Rosângela Lunardelli Cavallazzi

Doctora y Magíster en Derecho por la Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil. Pos-doctora por la Ecole Doctorale Villes et Environnement – Université Paris 8. Profesora Adjunto e investigadora Universidade Federal do Rio de Janeiro y Pontifícia Universidade Católica/PUC-Rio. Coordinadora del Grupo de Investigación "Direito e Urbanismo" del Directorio de Grupos de Investigación del CNPq (Brasil). Miembro Titular de la Comisión de Asesoramiento de Antropología, Arqueología, Ciencia Política, Derecho, Relaciones Internacionales y Sociología del CNPq (2007 a 2010). Coordinadora de área de Derecho, Arquitectura, Urbanismo y Planeamiento Urbano de la Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ).
rosangela.cavallazzi@gmail.com

I INTRODUCCIÓN

Si examinamos la sociedad de hoy, respaldada por un modelo económico capitalista y un sistema normativo que acompaña esta base, demostrándose, en líneas generales, en conformidad con el mercado, nos encontramos con un contexto social y ambiental bastante preocupante. Las vulneraciones al medio ambiente que llevan a la llamada crisis ambiental generan un escenario de riesgo e incertidumbres que tiende a crecer. Sin embargo, en este trabajo se pretende evaluar si dicha crisis ambiental no es más que un proceso dentro del contexto generalizado de crisis frente a la lógica de la organización económica capitalista y de la ideología dominante esbozada en la Modernidad que hoy afecta principalmente a nuestro entorno social.

En este sentido, analizar y entender críticamente el concepto de sostenibilidad y desarrollo sostenible en el presente contexto de crisis ambiental – entendida a partir de la teoría social contemporánea de la sociedad del riesgo –, posiblemente nos permitirá hacer un examen de hacia dónde los preceptos de la Modernidad siguen vigentes en los modelos económico y de Estado presentados en este siglo XXI.

Al vincular las transformaciones globales de los últimos siglos y sus potenciales consecuencias articuladas a través de la teoría de la sociedad del riesgo con el caso concreto del espacio costero español, se pretende señalar la posible ruptura de los paradigmas que amparan a "los vulnerables"[1] únicamente por vía de la cuestión ambiental.

Finalmente, desde el criterio de valoración de la crisis ambiental como cambio social resulta significativo analizar y comprender el fenómeno jurídico. Partiendo del examen de los nuevos paradigmas del Derecho, a través, principalmente, de la eficacia social de la norma, se verifica que el *iuspositivismo* de Herbert Hart es una alternativa a satisfacerla.

[1] Entendido como vulnerables aquellos individuos o grupo social que están en condiciones sociales, culturales, políticas, económicas, ambientales o jurídicas diferentes respecto a lasde los demás, dejándolos en una situación desigual. ACSERALD, H., "Vulnerabilidade ambiental, processos e relações", en *Rede Brasileira de Justiça Ambiental* (Recuperado de <http://www.justicaambiental.org.br/_justicaambiental/pagina.php?id=497>), expone sobre la condición de vulnerabilidad, que "[...] *está posta nos sujeitos sociais e não nos processos que os tornam vulneráveis. Uma alternativa politizadora seria, por exemplo, a de definir os vulneráveis como vítimas de uma proteção desigual. Esta é a formulação do Movimento de Justiça Ambiental dos EUA: põe-se foco no déficit de responsabilidade do Estado e não no déficit de capacidade de defesa dos sujeitos*".

II UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA CRISIS AMBIENTAL Y DEL DESARROLLO SOSTENIBLE EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO[2]

1 La crisis ambiental como proceso histórico: causas y orígenes

Esta primera parte procura examinar el contexto de la crisis ambiental en los días de hoy, considerando que se trata de un proceso mucho más amplio de lo que se suele considerar, una vez que está inmerso en un proceso social que produce conflictos latentes que, a su vez, resultan en una realidad socioeconómica igualmente de crisis. Por tanto, las contribuciones de la teoría social crítica basada en los preceptos modernos nos ayudarán en este examen de las causas de la crisis ambiental, a partir de las concepciones ideológicas fundamentalmente presentes en conceptos como del desarrollo sostenible y de la sostenibilidad[3].

Es cierto que, en el presente siglo ha surgido una posición teórica bastante concreta sobre la crisis de los principales conceptos de la Modernidad y de la inminencia de transformaciones estructurales profundas con incidencia cultural a nivel global. Sin embargo, de este proceso de disolución de modelos, mucho se restringe solamente a la posibilidad de catástrofes ambientales, vinculando el riesgo presente hoy en nuestra sociedad – a razón de nuestro modo de vida y nuestro entorno físico – a los impactos y a las preocupaciones referentes a la acción del hombre sobre el medio ambiente[4].

---

2 Sociedad de riego no se confunde con postmodernismo, según Giddens. *Vid*. GIDDENS, A., Sociedad de riesgo: el contexto de la política británica, en *Estudios demográficos y urbanos*, v. 13, núm. 3 (39), 1998, p. 528.

3 Ambos conceptos muchas veces se confunden, pero es importante aclarar que sostenibilidad se refiere a una teoría, mientras que desarrollo sostenible es un modelo económico. Es decir, conforme BELCHIOR, Germana P. N.; LEITE, José R. M., O Estado de Direito Ambiental e a articularidade de uma hermenêutica jurídica, en *Seqüência*, núm. 60, 2010. p. 295: "*Apesar da íntima ligação entre os termos, desenvolvimento sustentável não se confunde com sustentabilidade. Aquele é o meio para se alcançar o último. Ou seja, é preciso desvendar o caminho de uma forma de desenvolvimento ecologicamente correta para então se buscar a sustentabilidade nas suas mais variadas formas*".

4 Aunque este sea el tema central de los renombrados cientistas sociales Anthony GIDDENS y Ulrich BECK, para no citar otros, el riesgo puede y también debe estar vinculado a la vulnerabilidad social, como consecuencia del sistema económico basado en el modo de producción capitalista y en los pilares del Estado liberal. *Vid*. BECK, U., Reflexive Modernisierung, en *Archplus*, núm. 146, 1999; BECK, U., *La sociedad del riesgo*, Paidós, Buenos Aires, 1998; GIDDENS, A., *Consecuencias de la Modernidad*, Alianza Editorial, Madrid, 2008.

La noción de crisis ambiental entra en este contexto a partir de su concepción como cambio social. En el presente trabajo se entiende este cambio como un proceso, se interpreta esta crisis como parte de un proceso socio-histórico de evolución incierta. Como bien expresa Ofelia Agloglia, sus orígenes se remontan a las bases del proyecto moderno y deben rastrearse en un cúmulo de circunstancias que expresan las contradicciones de un modelo socioeconómico identificado con el crecimiento sostenido de la producción y las magnitudes económicas[5].

Por lo tanto, si entendemos la crisis ambiental como procedente de la Modernidad, aun así, es importante recalcar, aunque parezca reiterado, que el contexto social del siglo XIX refuerza la visión reduccionista de la naturaleza. De esta forma y bajo estas condiciones, durante largo período prevaleció esta idea-fuerza, asentando así las bases del capitalismo y del Estado liberal y sus relaciones con la sociedad a través del dominio del hombre sobre la naturaleza y, especialmente de los hombres entre sí. En este escenario social se construyó el principio de la ruptura ambiental[6], ya que se entiende que el hombre es parte de la naturaleza.

Resulta, por tanto, que la teoría económica desde entonces se organiza predominantemente bajo esta concepción. La economía pasa a comportarse como una ciencia positiva destinada a establecer leyes objetivas a fin de explicar el funcionamiento del mercado como base de su gran función[7].

Humberto Tommasino *et al.*[8] afirmam que la generalización de las relaciones capitalistas provenientes de la Revolución Industrial permitieron que el hombre modificara significativamente su relación con la naturaleza. De estas modificaciones, se destaca la ampliación y expansión de las relaciones capitalistas a todo el globo, principalmente por la necesidad de competencia que la producción capitalista impuso (ya que esta tiene como forma de organización social atender al mercado), caracterizándose así como uno de los pilares de lo que se vino llamar posteriormente de globalización.

---

5 OFÉLIA, O., *La crisis ambiental como proceso. Reflexiones sobre su emergencia, desarrollo y profundización desde la perspectiva de la teoría crítica*. Tesis doctoral, Universitat de Girona, 2010 p. 17 *apud* KAPP, K. W, 1995, p. 134.

6 *Ibídem.*

7 *Ibídem.*

8 TOMMASINO, H.; FOLADORI, G.; TAKS, J., "La crisis ambiental contemporánea", en FOLADORI, G..; PIERRI, N. (coord.), ¿Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el desarrollo sustentable, Colección América Latina y el Nuevo Orden Mundial, Miguel Ángel Porrua, UAZ, Cámara de Diputados LIX Legislatura, México, 2005, p. 11.

Ahora bien, si la crisis ambiental es una crisis social de las instituciones en las que se fundamenta la sociedad Moderna, la misma plantea una reconsideración de las prácticas institucionalizadas que la han producido y, consecuentemente, una reconsideración del papel de la ciencia en la sociedad. Así, cabe poner de manifiesto y analizar la idea esencial desarrollada por Ulrich BECK[9], de que el carácter reflexivo de la Modernidad tardía[10] supone un cuestionamiento de las instituciones en las que se ha basado la Modernidad. Y en este sentido, las décadas de los sesenta y setenta dan cuenta de los primeros síntomas de dicha crisis y pasan a desarrollar cuestiones relativas a la preocupación por el uso de los recursos naturales[11].

Por consiguiente, para avanzar en el cuestionamiento de estas prácticas Modernas e impulsar a cambios significativos de este período sociohistórico, evidentemente hay que empezar por cambiar el proyecto moderno. Siendo así, se busca esencialmente modificar la relación del hombre y su entorno para superar el paradigma de la dominación de la naturaleza, a fin de posibilitar la acomodación de objetivos e intereses que están naturalmente en conflicto[12].

Dicho eso, es importante aclarar que los efectos de la crisis ambiental, conocida también como problemática ambiental, son vistos desde dos

9 BECK, U., *La sociedad del riesgo*, Paidós, Buenos Aires, 1998.

10 Anthony Giddens llama Modernidad tardía al período posterior a la Modernidad, mientras que Ulrich Beck usa el término Modernidad reflexiva y Georges Balandier el de Supermodernidad. Sin embargo, para Zygmunt Bauman, y en este trabajo, se utilizará la expresión **Postmodernidad**. Aunque existan algunas críticas a la expresión, parece importante señalar la observación de BITTAR, E. C. B.: La expresión Postmodernidad denomina un contexto sociohistórico particular, que se funda en la base de reflexiones críticas sobre el agotamiento de los paradigmas instituidos y construidos por la Modernidad occidental. Sobre tal afirmación *vid*. artículo del autor O direito na pós-Modernidade, em *Revista Seqüência*, núm. 57, Dic. 2008, p. 132. *Traducción propia.*

11 Es en la década de 1960 que la preocupación ambiental empieza, a través de lo que se conoce como revolución ambiental americana, momento en que las organizaciones no gubernamentales ganan fuerza y revolucionan. Ya en la década siguiente es cuando se institucionaliza el ambientalismo, sobre todo por la Conferencia de Estocolmo de 1972. Pero, es principalmente, a través del Informe de las Naciones Unidas de 1987, llamado informe *Brundtland,* que el tema de la sostenibilidad gana grandes proporciones y carácter estratégico. En: COUTINHO, R., "*'Crise ambiental' e desenvolvimento insustentável: a mitologia da sustentabilidade e a utopia da humanização do capitalismo 'selvagem'*", en *Revista Praia Vermelha*, v. 19, núm. 2, 2009, p. 22. *Traducción propia.*

12 CERSKI LAVRATTIP., *El derecho ambiental como instrumento de gestión del riesgo tecnológico,* Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, 2011.

perspectivas distintas. Los que la entienden y divulgan como catastrófica y los que la creen como fácilmente superable por medio de la ciencia y de las implementaciones técnicas, esta última, ideología dominante. Pero, en ambos casos, la discusión es técnica, formal y apolítica, incompatible con el contexto ambiental, ya que este no es ajeno al ser humano. Y si la propia naturaleza interna de la sociedad humana es diferenciada y contradictoria en su relación con el medio ambiente, es evidente que para evaluar la gravedad del problema y las políticas para su corrección son definitivos los intereses de distintas clases, países y sectores[13].

Por tanto, "existe una interdependencia entre teoría social crítica y problemática ambiental", una vez que no se trata de un "fenómeno ahistórico e inconexo sino como parte de un proceso social de carácter global, para lo cual, en cada etapa considerada, se distinguen acontecimientos destacados del orden social (político, económico, cultural, científico-tecnológico) y ambiental"[14].

Por lo mencionado y a razón de nuestra interpretación de que existe una crisis como consecuencia de un proceso de cambio sociohistórico, cambio de modelos y de cambio social, es el dominio instrumental de la naturaleza – profundizado en la Postmodernidad – que aparece como una de las características de consolidación de la crisis ambiental y del fin de las certidumbres.

Para Milton Santos, "la historia de las denominadas relaciones entre sociedad y naturaleza ha sido, en todos los lugares habitados, la de la sustitución de un medio natural, dado a una determinada sociedad, por un medio cada vez más artificial, es decir, sucesivamente *instrumentalizado* por esa misma sociedad"[15].

De este modo, a partir del momento en que el hombre impone transformaciones a los elementos naturales, es decir, desde que el hombre cambia la naturaleza y la transforma, a estos cambios se puede deter-

[13] Humberto TOMMASINO *et al., ob. cit.*, p. 16.

[14] AGLOGLIA, O.*, ob. cit.,* p. 175. Expresa la autora: "[...] las interconexiones existentes entre el surgimiento de la crisis ambiental y el contexto social del cual emerge, lo cual contribuye a comprender el por qué de su surgimiento y desarrollo, no como un fenómeno ahistórico e inconexo sino como parte de un proceso social de carácter global, para lo cual, en cada etapa considerada, se distinguen acontecimientos destacados del orden social (político, económico, cultural, científico-tecnológico) y ambiental que dan cuenta de la interrelación existente entre la dinámica de la estructura social y las dimensiones de la crisis ambiental".

[15] SANTOS, M., *La naturaleza del espacio. Técnica y tiempo. Razón y emoción*. Ariel, Barcelona, 2002, p. 197.

minar técnicas[16]. En este caso, resulta importante saber que "los objetos técnicos, mecánicos, unen a la razón natural su propia razón, una lógica instrumental que desafía las lógicas naturales y crea, en los lugares afectados, mixtos o híbridos conflictivos"[17]. Según Ofelia Agloglia, lo que caracterizó la esencia de la técnica moderna fue el modo de percibir lo existente, acorde a la racionalidad instrumental en la cual el hombre se encontraba inmerso[18].

Por otro lado, conforme al análisis de Humberto Tommasino *et al*[19], no es del todo equivocado decir que la crisis ambiental presentada hoy en día es propia del sistema industrial. Sin embargo, la cuestión central debe colocarse en los ritmos humanos[20], que – según este autor – nos llevan a la forma de producción, es decir, que las relaciones sociales de producción constituyen el punto de partida para entender todo tipo de relación de la sociedad actual con su medio ambiente.

Asimismo, en el contexto de la Postmodernidad, es evidente que habrá incertidumbres e imprevisibilidades, características propias de la sociedad tecnológica. No obstante, al imponernos a nosotros mismos la susceptibilidad a todo tipo de riesgo, generando grandes procesos catastróficos, asociamos el miedo a todas las prácticas sociales y confiamos en que la tecnología pueda ser el elemento fundamental para contrarrestar los efectos negativos de la acción antrópica sobre el medio ambiente. En este sentido, no existe el cambio de valores en las relaciones de producción, mas claramente se vislumbra una alternativa a los posibles riesgos ambientales sin una reflexión más profunda de la instrumentalización de la razón y de los sistemas productivos.

De acuerdo con lo anterior, resaltamos la evidencia de que el sistema, sustentado en la necesidad de producir más al menor costo, induce a la explotación de la naturaleza, bajo una racionalidad configurada a par-

[16] SANTOS, M., *La naturaleza del espacio. Técnica y tiempo. Razón y emoción*. Ariel, Barcelona, 2002, p. p. 199.

[17] Aquí conviene hacer un paréntesis sobre la cuestión de la técnica, como nos enseña Milton Santos. El autor clasifica la historia del medio geográfico en tres etapas: la del medio natural, la del medio técnico y la del medio técnico-científico-informacional. *Ob. cit.*, p. 197-201.

[18] AGLOGLIA, O., *ob. cit.*, p. 142.

[19] *Ob. cit.,* p. 21.

[20] Sobre este tema leer más en: LATOUCHE, S., *La apuesta por el decrecimiento: ¿cómo salir del imaginario dominante?*, Barcelona, Icaria, 2008 o *Decrecimiento y posdesarrollo: el pensamiento creativo contra la economía del absurdo*, Barcelona, El viejo Topo, 2009.

tir del desarrollo científico tecnológico y de la conquista de espacios y de hombres, según los parámetros de un modelo inequitativo de producción y distribución.

A propósito, Milton Santos explica claramente este fenómeno, relacionado a la cuestión ambiental. Entiende él que la unión entre técnica y ciencia se da bajo el amparo del mercado; este último, a su vez, se convierte en un mercado global. En consecuencia, las ideas de ciencia, de tecnología y de mercado global, tratadas en conjunto, pueden ofrecer una nueva interpretación a la cuestión ecológica, toda vez que los cambios a la naturaleza igualmente se someten a esta lógica[21].

En base a eso, pensamos que existe cierto número de incertidumbres y controversias respecto de la crisis ambiental, vestidas de un enorme ropaje político o científico[22]. Por lo que se puede indagar, ¿hasta qué punto este "ropaje" de incertidumbres es influencia de nuestra sociedad de hoy, imbuida de conceptos de la Modernidad? Eso quiere decir que en la sociedad de hoy, – "dicha del riesgo" – ¿qué genera la emergencia de la crisis ambiental?

Además, definir la crisis ambiental como planetaria es crear un problema y una posible solución a escala global, como mecanismo de control del proceso de globalización, lo que no quiere significar que no existan problemas ambientales a gran escala, sino que se subraya que muchas veces también es posible actuar a nivel local, tanto a nivel político como social, puesto que el resultado de la no intervención local es que las fronteras políticas y económicas pasan a someterse a una lógica físico-natural[23]. Esta es una cuestión a tener en cuenta, además de la concepción de que el alcance de la crisis ambiental no es solamente del riesgo ambiental, sino de una vulnerabilidad socioeconómica considerable, principalmente dentro de lo entendido por sostenible.

En definitiva, se demuestra que la instrumentalización de la razón deriva en el proceso que origina las causas de la llamada crisis ambiental, conforme defienden los representantes del pensamiento ambiental. Los modelos asumidos en el período de la Modernidad lograron perseverar y, aunque hubo un replanteamiento de su proyecto, existe una coincidencia de factores

21 SANTOS, M., *ob. cit.*, p. 201.

22 TOMMASINO, H. *et al., ob. cit.,* p. 24. Los autores se refieren, por ejemplo, al caso del cambio climático.

23 *Ibíd*., p. 26.

que indica la misma práctica en el presente. Como bien apunta Boaventura de Sousa Santos[24] "*o pós-modernismo é um fantasma que passeia por castelos modernos*". Asimismo, se reconoce la importancia que reviste esta perspectiva a la hora de analizar las causas profundas de la crisis ambiental[25].

Aunque los dogmas de la Modernidad poco a poco fuesen siendo relativizados, no fueron eliminados del todo. Se acogió y apoyó solamente lo que resultaba funcional para los poderes establecidos (siendo a menudo silenciados) para minimizar las críticas al modelo de sociedad actual. Un ejemplo es la "globalización", ideología que se construye básicamente con los argumentos de la Modernidad[26]. Siendo así, las justificaciones de los que intentan minimizar las consecuencias de las bases modernas no son suficientes para romper con la visión individual y racional de la sociedad del siglo XXI[27].

La conclusión, de una manera general, es que entendemos que la crisis ambiental no puede ser comprendida solamente desde la rigidez del nivel técnico, debiendo incluir las bases que le son propias, sociales, políticas y económicas. Por tanto, es correcto hablar de crisis, ambiental, económica y social (incluido ahí, cultural). De acuerdo con Humberto Tommasino *et al.*[28], "restringirse a un análisis técnico dentro de un contexto de problemática ambiental es permitir "un control elitista y antidemocrático de un futuro *incierto* pero que corresponde a todos"; además, es mantener la idea central de que los recursos tecnológicos actúan a favor de cohibir posibles daños socioambientales. Conforme certifica Paolo Bifani:

> Al supeditar las innovaciones tecnológicas al mantenimiento del crecimiento económico, se reduce el papel de la innovación al de un ins-

[24] SANTOS, B. de S., *Pela mão de Alice:* o social e o político na pós-modernidade, 8ª edición, Afrontamento, Porto, 2002, p. 18.

[25] Para BAUMAN, Z., *O mal-estar da pós-modernidade*, Zahar, Rio de Janeiro, 1998, p. 33: "la compulsiva, obsesiva, continua irrefrenable y eternamente incompleta modernización, la sobrecogedora, inextirpable e inextinguible sed de creación destructiva… limpieza del terreno en nombre de un diseño nuevo y mejorado, desmantelamiento, eliminación, discontinuación, fusión o achicamiento, todo en aras de una mayor capacidad de hacer más de lo mismo en el futuro, aumentar la productividad o la competitividad".

[26] NAREDO, J. M., *Raíces económicas del deterioro ecológico y social. Más allá de los dogmas*, Siglo XXI, Madrid, 2006, p. 126-127.

[27] En la actualidad se examina la posibilidad de reivindicar la teoría del decrecimiento, conforme defiende el economista francés Serge Latouche. El ideólogo de la teoría del decrecimiento reclama un nuevo modelo de desarrollo y invita a un cambio: menos producción = menos consumo.

[28] *Ob. cit.,* p. 26.

> trumento para lograr una mayor eficiencia del sistema, lo cual tiende a ocultar que **cada tecnología va asociada con una forma específica de explotación del sistema natural**, coherente a un modelo definido de producción y que, toda política de utilización irracional de los recursos naturales es producto de un **patrón de desarrollo y un sistema de distribución de la riqueza** y el poder, que no pueden ser considerados como fenómenos externos[29] (resaltado nuestro).

Resulta, por lo tanto, notorio que esta concepción está bastante arraigada a nuestra sociedad, tanto que difícilmente la consideramos como un fenómeno raro, sino integrado al sistema.

En efecto, las palabras de Erik Swyngedouw[30] parecen concretar nuestra idea hasta aquí desarrollada:

> *Indeed, imagining catastrophe and fantasising about the final ecological Armageddon seems considerably easier for most environmentalists than envisaging relatively small changes in the socio-political and cultural-economic organisation of local and global life here and now. Or put differently, the world's premature ending in a climatic Armageddon seems easier to imagine (and sell to the public) than a transformation of (or end to) the neo-liberal capitalist order that keeps on practicing expanding energy use and widening and deepening its ecological footprint*.

2 Desarrollo sostenible y sostenibilidad: desmitificando conceptos

Analizar más críticamente las causas de la crisis ambiental nos conducirá a la evidencia de que la noción de la crisis se produce en el marco de la economía, motivada por las limitaciones económicas impuestas a razón de la finitud de los recursos naturales. Ahora bien, igualmente existe una nueva tendencia que se manifiesta como práctica económica sostenible sin cuestionar profundamente el modo de producción capitalista. El propio concepto del desarrollo sostenible es un ejemplo, ya que el mismo no pierde la esencia al seguir utilizándose la expresión desarrollo como sinónimo de crecimiento económico, demagógicamente "pintado" de verde. ¿Por qué, entonces, este desplazamiento de los modelos económicos tradiciona-

[29] AGLOGLIA*, ob. cit.*, p. 133 *apud* BIFANI, P., 1999.

[30] SWYNGEDOUW E., "Impossible "sustainability" and the postpolitical condition", en Krueger, R.; Gibbs, D. (Eds.), *The sustainable development paradox: Urban political economy in the United States and Europe*, Guilford Press, New York, 2007, p.15.

les a los modelos dichos "verdes"? Según nuestra reflexión, esto se produce por la necesidad de seguir satisfaciendo los ideales del capitalismo y del Estado liberal, fuertemente arraigados hasta hoy en la cultura política.

En este sentido, concretando la propuesta de este trabajo, se examinarán los conceptos del desarrollo sostenible y de sostenibilidad, de manera distinta a la corriente hegemónica y persiguiendo la idea hasta ahora desarrollada del pensamiento crítico.

Aunque reconducir el foco de la reflexión no sea novedoso, esta nos abre caminos. Se verifica una variación de corriente, desde el prototipo político-económico de los intereses de clase hacia el de la problemática ambiental, abriendo una nueva perspectiva de la sostenibilidad. Mientras que el modelo económico dicho "verde" – como si fuera sinónimo de sostenible – está amparado por la lógica de mercado, regido por la alta competitividad de la globalización, siendo evidente que se limita el debate en torno a la organización de la producción – a favor de una supuesta economía sostenible –.

Como afirman Humberto Tommasino; Guillermo Foladori[31], existen al menos dos enfoques de la sostenibilidad, el técnico y el social. Pero, desde luego, para ellos, las causas de la insostenibilidad no son técnicas, más bien están en las raíces del capitalismo. De esta afirmación, los autores, denotan que existen múltiples indicadores de sostenibilidad: el sociopolítico, el económico o monetario y el físico o ecológico. No obstante, no existen indicadores de medición que parten de las relaciones sociales de producción del modelo capitalista, señalando una falta grave de completitud de análisis.

De todos modos, la crítica posible a la sostenibilidad sigue siendo que tanto la óptica ecológica como la social parten de un enfoque técnico y consideran el ambiente como externo a los seres humanos, sin tener en cuenta las relaciones sociales[32]. Relaciones que tienen un papel muy importante en el escenario de la sostenibilidad, visto que al incluirlas como parte del ambiente se estará analizando la insostenibilidad desde un enfoque más amplio. Entonces, al final, ¿qué significa ser sostenible? ¿Es posible promover un desarrollo sostenible utilizando los mismos modelos de producción y consumo oriundos de la Revolución Industrial?

---

31 TOMMASINO, H.; FOLADORI, G., "El enfoque técnico y el enfoque social de la sustentabilidad", en FOLADORI, G.; PIERRI, N. (Coords.), **¿Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el desarrollo sustentable**, Colección América Latina y el Nueva Orden Mundial, Miguel Ángel Porrua, UAZ, Cámara de Diputados LIX Legislatura, México, 2005, p. 205.

32 *Ob. cit.*, p. 203.

Jorge Riechmann, señala que "el orden económico internacional globalizado, lejos de mitigar las desigualdades sociales y los desequilibrios ambientales profundiza la brecha…". Teniendo en cuenta que la desigualdad social y la crisis ambiental se correlacionan y son coyunturales, ambas indican que la distribución de los bienes y los males ecológicos, así como las posibilidades de escapar a sus efectos, son diferentes según los grupos sociales y la situación relativa de los países[33].

En verdad, los conceptos de desarrollo sostenible y de sostenibilidad son polémicos, ambiguos y conflictivos; para algunos autores[34], incluso contradictorios, pero, en realidad no lo son, una vez que tienen la intención de mantener la ideología dominante. De todos modos, cierto es que conceptualmente resultan en un uso indiscriminado[35].

La gran crítica por parte de la doctrina al concepto del desarrollo sostenible está en la definición recomendada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) a través del Informe *Nuestro Futuro Común* de 1986. Destacamos que el Informe unifica e iguala las condiciones y las relaciones humanas, de modo que la sociedad humana es considerada como una unidad, como si en su interior no existiesen diferencias[36].

Además, dicho Informe contradice el entendimiento de que el hombre no domina la naturaleza, sino interacciona con ella en un mismo es-

33 RIECHMANN, J., *Un mundo vulnerable*, Libros de Catarata, Madrid, 2000, p. 216.

34 Conforme GONZÁLEZ LADRON DE GUEVARA, F., "Ecosistema, cultura y biodesarrollo", en AROCHA, J., *Utopía para los excluidos: el multiculturalismo en África y América Latina*,Universidad Nacional de Colombia - Facultad de Ciencias Humanas, Bogotá, 2004, p. 411-478; COUTINHO, R. "`Crise ambiental´ e desenvolvimento insustentável: a mitologia da sustentabilidade e a utopia da humanização do capitalismo `selvagem´", en *Revista Praia Vermelha*, núm. 2, 2009; COUTINHO, R., "Direito e problemas urbano-ambientais: um roteiro de estudo", en AHMED, F.; COUTINHO, R.; DAMOUS, W. (org.), *Curso de Direito Ambiental*, Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2012; FOLADORI, G., "La reedición capitalista de las crisis ambientales", en *Polis Revista Latinoamericana,* núm. 17, 2007.

35 Conforme SWYNGEDOUW, E., *ob. cit.*, p. 16: "[...] *what, then, to say about sustainability, a concept (and associated set of fuzzy practices) that is deeply indebted and intensely connected to the particular imaginations of Nature suggested above. Since its early definition in the Brundtland report of 1987, the concept (but not much of the practice) of 'sustainability' has really taken off. A cursory glance at both popular and academic publications will quickly assemble a whole array of 'sustainabilities': sustainable environments, sustainable development, sustainable growth, sustainable wetlands, sustainable bodies, sustainable companies, sustainable processes, sustainable incomes, sustainable cities, sustainable technologies, sustainable water provision, even sustainable poverty, sustainable accumulation, sustainable markets, and sustainable loss. I have not been able to find a single source that is against 'sustainability*'".

36 TOMMASINO, H. *et al., ob. cit.*, p. 13.

pacio[37] y vincula a la pobreza como causa de la degradación ambiental. Esta publicación va a ser objeto de profundos cuestionamientos, entre ellos por parte del economista catalán Joan Martínez-Alier, que principalmente critica la "conformidad demostrada por diversos sectores del ámbito científico y sociopolítico hacia el modelo propuesto", sobre todo con respecto a la criminalización de la pobreza como responsable por el deterioro ambiental, a la no discusión de la aplicación del modelo de desarrollo capitalista con sus efectos en el ámbito socioambiental y, al injusto reparto de costos y beneficios ambientales que tal modelo económico impone[38].

Para Jordi Jaria Manzano, la noción de desarrollo sostenible parte de la idea básica de que la apuesta por la sostenibilidad debe centrarse en el corazón del modelo económico de una sociedad[39]. Ya Ronaldo Coutinho es enfático al afirmar que el desarrollo sostenible proviene de un concepto "*polissêmico, volátil, que alberga, com a força de um mito, as mais diversas aspirações e planos de ação e pensamento, sem no entanto questionar o modo de produção hegemônico*"[40].

Humberto Tommasino *et al.*[41] entiende que al principio la concepción del desarrollo sostenible fue benéfica, al cambiar la conciencia hegemónica que prevaleció durante casi dos siglos de capitalismo. Sin embargo, por otro lado, el concepto reafirmó el concepto de desarrollo existente, dado que solo se agregó el adjetivo sostenible, pero se mantuvo tanto la visión antropocentrista como el carácter utilitarista que viste la idea de desarrollo en la relación del hombre con la naturaleza.

De hecho prevalece en la actualidad el uso indiscriminado del vocablo sostenible. La cuestión ambiental se agrega a la globalización como importante recurso ideológico, una vez que la crisis ambiental represen-

37 PIERRI, N.,"Historia del concepto de desarrollo sutentable", en FOLADORI, G.; PIERRI, N. (Coords.), *¿Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el desarrollo sustentable*, Colección América Latina y el Nueva Orden Mundial, Miguel Ángel Porrua, UAZ, Cámara de Diputados LIX Legislatura, México, 2005, p. 43-44.

38 AGLOGLIA, O.*, ob. cit.*, p. 219 *apud* MARTÍNEZ-ALIER, J., 1992.

39 JARIA I MANZANO, J., "El bienestar posible: estado social y protección del medio ambiente", en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 8, 2005, p. 73.

40 COUTINHO, R.*, ob. cit.*, p. 22-23. Más allá el autor, en un análisis desde la teoría marxista, afirma que se trata de apropiarse de la naturaleza para destruirla y de ahí transformarla en mercancía.

41 *Ob. cit.*, p. 12.

ta la incapacidad de un sistema social de producción y consumo (modelo capitalista) en mantenerse. Asevera Ronaldo Coutinho que de la manera como se está organizando el capitalismo posiblemente terminará con sus propios medios de reproducción[42]. El autor cree que el desarrollo sostenible es una utopía liberal de justicia social y ambiental, dado que prevalece la apropiación privada de la naturaleza[43].

Si por el lado económico existen intereses inmediatos y específicos, en el campo ambiental existen intereses mediatos y difusos. Por tanto, la retórica política que promete el desarrollo sostenible, asimismo financia la política económica de la insostenibilidad[44]. Por este motivo, nos parece razonada la definición de Henri Acselrad[45], que defiende la sostenibilidad como la noción que está sometida a la lógica de las prácticas, articulándose a efectos sociales deseados, a funciones prácticas que el discurso pretende tornar realidad objetiva. Tal consideración nos remite a procesos de legitimación y deslegitimación de prácticas y actores sociales, configurando como sostenibles, entonces, las prácticas que se pretendan compatibles con la calidad futura postulada como deseable.

Para finalizar este análisis de nuestra posición teórica frente algunos dogmas de la Modernidad, cabe citar observación de Paolo Bifani sobre el papel de la ideología en la teoría del desarrollo sostenible. En este sentido, el economista aporta que:

> El concepto de desarrollo, a diferencia del cambio social, supone la existencia de diversos juicios de valor con relación al movimiento y la dirección que debe tomar el sistema, poniendo de manifiesto la ideología de los diversos grupos sociales, de los cuales sólo un conjunto de valores asume el papel dominante definiendo el ritmo del cambio social. De manera que sólo un cambio en la concepción valorativa predominante puede alterar su ritmo y velocidad[46].

Tal y como señala el autor italiano, se hace necesario adoptar una posición a partir de la cual la relación sociedad-naturaleza sea analizada

42 COUTINHO, R.*, ob. cit.*, p. 22-23. *Traducción propia.*

43 *Ibíd*., p. 30.

44 COUTINHO, R., "Direito e problemas urbano-ambientais: um roteiro de estudo", en AHMED, F.; COUTINHO, R.; DAMOUS, W. (Orgs.), *Curso de Direito Ambiental*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2012, p. 307. *Traducción propia.*

45 Ver más en: ACSELRAD, H., "Discursos da Sustentabilidade Urbana", en *Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais*, núm. 1, 1999, p. 80.

46 AGLOGLIA, *Ob. cit*., p. 133 *apud* BIFANI, 1999.

desde una situación de interdependencia. Abordar la problemática ambiental desde concepciones analítico-comprensivas capaces de reconocer y representar de forma adecuada una realidad que se ha ido integrando históricamente hasta alcanzar una dimensión planetaria. En este contexto, resulta sumamente necesario enfocar los exámenes sobre la relación entre medio social y medio natural, explicitando que existen diferentes concepciones ideológicas que, a lo largo de este proceso, subyacen a su conceptualización[47].

Pese a todo lo expuesto, no se trata de despreciar estos conceptos, sino de utilizarlos de forma responsable, coherente y de conformidad con una postura crítica relevante, considerando que es evidente que existe una ruptura que encuentra identificación sustancial entre el modo de producción capitalista y los nuevos procesos culturales que penetran profundamente la superestructura de la sociedad. Por tanto, Jordi Jaria Manzano[48] es conciso en afirmar que el desarrollo sostenible se proyecta indefinidamente en el tiempo, vinculándose necesariamente al modelo de desarrollo económico escogido. Precisamente, al fin y al cabo, si se entendiese desde una perspectiva de desarrollo cualitativo, se concentraría en otras variables, además de las de producción, en valores ambientales y sociales acorde con nuestro tiempo.

Vincent Berdoulay y Olivier Soubeyran afirman que "*le développement durable serai ainsi victime de son succès*". Los autores entienden que el desarrollo sostenible resulta de una retórica, porque se reclama mucho pero poco se hace en la práctica, ocasionando, por tanto, una situación ambigua. En este sentido, se permite que se desarrolle una crítica a dicho concepto[49].

Por ende, la supuesta imprecisión del concepto de sostenibilidad sugiere que no exista aún una hegemonía de discurso. Conforme Henri ACSERALD, los ecólogos parecen mal posicionados para la disputa en un terreno enraizado por los valores del productivismo fordista y del

47 AGLOGLIA, *Ob. cit.*, p. 133 *apud* BIFANI, 1999.

48 JARIA I MANZANO, J., "El bienestar posible: estado social y protección del medio ambiente", en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 8, 2005, p. 72.

49 "*Cette situation ambiguë, où le développement durable se trouve dévalorisé, parce qu'objet de mode, suscite chez les universitaires des réactions de suspicion. Mais en même temps, pour réduire l'ambigüité, c'est-à-dire donner un sens, ils sentent la quasi nécessité de situer le développement durable dans une trajectoire historique*". *Vid*. BERDOULAY, V.; SOUBEYRAN, O., *Milieu, colonisation et développement durable*, L'Harmattan, Paris, 2000, p. 247.

progreso material. La visión sociopolítica básicamente se restringe a las organizaciones no gubernamentales (ONG), en el discurso de la equidad, con énfasis al ámbito de las relaciones internacionales. Por tanto, el discurso económico fue, sin lugar a duda, el que mejor se apropió del concepto de sostenibilidad, incluso por considerar su preexistencia en la teoría del capital y de la renta de acuerdo a John Hicks[50], idealizador de la teoría neoliberal.

III DE LA PROBLEMÁTICA AMBIENTAL A LA CONSTRUCCIÓN SOCIAL DEL RIESGO. EL CASO DE LA COSTA ESPAÑOLA

1 Vulnerabilidad socioambiental

En esta segunda parte el propósito es analizar los conflictos generados en la costa española y, agravados por la reciente aprobación por el Parlamento español de la nueva Ley de costas[51]. El análisis se hará desde una perspectiva crítica, a partir de la tutela de los vulnerables y a razón del polémico retroceso ambiental predominante en los últimos años.

Desde luego, sin agotar el tema, el objetivo es fortalecer y complementar la posición teórica abordada en el apartado anterior, respecto a la teoría social crítica de la sociedad del riesgo, pero haciendo hincapié en la tutela de los vulnerables[52].

En la sociedad contemporánea se producen riesgos que pueden ser controlados y otros que escapan o neutralizan los mecanismos de control típicos de la sociedad industrial[53]; este período se concreta como el período Postmoderno, etapa que marca el fin de la Modernidad. En la medida en que las amenazas producidas a lo largo de la sociedad industrial empiezan a tomar forma[54], surgen los riesgos, caracterizando el rasgo teórico de

50 ACSELRAD, H., *ob. cit.*, 1999, p. 80.

51 Ley 2/2013, de 29 de mayo de protección y uso sostenible del litoral que modifica la Ley 22/1988, de Costas.

52 Por vulnerabilidad se ha entendido que existen innumerables categorías, la ambiental, la económica, la social y la simbólica. "*A vulnerabilidade é uma noção relativa – está normalmente associada à exposição aos riscos e designa a maior ou menor susceptibilidade de pessoas, lugares, infraestruturas ou ecossistemas sofrerem algum tipo particular de agravo*", conforme ACSERALD, H., *ob. cit.*

53 LEITE, J. R. M.; BELCHIOR, G. P. N., "O Estado de Direito Ambiental e a articularidade de uma hermenêutica jurídica", en *Seqüência*, núm. 60, 2010, p. 293.

54 *Ibídem.*

la sociedad del riesgo. Este proceso sociohistórico de transición que está marcado por la denominada crisis ambiental, ha dado lugar a instrumentos conciliatorios, que permiten enfrentar la inseguridad introducida por el proceso de modernización e instrumentalización de la razón[55].

De acuerdo con Zygmunt Bauman[56] este período se caracteriza por la liquidez de los conceptos – incluidos ahí, los conceptos analizados en la primera parte del trabajo[57]. La sociedad del riesgo es considerada el momento en que el hombre no puede controlar de forma segura su relación con su entorno, sea ambiental, social, económico, cultural, etc. Por tanto, la principal característica del hombre postmoderno en la sociedad del riesgo es su vulnerabilidad. El riesgo, aquí, es un concepto que se procura estudiar a partir de fenómenos que generan la vulnerabilidad, es decir, el riesgo es entendido a partir de la tutela de los vulnerables. Utilizaremos el concepto de vulnerabilidad a partir de la definición construida por Henri Acserald, que la entiende como un proceso asociado a tres factores, el individual, el político-institucional y el social. De ahí, denota el autor que la vulnerabilidad es socialmente producida y que algunas prácticas político-institucionales podrán poner en riesgo de vulnerabilidad a determinados grupos sociales[58].

Acerca de este tema, los reconocidos conflictos urbano-ambientales se muestran como importante campo de análisis. Su reconocimiento, así como el de la permanente pluralidad, es presupuesto necesario para la identificación de las vulnerabilidades, permitiendo, de esta forma, que se ejerzan las condiciones mínimas a su amparo, a través de la participación y democracia. Se trata de un cambio en las estructuras – no solo culturales y de las prácticas sociales, sino jurídicas –.

Fruto del aumento de la complejidad social y de la complejidad interna del Derecho, este debe adecuarse y adaptarse al entorno social, una vez que sería conveniente que el Derecho se desarrollara conforme a sus propios precedentes inmediatos y tratando de adecuar la producción jurídica en vigor a la información obtenida del entorno social correspondiente[59].

---

55 Sobre esta afirmación, *vid*. JARIA MANZANO, J., *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

56 BAUMAN, Z., *ob. cit.*

57 Crisis ambiental, desarrollo sostenible, sostenibilidad.

58 ACSERALD, H., *ob. cit.*, *Traducción propia*. El autor en este trabajo incluso va más allá, afirmando que la vulnerabilidad será definida/enunciada, vía de regla, por el Estado.

59 PÉREZ GONZÁLEZ, S., "El Derecho en la sociedad global del riesgo", en *REDUR* 6, 2008, p. 102.

En cuanto a la crítica que se puede hacer a Ulrich Beck y a su conceptuación sobre la sociedad del riesgo, el mismo considera que no existe una relatividad del riesgo, es decir, que todos estamos sensibles igualmente a los posibles eventos ambientales adversos (que según el autor los riesgos están directamente relacionados a las cuestiones ambientales), exponiendo a todos de manera igual a los riesgos. No obstante, no existe una igualdad tanto social, como ambiental, geográfica, política, económica. La concepción de igualdad dentro de la doctrina jurídica está equivocada, puesto que cada uno solo es igual dentro de sus desigualdades, por tanto, es evidente que la construcción social del riesgo será diferente.

Siguiendo a Henri Acserald, a pesar de que la teoría de Ulrich Beck puede ser más progresista que la hipótesis enunciada por Anthony Giddens, esta viene a ser objeto de algunas críticas, principalmente en lo que se refiere a la real naturaleza del conflicto ecológico. Los autores Michael Rustin y Arthur Mol poseen una postura bastante radical en cuanto a las teorías de la sociedad del riesgo. Aunque no sea el objeto directo de este trabajo, sirve de argumento para la perspectiva crítica de este estudio y quizás, posteriormente, pueda valer para una investigación sobre el cambio de los indicadores de la noción del riesgo, contrarrestando el pensamiento dominante.

Así, resaltamos como significativa la siguiente aserción: "[...] *nem os defensores da modernização ecológica, nem os teóricos da Sociedade do Risco incorporam analiticamente a diversidade social* [agregaría, asimismo, la cultural] *na construção do risco e a presença de uma lógica política a orientar a distribuição desigual dos danos ambientais*"[60].

Consiguientemente, si consideramos la vulnerabilidad de manera diversa al gran panorama dibujado globalmente, ya se evidenciará, por lo menos, un cambio, el teórico-conceptual. Por ende, los patrones modernos alterados estarán directamente relacionamos con el aspecto sociocultural que, evidentemente, se reflejará en la política y en el Derecho, no solo desde una perspectiva teórica, sino igualmente a partir de la *praxis*, puesto que se refleja a través de la normativa en las intervenciones (locales o globales) de los agentes del Estado.

[60] ACSERALD, H., "Justiça Ambiental e Construção Social do Risco", en *Estudos Avançados 24*, núm. 68, 2010, p. 3.

2 Breve diagnóstico de la costa española: el contexto socio-espacial y la polémica reforma legislativa

El escenario actual de las ciudades costeras, que a través del modelo predominante presenta un contexto de conflictos y vulnerabilidad relevantes, merecen el debido análisis. Como ya se ha mencionado, el riesgo y la vulnerabilidad en el ámbito urbano-ambiental generan conflictos propios del territorio en cuestión, de modo que nos servirá de referencia para seguir la línea de planteamiento inicial del trabajo.

Para hacer una breve contextualización del litoral español empezaremos por describir su geografía. España se caracteriza como un país extremamente costero, de las diecisiete Comunidades Autónomas[61] (sin contar las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla), ocho están dispuestas en territorio litoral. El hecho de que su economía, hace muchos años, se base en el "aprovechamiento" de esta costa y en el desarrollo del turismo local como importante eje de la economía, demuestra el tipo de desarrollo preponderante hace muchos años. Por tanto, con la crisis económica de los últimos años, se exacerba este contexto que sin otras alternativas eficaces para el turismo o para la economía española, retoma la supervaloración de la costa otra vez como tema del día.

El proceso de traslación de un significativo número poblacional para la costa en un intenso movimiento migratorio fue motivado principalmente por amplias expectativas económicas, a partir de la mitad de los años de 1960. En este momento, esta franja costera no era muy apreciada por el Estado, por tanto, agregado al crecimiento, también se aceleró la degradación ambiental. Rodríguez López[62] afirma que hasta los años ochenta no existía una real preocupación por el medioambiente, una vez que la presión económica supeditaba la protección ambiental a la especulación. Como consecuencia, actualmente, se intenta paliar un daño generado hace más de un par de décadas.

Uno de los motivos de la creciente ocupación de la costa se debió a la búsqueda incesante del hombre de bienestar y calidad de vida asociada a los espacios naturales. Incentivados por los principios establecidos en el

[61] Las Comunidades Autónomas son las entidades territoriales que de acuerdo al ordenamiento constitucional español están dotadas de autonomía legislativa y de competencias ejecutivas, así como de la facultad de administrarse mediante sus propios representantes. Esta estructura administrativa está en vigor desde la Constitución democrática de 1978.

[62] RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Playas y costas en el derecho español: a propósito de la Ley de Costas de 1988*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 91- 92.

Informe *Nuestro Futuro Común* de la década de 1980 – libre desarrollo de la personalidad y calidad de vida –, por primera vez en Europa se institucionaliza como derecho fundamental del hombre disfrutar de condiciones de vida adecuada en un medio de calidad[63]. Sin embargo, este derecho a disfrutar de un medio ambiente equilibrado directamente relacionado a la calidad de vida terminó por ser paradójico, puesto que este "estilo de vida" cercano a la naturaleza y pasible de bienestar se consumó en un criterio en beneficio del mercado inmobiliario. Además, considerando que las calidades ambientales y culturales se constituyeron en valor de cambio[64], muchos emprendimientos inmobiliarios pasaron a ser vendidos a razón de su proximidad con la naturaleza y de la supuesta belleza natural de su entorno, de modo que la preservación de estos recursos es cada vez más difícil. En este sentido, la ocupación costera termina por arrasar con los ecosistemas e intensifica el conflicto entre los dominios público y privado.

No obstante, la degradación de los espacios costeros constituye un problema generalizado en todo el mundo. El Programa XXI aprobado en la Cumbre de Río en 1992 ya mencionaba en aquella década que más de 50% de la población mundial vivía en la costa. Este documento menciona que este número podría incrementarse a las tres cuartas partes para el año 2020[65]. De esta constatación se evidencia que se produjeron trascendentales transformaciones, *económicas* y *territoriales* con profundas implicaciones *ambientales* y *sociales* en la costa.

En efecto, las zonas costeras están bastante urbanizadas o en proceso de urbanización[66]; tal presión poblacional se expresa a través de una dinámica de mercado, intensificada por las actividades inmobiliarias, implícito el turismo, que vienen a traducirse frecuentemente en un gran impacto medioambiental y paisajístico. El rápido y exagerado desarrollo impuesto a la costa española, considerando su inicio de ocupación a partir de los años de 1960, sumado a su valoración como espacio para el ocio, mayor

63 SOCÍAS CAMACHO, J. M., *La ordenación de las zonas turísticas litorales,* Instituto Pascual Madoz (Universidad Carlos III), Madrid, 2001, p. 21.

64 Conforme teoría de Karl Marx desarrollada en la célebre obra *El capital,* escrita en 1867.

65 NOGUERA DE LA MUELA, B., "Urbanismo y ordenación del litoral", en Trayter, J. M.(dir.), *Comentarios a la Ley de Urbanismo de Cataluña: adaptados al Decreto-ley 1/2007, de 16 de octubre y a la Ley de suelo de 2008,*3ª edición, Aranzadi, 2008, p. 625.

66 Para RODRÍGUEZ LÓPEZ las personas trasladaron del interior hasta el litoral de forma acelerada, al paso que 40% de la costa española ya está urbanizada o tiene el suelo clasificado como urbanizable. *Ob. cit.,* p. 13.

representante de la supuesta calidad de vida, derivó en su supervaloración de los bienes naturales como bien de consumo. La rápida inflación del valor de los inmuebles situados en el litoral, igualmente va dando evidencias claras de una fuerte especulación inmobiliaria.

El rápido proceso de ocupación de la costa española es, seguramente, parte de un modelo político que incentivó tal ocupación. Blasco Díaz[67] entiende que en el caso español se facilitó la insuficiencia de los instrumentos protectores del demanio marítimo-terrestre hasta las últimas décadas existentes. Por otro lado, los instrumentos protectores no fueron suficientes para evitar los comportamientos agresivos al medio, consecuencia, en muchas ocasiones, de sus inadecuadas aplicaciones. Es decir, que las actuaciones degenerativas sobre el litoral fueron múltiples y variadas, operadas en gran medida por el ejercicio de un urbanismo masivo y atinente únicamente a criterios de máxima rentabilidad económica, con la construcción de edificaciones de considerable altura a orillas de las playas y del mar, por ejemplo.

En tal sentido, constatada la mercantilización de la costa, se ha promovido una sucesión de impactos negativos que ocasionan graves prejuicios de orden natural, económico y social, dando lugar a un proceso de degradación del medio ambiente a mediano y corto plazo, donde se verifican especiales áreas de tensión dentro del dominio público marítimo-terrestre y conflictos latentes. A partir de este cuadro el Estado español vislumbra la necesidad de crear mecanismos legales como forma de intentar reducir la apropiación del espacio costero y como forma de preservar el dominio público; de ahí se elabora la Ley de Costas en 1969, posteriormente modificada por la Ley 22, de 28 de julio de 1988, en vigor hasta 2013, momento en que se aprueba la Ley 2, de Protección y Uso Sostenible del Litoral, de 29 de mayo[68].

---

[67] BLASCO DÍAZ, J. L., *Régimen Jurídico de las propiedades particulares en el litoral: la protección y ordenación de las costas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 22.

[68] A propósito de la supuesta ineficacia de la Ley de Costas de 1988, el gobierno español ha presentado un anteproyecto en 2012 para alterar la mencionada Ley. El problema todavía transciende, ya que aunque la Ley de Costas de 1988 haya nacido por la voluntad de frenar el proceso urbanizador del litoral que en estos momentos tenía el 40% de su área urbanizado o disponía de un suelo calificado como urbanizable, se ve que en la actualidad, todos los indicadores afirman que este proceso urbanizador, en lugar de frenarse, ha aumentado, según AGUIRRE I FONT, J. M., *L'ordenació del litoral català: els plans directors urbanístics del sistema costaner,* Atelier Libros, Barcelona, 2007, p. 78. Pero, ¿será que la Ley de 2013 significa respecto a esta un cambio positivo?

El reciente cambio legislativo polemiza por sus cambios puntuales que restringen aún más las políticas de protección ambiental, pues por ejemplo, limitan mucho el dominio público marítimo-terrestre, que conforme García Pérez[69] esta representa la manifestación más clara de la real intención del legislador, ensanchar la franja demanial existente para permitir su uso privativo.

Es cierto que los anteriores cambios normativos no hicieron efectiva una política ambiental para la costa, produciendo dificultades de aplicación, principalmente sobe el régimen transitorio frente a urbanizaciones ya consolidadas y conflictos preexistentes. Pero también es cierto que la potencialidad de los instrumentos de protección del litoral adviene de una postura política predefinida. Hoy, por lo tanto, se discute sobre el principio del no retroceso en Derecho ambiental, una vez que los cambios normativos propuestos, principalmente los más recientes, a cambio de la Ley de Costas de 1988, carecen mucho de técnica legislativa.

La citada Ley de Costas de 1988 puede ser considerada bastante buena en términos de técnica legislativa, pero se presenta como una retórica, pues en la práctica no funciona. El deslinde es el motor de arranque de la Ley, pero se demuestra como un procedimiento complejo y moroso que denota tiempo y mucha controversia. Socialmente los deslindes no están muy bien aceptados, generando mucha polémica y debates acerca de su legitimidad. En la nueva Ley de Costas los deslindes siguen siendo su principal objeto.

En este sentido, es importante hacer un análisis más profundo de los recientes cambios legislativos para el litoral español y de la política hasta hoy llevada a cabo en su territorio, respaldada o no por la Constitución de 1978. Por tanto, nos preguntamos: ¿En qué medida la sociedad actual tiene responsabilidad sobre tal contexto? o ¿Sería este el modelo de desarrollo a seguir en España? Y ¿Hasta dónde la Constitución española respalda tales decisiones, si es que las decisiones no son puramente políticas?

Más que respuestas, ante la realidad presentada en el territorio costero, ahora agravado por la crisis económica, plantea dos reflexiones. Por ende, ¿hasta qué punto el modelo de Estado presentado en la Constitución de 1978 respalda en la actualidad la protección ambiental?

De los temas más polémicos, solamente vamos a mencionar dos, a fin de no exceder el objeto de este trabajo, está la discusión sobre el principio

[69] GARCÍA PÉREZ, M., "La reforma de la Ley de Costas: un lobo en piel de cordero", en *El cronista del Estado social democrático de derecho*, núm. 31, octubre 2012, p. 60.

de la igualdad y el de la función social de la propiedad. Aquí hay que repensar en las políticas públicas y en cómo el Derecho puede contribuir en el mantenimiento de una protección social legítima, considerando el bien colectivo en detrimento del individual. Deben prevalecer, asimismo, los esfuerzos en tutelar los vulnerables en el contexto costero.

Si en las normativas de uso y ordenación de la costa, con especial énfasis a la Ley de Protección y Uso Sostenible del Litoral de 2013, predominan contrariedades, falta de cautela, incertidumbres, riesgo y vulnerabilidad, ¿es posible afirmar que se trata de una representación fiel de la teoría de la sociedad del riesgo?

Por fin, se evidencia que múltiples de las decisiones tomadas en los últimos años en España están siendo legitimadas como alternativas para la crisis económica. Es decir, la sociedad contemporánea utiliza argumentos para supeditar lo ambiental a lo económico a través de los modelos jurídico y político. Sin embargo, las cuestiones principalmente de cuño ambiental merecen la debida reserva por su singular importancia, cabiendo, aquí otra reflexión: ¿La Constitución española fomenta tal contexto?, es decir, examinando el procedimiento político-legislativo, ¿es posible verificar si estas medidas de cambios normativos necesariamente respaldan las políticas de bienestar social previstas en la Constitución de 1978? ¿O es parte de una estrategia económica que justamente aspira ajustarse al modelo de Estado presentado en España hasta hoy?

IV EL DESAFÍO DEL DERECHO EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD: LA EFICACIA SOCIAL DE LA NORMA Y EL IUSPOSITIVISMO DE HART

1 Las nuevas teorías jurídicas en la Postmodernidad

Finalmente, en la última parte, se busca construir una posición sobre cómo otros paradigmas del sistema jurídico se ajustan a la organización económica y sociocultural de la Postmodernidad y cómo otro sistema normativo puede contribuir en la tutela urbano-ambiental a la luz de la eficacia social de la norma, considerando la teoría del riesgo que permea el siglo XXI.

Primeramente, partimos de la idea de que algunas áreas del Derecho vienen a contribuir con el contexto de transición histórica a la Postmodernidad, rompiendo modelos políticos, históricos, sociales y culturales, a fin de introducirse en una también nueva hermenéutica jurídica. En realidad

esta hermenéutica está aún por concretarse, pero es un avance dentro de lo entendido hasta hoy como modelo jurídico de la dogmática jurídica clásica. Haciendo, por tanto, hincapié en el uso decisivo de algunos conceptos – como el desarrollo sostenible y la sostenibilidad –, aquí cabe analizar los orígenes, la consolidación e, incluso, la transición del Derecho por medio de sus nuevas teorías[70].

De este modo, se subraya que, como movimiento social participativo y reivindicatorio antisistémico, la protección por el medio ambiente y el Derecho ambiental como ciencia son precursores. Por tanto, a través de la necesidad de satisfacer las nuevas demandas jurídicas y considerando la sustentabilidad como elemento estructural de estos cambios[71], el Derecho ambiental se presenta como el filtro social capaz de regular la dinámica de producción capitalista, evitando que los recursos naturales (entendidos como bienes jurídicos) desaparezcan. De acuerdo a Jaria Manzano[72]: "el derecho ambiental define el modelo de desarrollo de una sociedad, disciplinando el uso de la tecnología disponible para generar un grado determinado de bienestar". Por otra parte, el Derecho ambiental igualmente es el cambio social que se manifiesta mediante la ruptura de los presupuestos ideológicos de la Modernidad, en un contexto generalizado de crisis. Su objetivo es superar la noción de dominación del hombre sobre la naturaleza establecida en el marco de la sociedad moderna y desarrollada por la sociedad tecnológica.

De acuerdo a lo anterior, en el seno del orden constitucional y de la eficacia social de la norma en la perspectiva de la tutela urbano-ambiental nos preguntamos: ¿cuál es el real papel del Derecho ambiental y del Derecho en la construcción de la sostenibilidad?

---

70 Leer: SANTILLI, J. en *Socioambientalismo e novos direitos - Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural* y MESA CUADROS, G. en *Estado ambiental de derecho o 'Estado de cosas inconstitucional ambiental: derechos colectivos y ambientales bajo amenaza en la era de las locomotoras normativas*. En este sentido, el último autor defiende las "nuevas" teorías para el siglo XXI, visto que teorías de la modernidad no son más suficientes, superando, por tanto, el pensamiento liberal moderno de los siglos XVII, XVIII y XIX.

71 El Derecho pasa a tener un concepto integrador, desmitificando el abordaje anterior, por ende no se permite el enlace del discurso de la Modernidad al paradigma del Derecho ambiental.

72 JARIA I MANZANO, J., "El fundamento constitucional de los derechos de participación en materia ambiental de medio ambiente y su desarrollo en la ley 27/2006", en Pigrau Solé, Antoni (dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 132.

El Derecho ambiental es un signo de nuestra sociedad actual, por tanto, conviene reflejar las preocupaciones de la humanidad y es por esta elemental razón que el Derecho ambiental existe y ha alcanzado su desarrollo actual. A razón de su configuración encuentra sustento en los derechos fundamentales, pero, aún así, no deja de experimentar un inconveniente, el de la eficacia simbólica del Derecho. Porque, como señala Norberto Bobbio[73], el problema de los derechos fundamentales ya no consiste en su reconocimiento, sino en la posibilidad de hacerlo efectivo. Sobre la eficacia hablaremos *a posteriori*.

En efecto, como concepto jurídico – considerando las formas jurídicas advenidas desde el siglo XVII – se fundamenta actualmente como contrapunto que supera el discurso de la Modernidad. Se destaca por su contenido, y no exactamente como un modelo a ser seguido, a fin de no retomar la idea de modelo de desarrollo impuesta por la Modernidad, sino ir más allá, superando está perspectiva.

Sin embargo, conforme a lo comentado en los apartados anteriores y siguiendo la línea de lo que entendemos por riesgo, incertidumbre y vulnerabilidad, ¿será posible el consenso entre la protección ambiental y el "desarrollo"? ¿Será la pregunta adecuada en tiempos de crisis (fundamentalmente económica)? ¿Qué desarrollo se busca? Las respuestas a estas preguntas pueden provenir de la *praxis*, una vez que las posibles respuestas se producen en el entorno social. Las nuevas teorías del Derecho, instituidas a partir de la segunda mitad del siglo XX, se proyectan sobre los instrumentos de intervención del Derecho, a fin de prosperar como presupuesto de intervención en las relaciones humanas y, por ello, en las relaciones del hombre en el medio ambiente que él se insiere.

En este sentido, el desafío es que las nuevas teorías de este período sociohistórico, concilien los intereses colectivos (su gran objeto y, aquí está el avance) junto de las políticas económicas, mucho más conservadoras.

A pesar de esto, el Derecho ambiental por sí mismo engloba otros derechos, de modo que "todos los derechos son derechos ambientales"[74]. Si bien, esta afirmación parece correcta, posterior a este planteamiento ambiental surgen otros movimientos que reclaman derechos y nuevas teorías que, igualmente, vislumbran el cambio social dentro de la doctrina jurídica.

[73] BOBBIO, Norberto, *Sobre el Fundamento de los Derechos Humanos*, 2ª edición, Gedisa, Barcelona, 1992, p. 131.

[74] MESA CUADROS, G., *ob. cit.*, p. 31.

En este sentido, las ideas propias del pensamiento liberal de los siglos XVII, XVIII y XIX son complementadas por otras, entre las cuales podemos citar: otras formas de hacer ciudadanía; la reivindicación por derechos consolidados o su garantía; la búsqueda de la pluralidad como principio democrático válido; la transformación estructural del concepto de propiedad, ahora vista como función social, que perfecciona en otros derechos, tal como el derecho a la vivienda, y, por fin, en el propio derecho a la ciudad[75].

Todo este conjunto de derechos adquiridos o reivindicados constituyen la imagen de una nueva teoría jurídica. Ahora el Derecho debe acercarse a otras disciplinas para lograr eficacia, demostrando la obsolescencia del pensamiento moderno de fragmentar los discursos, las ciencias y las prácticas. El orden jurídico urbano-ambiental es un ejemplo, puesto que según Jordi Jaria Manzano[76]:

> [...] *el dret ambiental es desenvolupava, per causa de l'atenció particular que s'ha començat a prestar a la dimensió urbanística i de gestió del territori en la realització d'una política ambiental, ja que, en definitiva, l'ordenació del territori i l'urbanisme apareixen estretament relacionats amb els problemes ambientals el dret urbanístic és, entre altres coses, un instrument per fer efectiva la configuració d'un medi ambient adequat per al desenvolupament de la persona, tal com exigeix l'article 45CE, el qual, entre altres coses, condiciona el contingut de la legislació i la pràctica urbanístiques*.

Por lo tanto, la tutela urbanística y la ambiental no pueden estar disociadas. Es muy importante el diálogo entre el Derecho urbanístico y el Derecho ambiental, dado que la perspectiva jurídica urbano-ambiental es esencial para garantizar la tan nombrada ciudad sostenible y resguardar

[75] Contenido de la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad, presentada en el V Forum Social Mundial realizado en Porto Alegre en 2005: "[...] El Derecho a la Ciudad es definido como el usufructo equitativo de las ciudades dentro de los principios de sustentabilidad, democracia, equidad y justicia social. Según CAVALLAZZI, R. L.: "*o direito à cidade, expressão do direito à dignidade humana, constitui o núcleo de um sistema composto por um feixe de direitos incluindo o direito à moradia - implícita a regularização fundiária -, à educação, ao trabalho, à saúde, aos serviços públicos - implícito o saneamento -, ao lazer, à segurança, ao transporte público, a preservação do patrimônio cultural, histórico e paisagístico, ao meio ambiente natural e construído equilibrado - implícita a garantia do direito a cidades sustentáveis, como direito humano na categoria dos interesses difusos*". En "Tutela Constitucional do Direito à Cidade", ponencia presentada en *10º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental*, São Paulo, 3 de junio de 2005.

[76] *Vid*. JARIA MANZANO, J. *, ob. cit.*, 2003, p. 138.

los elementos que componen el concepto del Derecho ambiental en el intento de posibilitar de manera coherente y mínimamente eficaz el freno de los efectos de la mencionada crisis ambiental – sin dejar de considerar todo lo expuesto anteriormente de la necesidad de cambios profundos en el sistema político, económico y de Estado –. Esta relación urbano-ambiental es fundamento para el cumplimiento de las funciones sociales de la ciudad y de la sostenibilidad, respetando los parámetros establecidos en este trabajo.

Sobre este tema, cabe mencionar que Tomás-Ramón FERNÁNDEZ reconoce que el campo del Derecho urbanístico constituye una ordenación e sistematización de las relaciones entre el hombre y el medio ambiente sobre la base de un territorio concreto. En este sentido, el resultado del planeamiento urbanístico, que tendrá en cuenta diversos bienes jurídicos ambientales en una operación de ponderación de intereses, se constituirá en una clara expresión en favor del medio ambiente[77].

En conformidad con Gregorio Mesa Cuadros[78], esta visión integral es elemental para armonizar los conceptos que garantizan derechos. "Esta teoría parte de la idea de reconocer una visión integral, sistémica y global [del espacio en que estamos insertos], entendiendo que el ambiente, la naturaleza, la tierra o la exosfera no es más que su concreción y no solo la visión parcial, sectorial y limitada de pedazos o parcelas de derechos, usualmente reducidos a los derechos civiles y políticos, defendidos especialmente por el liberalismo". No obstante lo señalado por el autor, hay que considerar que la lucha por derechos, sean civiles o políticos, también se renueva. Es decir, el contexto de la ciudadanía hoy, no pierde su esencia; una vez que el comprometimiento es otro, el rompimiento de paradigmas se da, igualmente, en el marco de una ruptura de paradigmas políticos y socioculturales. Por este motivo, se defiende que el riesgo, asociado a la sociedad Postmoderna, no puede restringirse solamente a una vulnerabilidad ambiental. La crisis ambiental significa el proceso sociohistórico de cambios, que ha transformado el modelo; sin embargo, en la práctica, erróneamente, según nuestro punto de vista, se está sustituyendo el paradigma de la sociedad de clases por el de la sociedad del riesgo, amparado únicamente por la cuestión ambiental. Continuar con este modelo es conformar-

[77] FERNÁNDEZ, T. R, 1980, p. 11, *apud* JARIA MANZANO, J.*, ob. cit.*, 2003, p. 137.

[78] MESA CUADROS, G., "Nuevo acuerdo global Río+20: 'Economía verde' en la era neocapitalista", en Mesa Cuadros, G. (Ed.), *Estado ambiental de derecho o 'Estado de cosas inconstitucional ambiental: derecho colectivos y ambientales bajo amenaza en la era de las locomotoras normativas*, GIDCA - UNC, Colección "Gerardo Molina"-UNIJUS, Bogotá, 2013, p. 31.

se con la idea de desarrollo y pobreza construida por las Naciones Unidas en la década de 1980, de la cual ya se realizó la debida crítica[79].

Se concibe la sostenibilidad como teoría que cobija la defensa y la búsqueda de equilibrio social, tal cual el "abanico" de derechos que compone el derecho a la ciudad. Es necesario recordar aquí Edward Barbier[80], que aunque haga referencia a "desarrollo económico sustentable", aclara que el mismo está "directamente ligado a incrementar el nivel de vida de los pobres de más bajo nivel", especialmente a través de la reducción de la pobreza, que deriva consecuentemente en la consignación de habitación duradera y segura, minimizando la depredación de los recursos, la degradación ambiental, el desequilibrio cultural y la inestabilidad social. Se trata, por tanto, de múltiples derechos que derivan en otros.

Desde este criterio de valoración del cambio social procedemos a analizar y comprender el fenómeno jurídico, como se verá en el apartado siguiente.

2 Iuspositivismo de Herbert Hart: preceptos para la eficacia social de la norma

En el presente trabajo se buscó abordar la eficacia social de la norma como elemento esencial dentro de la teoría jurídica aquí defendida. La eficacia social de la norma fue elegida como categoría analítica por permitir el dialogo entre teoría y práctica.

Entendida la necesidad de intervención administrativa como forma de garantizar los principios de un Estado democrático y de Derecho, se hace conveniente instituir el Derecho práctico a través del *iuspositivismo*. Aunque la finalidad del positivismo jurídico esté arraigada a la noción moderna de la ciencia jurídica – debido a que el período moderno haya exigido a distintas instituciones, numerables formas de concebir el Derecho

[79] Vale recordar la posición de la Organización de las Naciones Unidas en el Informe *Nuestro Futuro Común* en el que la pobreza aparece como causa de los problemas ecológicos. Además, TOMMASINO, H. *et al* señala que el objetivo del desarrollo sostenible formulado por este Informe considera la sociedad humana como una unidad: "Es decir, precisamente la particularidad del comportamiento humano con su ambiente, que es el de ser un resultado del tipo diferenciado de relaciones sociales de producción es permanentemente ignorado. *Las relaciones de producción capitalistas no son discutidas en la teoría del desarrollo sustentable"*. En "La crisis ambiental contemporánea" en *Ob. cit.*, p. 13.

[80] BARBIER, 1987, p. 103, *apud* FOLADORI, G.; TOMMASINIO, H.*, ob. cit.,* p. 200.

y de buscar justicia –, elegimos partir del planteamiento *iuspositivista* de Herbert HART para facilitar el diálogo.

Como panorama teórico de un contexto práctico, referenciado a través del análisis de la costa española, se averiguó la existencia del desafío enfrentado por la eficacia social de la norma, en el intento de tornar efectiva las nuevas teorías del Derecho. Por tanto, aquí se hará una breve reflexión a partir de los preceptos del filósofo del Derecho británico Herbert HART. La idea central de su teoría y de la que compartimos es que las normas deben siempre satisfacer una práctica social.

Conforme, Jairo Alberto Martínez Idárraga, "una sociedad humana no puede concebirse sin conflicto de intereses y derechos, ya que las normas jurídicas que reglamentan estas conductas están bajo la susceptibilidad de ser violadas, por tal razón y ante tales circunstancias, nacen disyuntivas que se presentan a elección de posibles soluciones"[81].

A saber, el pensamiento positivista de Hart, denominado *iuspositivismo*, defiende que la norma debe estar separada de la moral, rompiendo ahí, de cierta forma, la doctrina tradicional de dogmática jurídica clásica. De este modo, el jurista entiende que el Derecho es un conjunto de reglas que han gobernado la existencia humana de la forma socialmente entendida, debiendo agregarle conceptos de positividad, vigencia y eficacia de la norma jurídica. A través de estas tres indagaciones el jurista plantea la definición del Derecho positivado según su teoría. Las indagaciones son: "1. ¿En qué se diferencia el derecho de las órdenes respaldadas por amenazas, y qué relación tiene con ellas?; 2. ¿En qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación moral, y qué relación tiene con ella?; y 3. ¿Qué son las reglas, y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas?"[82]. Resaltamos la última pregunta como la más relevante, ya que el autor parte de un razonamiento diferente del positivismo clásico.

Al distinguir la esencia del Derecho de las demás teorías, como la de Kelsen o de Dworkin, HArt define las normas jurídicas como completamente independientes de la moral, de modo que el Derecho no es un conjunto de reglas como bien defienden innumerables juristas, principalmente en el siglo XX. La moral estaría relacionada a los dogmas y modelos tradicionalmente usados y socialmente hasta entonces aceptados. De acuerdo a su concepción, se busca que la persona no se vea obligada a algo, sino que tenga la obliga-

[81] MARTÍNEZ IDÁRRAGA, J. A., "Positivismo, vigencia y eficacia en el pensamiento de H. L. A", en *Memorando de Derecho*, núm. 2, 2011, p. 139.

[82] *Ibídem.*

ción de algo. Por tanto, el Derecho nace de la conciencia de cada uno, acatando *motu* propio las normas, sin una inducción a la obediencia. Por ende: "las ideas de orden, hábito, obediencia y amenaza son adecuadas para dar cuenta de la situación del asaltante, pero **no de lapráctica social de una comunidad regida por reglas jurídicas**" (resaltado nuestro). En este contexto, existe una analogía fundamental con los conceptos posmodernos en que prevalecen las prácticas colectivas. Si la intención inicial es fortalecer la intervención en las nuevas demandas y adaptarlas a los también nuevos actores sociales, parece que la concepción de Hart es la adecuada, es la que más se acerca de la configuración de intereses y derechos difusos y colectivos, desconectando de la idea individualista introducida por la Revolución Francesa de 1789 y desarrollada durante la Modernidad.

De tal forma, al fin y al cabo, en palabras de Manuel García-Pelayo[83], "[...] la norma solo tiene vigencia jurídica cuando está incorporada a una conducta real: unos preceptos vaciados de contenido sociológico, es decir, que han dejado de regular efectivamente la conducta de los hombres, son un conjunto de proposiciones, pero no de Derecho vigente". En cualquier caso, no solo la norma jurídica se dirige a los seres humanos, sino que, por tenerla en consideración como tal, debemos concebirla como norma vinculante para aquellos a los que está dirigida (o, al menos, una mayoría social significativa). Resulta que, solo en tanto que destinada a los seres humanos y referidos a sus comportamientos, la norma jurídica adquiere su sentido. Por tanto, con respecto a la cuestión que nos ocupa, hay que concluir que solo el hecho de que el medio ambiente pueda modificarse, y que sea a través de los seres humanos, se posibilita la intervención del Derecho y del Estado como contenido jurídico-social[84].

Hart[85] tiene un posicionamiento opuesto a las doctrinas de Kelsen y Alexy, ya que ambos defienden que no existe una conexión necesaria entre eficacia y validez de la norma jurídica. El filósofo del Derecho británico pondera que existe una desconsideración generalizada por parte de las normas del sistema (ineficacia del sistema jurídico), tornando una afirmación a respecto de la validez del sistema una afirmación *sin sentido*, puesto queestá fuera de la realidad de una sociedad. El autor ejemplifica el caso de enseñarse Derecho romano hoy, como si este sistema todavía fuese eficaz o estuviese en vigor[86].

[83] GARCÍA-PELAYO, 1984, p. 63, *apud* JARIA MANZANO, J., *ob. cit.*, 2003, p. 114.

[84] JARIA MANZANO, J., *ob. cit.,* 2003, p. 114. *Traducción propia*.

[85] *Vid*. HART, H. L. A., *O conceito de direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 133.

[86] *Ibíd*., p. 134.

Es importante entender que en la doctrina de Hart la eficacia no es un efecto y tampoco un resultado. "¿Es la eficacia condición de validez de la norma jurídica? Por supuesto que no, no podría ser así. Una cosa es la validez y otra la eficacia"[87]; así lo explica. Esta cuestión es importante, conforme expresa Jairo Alberto Martínez Idárraga al analizar la obra *El concepto de Derecho*: "La validez es un concepto jurídico, la eficacia es un concepto social", esta es la diferencia. Para este trabajo interesa saber que la regla de reconocimiento de Hart[88] es siempre social, obedece al reconocimiento que se hace del sistema, por tanto envuelve eficacia, ya que sin la existencia del ordenamiento jurídico, sus normas no pueden ser válidas. Por lo visto, de acuerdo a HART, sin la eficacia no existe este ordenamiento[89].

Sin embargo, Jordi Jaria Manzano[90], plantea que, en cuanto al medio ambiente como bien jurídico, aquel será una realidad normativa, no física. Será una realidad normativa que el Derecho pretende imponer en la realidad, no una realidad física que se impone al Derecho. Podríamos hacer un paralelo con la doctrina de Herbert Hart de que entonces, el bien jurídico, en este caso el ambiental, es válido como normativa, pero, solo será eficaz cuando satisfaga su realidad social, muñido, por tanto, de eficacia social.

Para el citado autor, "És precisament aquesta estructuració hipotètica la que constitueix un límit a l'activitat transformadora en el medi ambient real, tot determinant canvis tolerats i canvis desvalorats i regulant així la dinàmica real en allò que aquesta dinàmica depengui de l'acció humana"[91].

Dimitri Dimoulis[92], analizando la doctrina de Hart, advierte que la regla de reconocimiento identifica el sistema jurídico como un todo y exige su validez a través de las prácticas sociales. Así, en última instancia, la regla

87 MARTÍNEZ IDÁRRAGA, J. A.*, ob. cit.*, p. 149.

88 Es la regla de conocimiento la que suministra los criterios para determinar la validez de otras reglas del sistema, siendo, según el autor, una regla última. HART señala que la regla de conocimiento solo existe como una práctica compleja identificando el derecho por referencia a otros criterios. Por tanto, su existencia es cuestión de hecho. También se puede asociar esta regla a los comportamientos humanos, de modo que esta regla busca legitimar y reglamentar los comportamientos humanos, pasando del mundo pre-jurídico al jurídico. Leer más en: *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 125-153.

89 MARTÍNEZ IDÁRRAGA, J., A.*, ob. cit.*, p. 151.

90 JARIA MANZANO, J.*, ob. cit.*, 2003, p. 117. *Traducción propia*.

91 *Ibídem.*

92 DIMOULIS, D., *Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*, Método, São Paulo, 2006, p. 119.

máxima del ordenamiento jurídico depende da la eficacia social para ser válida.

De esta manera, para consagrar el desafío de la tutela urbano-ambiental, adherimos a la observación de Jordi Jaria Manzano[93] en el sentido de que tanto el urbanismo como la ordenación del territorio se configuran como técnicas destinadas a realizar, entre otras finalidades, la protección ambiental. Son estos instrumentos jurídicos adecuados para determinar los usos del territorio [y sus pertinentes relaciones sociales] de acuerdo a un conjunto de necesidades sociales que, según el autor, pueden estar formuladas como "obligaciones"[94] jurídicas, entre las cuales se encuentra la de proteger el medio ambiente[95].

V CONSIDERACIONES FINALES

Para concluir, retomamos que existe una idea de mirada antropológica sobre el medio ambiente. Sin embargo, a fin de alcanzar las necesidades sociales y espaciales implicadas en la cuestión ambiental hoy, es importante considerar otro abordaje en la relación sociedad-naturaleza.

Desde la Revolución Industrial se evidencia una importante modificación en la relación hombre-naturaleza, de modo que las consecuencias hasta hoy fueron y siguen siendo bastante significativas. A razón del modelo económico capitalista se cambian las relaciones entre hombres y entre hombre y naturaleza en todo el globo, satisfaciendo una forma de organización social que atiende al mercado y genera las bases que sostiene el mundo globalizado del siglo XXI.

Este proceso, caracterizado por la instrumentalización de la razón advenido del período moderno, se rompe, ocasionando en cambios estructurales derivados del cuestionamiento de sus modelos que generan un fundamental cambio histórico-social que se conllevó llamar de crisis ambiental.

Dicho eso, se entiende que los efectos de la crisis ambiental pasan a ser vistos a partir de la problemática ambiental, pero desde dos pers-

93 JARIA MANZANO, J., *ob. cit.*, 2003, p. 139.*Traducción propia*.

94 En el contexto de lo elucidado hasta ahora de los criterios de Hart y del *iuspositivismo*.

95 Se resalta que: "*En aquest context, pot col·lidir amb altres interessos, cosa que obligarà a una operació de ponderació d'interessos per establir la solució que dóna millor resposta al conflicte de finalitats que, eventualment, pot plantejar-se en el desenvolupament de la política urbanística". Vid*. JARIA MANZANO, J., *ob. cit.*, 2003, p. 139. *Traducción propia*.

pectivas distintas, la catastrófica y la fácilmente superable por medio de la ciencia y tecnología. No obstante, la discusión se queda en el plan formal de la técnica y desde una visión apolítica. Por tanto, el análisis más crítico de la crisis ambiental nos permitió evidenciar que esta se produce en el marco de la economía, promoviendo una nueva tendencia, la de la práctica económica sostenible. Sin embargo, los conceptos de sostenibilidad y desarrollo sostenible carecen igualmente de un análisis más profundo, libre del discurso hegemónico demagógico, reclamándonos algunas reflexiones, puesto que son conceptos que están desgastados por su uso indiscriminado.

De la constatación de que la transición de la Modernidad hasta la Postmodernidad – con los cambios sociales, políticos, culturales y económicos resultantes de este proceso – se produjeron incertezas, riesgos y vulnerabilidad, se adoptó la teoría social contemporánea de la sociedad del riesgo como contextualización en el análisis de las consecuencias de la crisis ambiental y de la vulnerabilidad. Puesto que, siendo la sociedad del riesgo considerada el momento en que el hombre postmoderno no puede controlar de forma segura su relación con su entorno, se considera que la principal característica de este hombre y de esta sociedad pasa a ser su vulnerabilidad.

Acerca de este tema, los reconocidos conflictos urbano-ambientales en la costa, por ejemplo, se muestran como importante campo de análisis. Su reconocimiento, así como de la permanente pluralidad, es presupuesto necesario para la identificación de las vulnerabilidades, a fin de mediarlas. En este caso, cabe al Derecho adecuarse y adaptarse a este nuevo entorno social, tratando de adecuar su sistema a la información obtenida del entorno social correspondiente. De esta manera, se intenta consagrar el desafío de la tutela urbano-ambiental.

Considerando la vulnerabilidad producida en el ámbito de la sociedad del riesgo como consecuencia que va más allá de los problemas ambientales catastróficos, puesto que la vulnerabilidad no proviene solamente de una desigualdad ambiental, se evidencia importante cambio teórico-conceptual que merece atención en la *praxis*. Por este motivo, el cambio de paradigmas debe reflejar en la política y en el Derecho, no solo desde una perspectiva teórica.

Resaltamos que en el territorio costero, los mecanismos legislativos fueron ineficaces como respuesta a una efectiva política de protección ambiental, sin embargo, es probable que esté respaldado por el modelo de Estado presentado en la Constitución española de 1978, considerando la

práctica política y jurídica desarrollada en los últimos años. Esta constatación nos permite afirmar el crecimiento del riesgo social y ambiental en el contexto territorial costero.

Sobre la idea de la percepción social del riesgo tecnológico esbozamos que la crisis ambiental advierte para un despertar sobre la negativa de la tecnociencia como modelo de conocimiento legítimo y reconocido. Por tanto, la nueva percepción del riesgo tecnológico conlleva a una crítica al dominio de la naturaleza como instrumento social, así que se exige una respuesta desde la política y del Derecho.

Partimos de la idea de que algunas áreas del Derecho vienen a contribuir con el contexto de transición histórica a la Postmodernidad, rompiendo modelos políticos, históricos, sociales y culturales, a fin de introducirse en una también nueva hermenéutica jurídica. La construcción de una posición sobre cómo otros paradigmas del sistema jurídico se ajustan a la organización económica y sociocultural de la Postmodernidad y cómo otro sistema normativo puede contribuir en la tutela urbano-ambiental a la luz de la eficacia social de la norma se demuestran substanciales.

Con tal finalidad, considerando la teoría de la sociedad del riesgo, se escogió como soporte el *iuspositivismo* de Herbert Hart. El diálogo con Hart sirvió para alcanzar el objetivo del trabajo a través de la categoría analítica propuesta, pues esta permite un encaje más eficiente entre teoría y práctica. Entendiendo que Hart distingue el Derecho – como mecanismo de control social – de la moral, cierto es que el sistema normativo y el contrato social pasan a tener objetivos coherentes con una realidad física y socio-espacial. En última instancia, la teoría defiende que la regla máxima del ordenamiento jurídico depende da la eficacia social para ser válida, por tanto, manifiesta la fiel relación de las nuevas técnicas y teorías jurídicas como adecuadas en construir las políticas públicas afines con las demandas de este siglo, dándose elemental razón para las políticas de protección ambiental libres de cualquier dogma moderno.

REFERENCIAS

ACSERALD, H., "Justiça Ambiental e Construção Social do Risco", en *Estudos Avançados 24*, núm. 68, 2010.

ACSERALD, H., "Vulnerabilidade ambiental, processos e relações", en *Rede Brasileira de Justiça Ambiental*. Recuperado el 10 de agosto de 2013, de <http://www.justicaambiental.org.br/_justicaambiental/pagina.php?id=497>.

AGLOGLIA, O., "La crisis ambiental como proceso. Reflexiones sobre su emergencia, desarrollo y profundización desde la perspectiva de la teoría crítica". Tesis doctoral, Universitat de Girona, 2010.

AGUIRRE I FONT, J. M., *L'ordenació del litoral català: els plans directors urbanístics del sistema costaner,* Atelier Libros, Barcelona, 2007.

BAUMAN, Z., *O mal-estar da pós-modernidade*, Zahar, Rio de Janeiro, 1998.

BECK, U., "Reflexive Modernisierung", en *Archplus*, núm. 146, 1999.

_____, *La sociedad del riesgo*, Paidós, Buenos Aires, 1998.

BERDOULAY, V.; SOUBEYRAN, O., *Milieu, colonisation et développement durable,* L'Harmattan, Paris, 2000.

BITTAR, E. C. B., "O direito na pós-Modernidade", en *Revista Seqüência*, núm. 57, 2008.

BLASCO DÍAZ, J. L., *Régimen Jurídico de las propiedades particulares en el litoral: la protección y ordenación de las costas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

BOBBIO, N., *Sobre el Fundamento de los Derechos Humanos*, 2ª edición, Gedisa, Barcelona, 1992.

CAVALLAZZI, R. L., "Tutela Constitucional do Direito à Cidade", Ponencia presentada en *10º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental*, São Paulo, 3 de Junio de 2005.

_____, "O estatuto epistemológico do Direito Urbanístico Brasileiro: possibilidades e obstáculos na tutela do Direito à Cidade", en Coutinho, R.; Bonizzato, L. (org.), *Direito da cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano,* Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2007.

CERSKI LAVRATTI, P., *El derecho ambiental como instrumento de gestión del riesgo tecnológico,* Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, 2011.

COUTINHO, R., "`Crise ambiental´ e desenvolvimento insustentável: a mitologia da sustentabilidade e a utopia da humanização do capitalismo `selvagem´", en *Revista Praia Vermelha*, núm. 2, 2009.

_____,"Direito e problemas urbano-ambientais: um roteiro de estudo", en Ahmed, F.; Coutinho, R.; Damous, W. (org.), *Curso de Direito Ambiental*, Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2012.

DIMOULIS, D., *Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*, Método, São Paulo, 2006.

FARIA, J. E., *El derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001.

FOLADORI, G., "La reedición capitalista de las crisis ambientales", en *Polis Revista Latinoamericana,* núm. 17, 2007.

FOLADORI, G.; PIERRI, N. (Coord.), *¿Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el desarrollo sustentable*, Colección América Latina y el Nuevo Orden Mundial, Miguel Ángel Porrua, UAZ, Cámara de Diputados LIX Legislatura, México, 2005.

GARCÍA PÉREZ, M., "La reforma de la Ley de Costas: un lobo en piel de cordero", *El cronista del Estado social democrático de derecho*, núm. 31, octubre 2012.

GIDDENS, A., "Sociedad de riesgo: el contexto de la política británica", en *Estudios demográficos y urbanos*, v. 13, núm. 3 (39), 1998, p. 528.

GONZÁLEZ LADRON DE GUEVARA, F., "Ecosistema, cultura y biodesarrollo", en Arocha, J., *Utopía para los excluidos: el multiculturalismo en África y América Latina*,Universidad Nacional de Colombia - Facultad de Ciencias Humanas, Bogotá, 2004.

HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.

_____, *O conceito de direito,* Martins Fontes, São Paulo, 2009.

JARIA I MANZANO, J., "El marc juridicoconstitucional de la política ambiental". Tesis doctoral, 2003.

_____, "El bienestar posible: estado social y protección del medio ambiente", en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 8, 2005.

_____, "El fundamento constitucional de los derechos de participación en materia ambiental de medio ambiente y su desarrollo en la ley 27/2006", en Pigrau Solé, A. (dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona, 2008.

_____, *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

LATOUCHE, S., *Decrecimiento y posdesarrollo: el pensamiento creativo contra la economía del absurdo*, El viejo Topo, Barcelona, 2009.

_____, *La apuesta por el decrecimiento: ¿cómo salir del imaginario dominante?*, Icaria, Barcelona, 2008.

LEITE, J. R. M.; BELCHIOR; GERMANA PARENTE N., "O Estado de Direito Ambiental e a articularidade de uma hermenêutica jurídica", en *Seqüência*, núm. 60, 2010.

LEY 2/2013, de 29 de mayo de protección y uso sostenible del litoral que modifica la Ley 22/1988, de Costas, BOE [en línia], núm. 129, 30.05.2013, p. 40691 -40736). Recuperado el 1 de agosto de 2013, de <http://www.boe.es/boe/dias/2013/05/30/pdfs/BOE-A-2013-5670.pdf>.

MARTÍNEZ IDÁRRAGA, J. A., "Positivismo, vigencia y eficacia en el pensamiento de H. L. A", en *Memorando de Derecho*, núm. 2, 2011.

MESA CUADROS, G., "Nuevo acuerdo global Río+20: 'Economía verde' en la era neocapitalista", en Mesa Cuadros, G. (ed.), *Estado ambiental de derecho o 'Estado de cosas inconstitucional ambiental: derecho colectivos y ambientales bajo amenaza en la era de las locomotoras normativa*s, GIDCA/UNC, Colección "Gerardo Molina"- UNIJUS, Bogotá, 2013.

NAREDO, J. M., *Raíces económicas del deterioro ecológico y social. Más allá de los dogmas*, Siglo XXI, Madrid, 2006.

NOGUERA DE LA MUELA, B., "Urbanismo y ordenación del litoral", en TRAYTER, J. M.(dir.), *Comentarios a la Ley de Urbanismo de Cataluña: adaptados al Decreto-ley 1/2007, de 16 de octubre y a la Ley de suelo de 2008,*3ª edición, Aranzadi, 2008.

PÉREZ GONZÁLEZ, S., "El Derecho en la sociedad global del riesgo", en *REDUR 6*, 2008.

PIERRI, N., "Historia del concepto de desarrollo sutentable", en Foladori, G.; Pierri, N. (Coord.), *¿Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el desarrollo sustentable*, Colección América Latina y el Nuevo Orden Mundial, Miguel Ángel Porrua, UAZ, Cámara de Diputados LIX Legislatura, México, 2005.

RIECHMANN, J., *Un mundo vulnerable*, Libros de Catarata, Madrid, 2000.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Playas y costas en el derecho español: a propósito de la Ley de Costas de 1988*, Bosch, Barcelona, 2010.

SANTILLI, J., *Socioambientalismo e novos direitos - Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*, Fundação Peirópolis Ltda, São Paulo, 2005.

SANTOS, B. de S., *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, 8ª edición, Afrontamento, Porto, 2002.

SANTOS, M., *La naturaleza del espacio. Técnica y tiempo. Razón y emoción*, Ariel, Barcelona, 2002.

SOCÍAS CAMACHO, J., *La ordenación de las zonas turísticas litorales,* Instituto Pascual Madoz (Universidad Carlos III), Madrid, 2001.

SWYNGEDOUW E., "Impossible "sustainability" and the postpolitical condition", en Krueger, R.; Gibbs, D. (eds.), *The sustainable development paradox: Urban political economy in the United States and Europe*, Guilford Press, New York, 2007.

TOMMASINO, H., FOLADORI, G., "El enfoque técnico y el enfoque social de la sustentabilidad", en Foladori, G.; Pierri, N. (coord.), *¿Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el desarrollo sustentable*, Colección América Latina y el Nuevo Orden Mundial, Miguel Ángel Porrua, UAZ, Cámara de Diputados LIX Legislatura, México, 2005.

TOMMASINO, H.; FOLADORI, G.; TAKS, J., "La crisis ambiental contemporánea", en Foladori, G..; PIERRI, N. (coord.), *¿Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el desarrollo sustentable*, Colección América Latina y el Nuevo Orden Mundial, Miguel Ángel Porrua, UAZ, Cámara de Diputados LIX Legislatura, México, 2005.

2

LA DEUDA ECOLÓGICA COMO INSTRUMENTO PARA LA TRANSFORMACIÓN DE LA ESTRUCTURA INSTITUCIONAL DEL METABOLISMO SOCIAL

Thays Ricarte

Graduada em Derecho por la Universidad Tiradentes, de Sergipe, Brasil. Máster en Derecho Procesal Civil FANESE, Sergipe, Brasil. Máster em Derecho Ambiental por la Universitat Rovira i Virgili, de Tarragona, España. Doctoranda en Derecho Ambiental por la Universitat Rovira i Virgili. Máster en Derecho Ambiental. Becaria del proyecto del Marco Europeo EJOLT.

thays.ricarte@estudiants.urv.cat

Jordi Jaria i Manzano

Profesor agregado interino de Derecho constitucional - Universitat Rovira i Virgili, de Tarragona, España. Investigador del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona – CEDAT.

jordi.jaria@urv.cat

I INTRODUCCIÓN

No se trata de volver al pasado –a un tiempo, quizá, en que el ser humano vivía en harmonía con la naturaleza, que se sentía como parte del todo, pero que la evolución social ha dejado atrás–. Se trata más bien de aprender de ello y también de lo que vivimos en la actualidad para avanzar, de nuevo, hacia una integración de la sociedad en su entorno natural que permita, en definitiva la sostenibilidad de ambos. Para ello, creemos que la conceptualización y la contabilización de la deuda ecológica (en adelante, DE) puede ser un instrumento adecuado.

Tampoco nos vamos a referir a una deuda histórica que se prolonga indefinidamente atrás en el tiempo, repasando punto por punto la explotación de los recursos naturales en tierras americanas desde la llegada de los europeos, por poner un ejemplo[1]. La pretensión aquí es mucho más modesta. Se trata de trazar la conexión entre el actual panorama de degradación ambiental, el metabolismo social global (en adelante, MS) y la estructura institucional mediante la que este se desarrolla[2]. Para ello, utilizaremos la idea de DE como espacio conceptual de visibilidad e instrumento para la generación de una matriz teórica para la modificación de la estructura institucional del MS, basado en el paradigma westfaliano de un sistema de estados nación[3].

---

1 Sobre el aprovechamiento recursos naturales americanos para alimentar el proceso de acumulación capitalista y sus consiguientes injusticias, *vid*. GALEANO, E., *Las venas abiertas de América Latina*, Siglo XXI, México, 1971; SCHATAN, J., *El saqueo de América Latina*, LOM Editorial, Chile, 1998.

2 Actualmente la noción de metabolismo social – importada desde Marx de la biología – se encuentra en los debates de las líneas alternativas relacionadas con la economía ecológica, particularmente refiriéndose al intercambio ecológicamente desigual. *Vid.* FISCHER-KOWALSKI, M., "Society's Metabolism. The Intellectual History of Materials Flow Analysis, Part I, 1860– 1970", en *Journal of Industrial Ecology*,1998, v. 2 (1), 61–78; FISCHER-KOWALSKI, M., HUTTLER, W., "Society's Metabolism. The Intellectual History of Materials Flow Analysis, Part II, 1970-1 998", *Journal of Industrial Ecology*, 1998, v. 2 (4), 1998, 107-136; WEISZ , H., "Combining Social Metabolism and Input-Output Analysis to Account for Ecologically Unequal Trade", A. Hornborg, J. R. McNeill, J. Martínez-Alier (eds.), *Rethinking Environmental History: World-System History and Global Environmental Change*, AltaMira Press: Lanham (MD), 2007, 289-306; NAREDO, J. M. El metabolismo de la sociedad industrial y su incidencia planetaria. *En* J. M. Naredo & F. Parra (eds). Economía, Ecología y Sostenibilidad en la Sociedad Actual, Siglo XXI Editores, España, 2000.

3 Para una perspectiva general sobre la idea de DE, *vid*. GOEMINNE, G., y PAREDIS, E., "The concept of ecological debt: an environmental justice approach to sustainability, calling for radical transitions in industrialised countries", ponencia presentada a la *7th Global Conference on Environmental Justice and Global Citizenship*, celebrada en julio de 2008 en Oxford (Reino Unido).

Partimos de la idea siguiente: aunque en el actual orden internacional son imaginables algunas medidas compensatorias que mitiguen los efectos del intercambio desigual de recursos y el saqueo de los recursos naturales de los países periféricos, para afrontar el problema en toda su dimensión debe avanzarse en la reestructuración de dicho orden, partiendo de una consideración realista de su funcionamiento, que, en cierto modo, desvele las inequidades y deficiencias del actual marco jurídico. El marco jurídico internacional constituye el soporte institucional a partir del que se desarrolla el proceso de acumulación capitalista, que genera un intercambio desigual, tanto en relación con el saqueo de los recursos disponibles en la periferia de la economía global –tanto materiales como inmateriales (biopiratería)–, como en el acceso inequitativo a los bienes comunes de la humanidad –como la atmósfera o los océanos–.

Efectivamente, a pesar de la severidad de la crisis ecológica global, que ha dio lugar a las advertencias del Club de Roma en relación con los límites del crecimiento[4], el sistema-mundo capitalista insiste en prolongar un metabolismo social basado en los presupuestos ideológicos de la escuela económica neoclásica, que entendió haber resuelto el problema del crecimiento infinito basado en los beneficios de la eficiencia y de la sustitución infinita de los recursos derivados de la naturaleza, por el dinero. Sin embargo, como pone de manifiesto la economía ecológica, la capacidad de carga del planeta determina las posibilidades reales del sistema económico[5]. En este sentido, la situación presente demanda profundos cambios en los enfoques y teorías sobre las relaciones entre naturaleza y sociedad, particularmente en lo que se refiere al modelo de producción y consumo de la sociedad global, lo que no deja de tener impacto en el mundo del Derecho[6].

[4] Ya en los años 70, concretamente en marzo de 1972, fue publicado un estudio bajo el título "Los límites del crecimiento", bajo la dirección del Profesor Dennis L. Meadows, del MIT, por encargo del Club de Roma, una asociación privada compuesta por empresarios, científicos y políticos. Entre otras cosas, el mencionado informe ponía de manifiesto lo siguiente: "Si se mantienen las tendencias actuales de crecimiento de la población mundial, industrialización, contaminación ambiental, producción de alimentos y agotamiento de los recursos, este planeta alcanzará los límites de su crecimiento en el curso de los próximos cien años. El resultado más probable sería un súbito e incontrolable descenso tanto de la población como de la capacidad industrial". *Vid.* MEADOWS, D. L., *et al.*, "Los límites del crecimiento", recuperado el 6 de agosto 2013, de <http://titulaciongeografia-sevilla.es/web/contenidos/profesores/materiales/archivos/entrevistaMeadows.pdf>.

[5] *Vid.* GEORGESCU-ROEGEN, N., "The Entropy Law and the Economic Process", Harvard University Press, Cambridge, 1971.

[6] Particularmente, en relación con el replanteamiento de las pautas de consumo y reproducción social en el centro de la economía mundial, *vid.* NAREDO, J. M, *Raíces*

El planteamiento anterior, relativo a la tendencia al colapso del sistema si no se toman en cuenta los límites físicos que plantea la naturaleza, debe complementarse con la distinción en la posición del centro y la periferia de la economía global en la causación de la crisis ecológica, así como en el reparto de los beneficios y cargas derivados del uso global de los recursos naturales. En este contexto es donde aflora la idea de DE, que sirve para dibujar con una cierta precisión las inequidades y los límites del sistema, mostrar el camino hacia la sostenibilidad y promover, en este sentido, los cambios institucionales necesarios para eliminar el carácter parásito e injusto del MS en su forma actual.

No se trata simplemente de señalar culpables, tampoco caer en reduccionismos geográficos –no en vano, existen inequidades dentro del propio centro y dentro de la propia periferia–. Eso sí, el objetivo de este trabajo es avanzar en la asignación de responsabilidades y en la búsqueda de salidas, a partir de la asunción de que las soluciones que se articulen deben dibujar diferentes grados de sacrificio, de acuerdo con la responsabilidad previamente asumida en la degradación de la situación. En este sentido, es evidente que los patrones de vida del modelo de vida del Norte –utilizaremos indistintamente 'Norte' y 'centro', así como 'Sur' y 'periferia' en la descripción de los polos de inequidad del MS– presiona mucho más que el Sur en la degradación planetaria.

Por otra parte, debe señalarse la necesidad de escapar de la unilateralidad del discurso hegemónico y tomar en cuenta los saberes del Sur en la construcción del aparato conceptual que nos haga avanzar en la superación del actual callejón sin salida y revertir la situación hacia un escenario sostenible y más justo[7]. Para todo ello, entendemos que debe repensarse la estructura institucional que sostiene el MS y que la idea de DE tiene una enorme capacidad heurística para señalar las inequidades a corregir y asignar las responsabilidades pertinentes en la reconstrucción de los modelos de reproducción social hegemónicos, que se antoja necesaria para afrontar seriamente la crisis ambiental que, desde hace decenios, va consolidándose como el principal problema que se plantea a la humanidad en

económicas del deterioro ecológico y social. Más allá de los dogmas, Siglo XXI, Madrid, 2006, p. 232.

7 En este sentido, debe ponerse en discusión el tradicional paradigma de dominación de la naturaleza, que es hegemónico en la cultura occidental moderna. *Vid.*, sobre ello, JARIA I MANZANO, J., *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 30ss.

su conjunto. Por ello, atendiendo a la pretensión de generalidad de este trabajo, no entraremos en detalles respecto a la situación peculiar de Brasil[8] y España[9].

Recapitulando estas líneas introductorias, cabe subrayar que la noción de DE contiene elementos clave y todavía no suficientemente explorados para cuestionar el sistema jurídico vigente y las ideas jurídicas hegemónicas, que giran al entorno de conceptos como estado-nación, seguridad jurídica o derechos individuales. Particularmente, la centralidad de los derechos, en una concepción derivada del individualismo posesivo, es particularmente central. La intención de este trabajo es formular la DE como matriz para avanzar en la formulación de cambios sustanciales en la estructura institucional del MS, que permitan superar su carácter parásito e inequitativo, a partir de la asunción de responsabilidades por los daños e inequidades que, en su versión actual, se han generado.

Dividiremos el estudio en dos apartados. En primer lugar, discutiremos la cultura jurídica hegemónica y, en particular, la idea dominante de derechos humanos, a partir de las consecuencias que tiene el individualismo posesivo como *ethos* de referencia en la degradación del medio ambiente y la generación de inequidades en relación con los beneficios y las cargas derivados del uso social de los recursos naturales. En segundo lugar, consideraremos la DE como noción heurística para la superación de la matriz conceptual hegemónica previamente explicitada, considerando la necesidad de establecer límites y responsabilidades en relación con el uso de los recursos naturales. En este sentido, la capacidad de regeneración del sistema a través de la DE depende de la reconstrucción de una visión integral y holística, que rescate el sentido de comunidad, de solidaridad, de responsabilidad, apartándose de un *ethos* parásito basado en el consumo y al descarte.

[8] Sobre aspectos relacionados con la DE y Brasil, además de los trabajos de Leonardo Boff, *vid*. LIMA HENRIQUE, L., "O conceito de Dívida Ecológica", recuperado el 12 septiembre 2013, de <http://www.ecoeco.org.br/conteudo/publicacoes/encontros/iv_en/mesa2/3.pdf>; y el mapa de conflictos ambientales en Brasil, recuperado el 3 de agosto 2013, de <http://www.conflitoambiental.icict.fiocruz.br>.

[9] Existe un excelente estudio sobre la DE española: ORTEGA, M. (coord.), *La deuda ecológica española. Impactos de la economía española en el exterior*, Muñoz Moya Editores, Madrid, 2005.

II LOS LÍMITES DEL MS Y SU PROYECCIÓN SOBRE LAS CONCEPCIONES JURÍDICAS HEGEMÓNICAS

Existe una conexión entre el paradigma del dominio del hombre sobre la naturaleza y la idea de derechos humanos que se ha ido desarrollando a partir de la cultura hegemónica. Por ello, la crítica de la idea de los derechos humanos en su concepción actual se antoja necesaria como paso previo para avanzar en la reformulación del MS y, por lo que a nosotros nos afecta, de la estructura institucional que le da cobertura, un sistema complejo de estados nación, que se sostiene en la idea de unos individuos titulares de derechos que constituyen el presupuesto para la articulación de espacios políticos homogéneos y cerrados, donde se canalizan las decisiones políticas. Las ideas de Estado de Derecho y de democracia, que subyacen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, responden a dicha asunción. Parece evidente que si la estructura institucional generada a partir de dicha matriz ideológica se imbrica con el MS, debería considerarse una reflexión sobre ello, en la medida que el MS entra en una fase de colapso definida por la crisis ambiental.

En este sentido, parece evidente que el aparato de legitimación del Derecho internacional, articulado al entorno de los derechos humanos, no puede ocultar que los mecanismos institucionales existentes permiten formas de apropiación de los recursos que generan significativas inequidades[10]. De hecho, estas inequidades se proyectan en el futuro. En este sentido, ya en los años ochenta, considerando la dependencia energética de recursos agotables del MS, ya se hablaba de "*mortgaging of our and our descendants' future*"[11].

La lógica capitalista, que define unas determinadas reglas de apropiación y distribución de los recursos, implica un reforzamiento de la posición hegemónica de una parte de la población del planeta, sin que los derechos humanos en su concepción actual sean otra cosa, en este contexto, que un elemento de legitimación y no de crítica en relación con las formas hegemónicas de reproducción social. Es evidente, por otra parte, que dicha concepción hegemónica de los derechos humanos es impermeable a la influencia de creencias procedentes de sistemas culturales no occidentales.

[10] Sobre los elementos fundamentales que sostienen el actual Derecho internacional del medio ambiente, *vid.* SANDS, P. *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003 (segunda edición), p. 3.

[11] Conclusión que permea la obra CATTON, Jr., W. R., *Overshoot: The Ecological Basis of Revolutionary Change,* Illini Books edition, Champaign, 1982.

Sea como sea, crisis ambiental y derechos humanos mantienen una relación compleja. Por una parte, es evidente la conexión que se ha establecido entre los derechos humanos y la protección del medio ambiente, que pasaría a integrar el paradigma de bienestar mínimo que los derechos humanos –al menos, en un plano teórico– articulan para todos los seres humanos. En este sentido, el derecho al medio ambiente va consolidándose como un elemento habitual en la cultura de los derechos humanos. Sin embargo, pasado un determinado umbral, las expectativas de bienestar generadas por la idea hegemónica de derechos humanos, ideológicamente dependiente del individualismo posesivo, y la capacidad de carga del planeta plantean desarrollos divergentes.

En este punto, se trata de encontrar un equilibrio que pasa por constatar que no es de recibo una noción utópica de derechos humanos separada de la capacidad de generar recursos materiales para su satisfacción. Es cuestión de encontrar una cierta racionalidad pragmática, que evite actitudes parásitas que, en ocasiones, se ocultan tras el manto de legitimación que representan los derechos humanos[12]. En este sentido, cabe notar que la idea de derechos humanos que se ha consolidado en el marco del Derecho internacional, como no podía ser de otro modo, responde un *ethos* posesivo, que marca una determinada idea de bienestar, que, sin embargo, no se corresponde con la realidad, en la medida que, bajo una idea pretendidamente inclusiva de derechos, las expectativas de la mayoría quedan defraudas por las capacidades reales del sistema de proporcionar (ese tipo de) bienestar.

Por ello, no solo se trata aquí de un replanteamiento general de la estructura institucional de la gobernanza global, sino del aparato axiológico que la sostiene. El formalismo inherente a la idea de derechos generada en el marco de la Modernidad europea compromete su efectividad, así como legitima comportamientos parásitos y oculta inequidades. Por ello, pensar en la mejoría de condiciones de vida para los seres humanos en su conjunto, de acuerdo con una evaluación prudente de la capacidad de carga del planeta, exige reconstruir, desde una perspectiva pragmática, integradora y respetuosa la idea hegemónica de derechos humanos. No es tanto renunciar a una noción que ha tenido efectos benéficos evidentes en la emancipación (de una parte) de la humanidad, como reconstruirla a partir de la evidencia de su condición sesgada en su concepción actual.

[12] *Vid.* HANCOCK, J., *Environmental Human Rights*, Ashgate, Aldershot, 2003, p. 15-33.

En este sentido, se requiere una crítica a la noción de desarrollo sostenible, que parece confiar en la capacidad indefinida del planeta para satisfacer las necesidades definidas de acuerdo con el paradigma de bienestar del individualismo posesivo, a la vez que hace gravitar la idea de derechos humanos al entorno de ese núcleo axiológico fundamental. El esfuerzo de compatibilizar la protección ambiental con todo el pensamiento desarrollista, basado en el progreso tecnológico y en el crecimiento económico incesante, tuvo su despliegue en el período que se puede clasificar como de consolidación del neoliberalismo en el plano global. Sin embargo, los resultados e incluso la base teórica de las políticas desarrollistas llevadas a cabo bajo el manto legitimador de una pretendida sostenibilidad permiten dudar de la conveniencia de persistir en esta dirección[13]. Más bien, parecen indicar la procedencia de replantear, como aquí se propone, el MS en su totalidad, lo que implica, asimismo, la estructura institucional y el fondo axiológico que lo acompañan.

Parece evidente la capacidad de la terminología del desarrollo –y su vinculación con una determinada idea del ser humano y, en consecuencia, de sus derechos– de perpetuar relaciones de dependencia, a partir de las que se construye el intercambio desigual de recursos. Balakrishnan RAJAGOPAL ha destacada que el desarrollo, como matriz de generación de discurso, ha pasado a sustituir el colonialismo, como forma de dominación directa, en el sometimiento de los pueblos de la periferia a procesos inequitativos de intercambio. Se pasado de colonizadores y colonizados, a desarrollados y aspirantes al desarrollo –con pequeños deslizamientos conceptuales que, más allá de lo políticamente correcto, establecen relaciones de jerarquía y subordinación cultural–[14].

[13] En esa línea, ya en 1999 Schatan registraba que, "[...] el volumen de exportaciones de AL ha aumentado desde 1980 hasta 1995 en un 245 por ciento. Entre 1985 y 1996 se habían extraído y enviado al exterior 2,706 millones de toneladas de productos básicos, la mayoría de ellos no renovables. El 88% corresponde a minerales y petróleo. Haciendo una proyección hacia el 2016 se calcula que el total de exportaciones de bienes materiales de AL hacia el Norte sería de 11,000 millones de toneladas. Entre 1982 y hasta 1996, en catorce años, AL había pagado 739,900 millones de dólares, es decir, más del doble de lo que debía en 1982 –unos 300,000 millones de dólares– y sin embargo seguía debiendo 607,230 millones de dólares". *Vid.* SCHATAN, J., *Deuda externa y neoliberalismo: el saqueo de América Latina,* Fundación CENDA. Centro de Estudios Nacionales de Desarrollo Alternativo. Santiago de Chile, 1999.

[14] *Vid.* RAJAGOPAL, B., *International Law from the below. Development, social movements and Third World Resistance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

En este sentido, cabe revisar la creencia en la deseabilidad del crecimiento económico, concebido en términos de aumento del metabolismo social, lo que da lugar a diversas crisis –energética, alimentaria y climática–, que ponen de manifiesto la escasez y la vulnerabilidad de los recursos naturales. Ello obliga a replantear una matriz conceptual en que, por una parte, se agrava el intercambio desigual y, por otra, se tienden a agotar los recursos que sostienen el sistema. En este sentido, el MS tiende a superar el umbral de resiliencia del medio, poniendo en peligro las condiciones de reproducción social en el futuro. Así, el paradigma del bienestar que pretende mejorar las inequidades a través del aumento progresivo del MS parece conducirnos al colapso, por lo que, en buena lógica, debe modificarse, lo que implica la revisión crítica del desarrollo y el paradigma de bienestar que se liga a la idea actual de derechos humanos.

En contraposición al paradigma del desarrollo (sostenible), parece que va emergiendo un estilo teórico, desde el ámbito de la biología hasta el de la política, que, en lugar de la fragmentación –el individualismo como paradigma; los derechos como resultado– propone una aproximación holística a la realidad, que permite pensar en una sostenibilidad auténtica, en lugar de una pantalla conceptual destinada a perpetuar los mecanismos inequitativos de reproducción social –a saber, el desarrollo sostenible o, más recientemente, la economía verde–. Esta idea holística que va abriéndose paso en la jungla inextricable de la miríada de disciplinas científicas en que el conocimiento hegemónico ha fraccionado la realidad implica, asimismo, el respeto por la vida en sí misma, lo que incluye una modificación de la consideración del ser humano en el mundo, a partir de la responsabilidad que asume por su propia capacidad de modificar el entorno, para sí mismo, para las generaciones futuras de su especie, así como para el conjunto de las formas de vida. La relevancia de la experiencia de las culturas no occidentales en este contexto es más que obvia. El impacto que ello tendría en la reconstrucción de la categoría de los derechos humanos quizá lo es menos.

En este sentido, debe notarse que la evolución del Derecho ambiental, tanto en los instrumentos en los que se expresa como en la literatura a la que da lugar, impone un replanteamiento de las concepciones jurídicas hegemónicas, particularmente en el ámbito del Derecho internacional[15]. Aquí es relevante una noción amplia de justicia ambiental, que implique

[15] *Vid.* BIRNIE, P., BOYLE, A., *International Law & the Environment*, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2002, p. 1.

la consideración de una comunidad global en que se reparten equitativamente, tanto en el tiempo como en el espacio, las cargas y beneficios del MS, lo que implica el establecimiento de limitaciones en relación con el despliegue de los derechos humanos, a partir de las ideas de equidad y responsabilidad[16]. En este sentido, la justicia ambiental debería concebirse

> [...] *as the regulative idea for: (i) building a fairer model of social exchange of benefits derived from the use of natural resources, (ii) reducing harm to human beings to that which is unavoidable to maintain an appropriate level of welfare and autonomy for human individuals, (iii) ensuring a fairer distribution of unavoidable harms, (iv) reducing our impact on nature and our consumption of natural resources to achieve sustainability, (v) giving individuals and communities enough room to pursue their projects of life and coexistence, and to define their own ideas of welfare.*[17]

En la construcción de una comunidad global que se sostenga sobre un MS verdaderamente sostenible y que repose en una idea amplia de justicia ambiental como la apuntada, parece necesario poner en discusión determinadas ideas heredadas, que, más o menos explícitamente, sostienen el actual estado de cosas. Entre ellas, como se ha ido destacando en las líneas precedentes, el sistema actual de relaciones internacionales, lo que implica, asimismo, el cuestionamiento de su aparato ideológico. Ello exige avanzar en una idea de derechos humanos inclusiva y realista –que tenga en cuenta el carácter limitado de los recursos naturales, la pluralidad cultural y una concepción integral de la comunidad humana, que alcance, en particular, a las generaciones futuras–.

Por supuesto, todo ello impacta en modalidades de consumo consolidadas en el centro de la economía mundial, que deben ser revisadas desde el punto de vista de la equidad y de la sostenibilidad. La justicia ambiental es imprescindible no sólo para que se produzca una (re)distribución más equitativa de la riqueza, sino para la reconstitución de la lógica impuesta en la producción de los países periféricos, de modo a salir del ciclo vicioso de las actividades extractivas orientadas a la exportación, avanzando en la consolidación de la soberanía alimenticia y energética.

[16] Sobre el origen y desarrollo del concepto de justicia ambiental, *vid.* COLE, L.W, y FOSTER, S. R., *From the ground up: environmental racism and the rise of environmental justice moviment*, New York University Press, Nueva York / Londres, 2001.

[17] *Vid.* JARIA I MANZANO, J., "Environmental justice, social change and pluralism", *IUCN Academy of Environmental Law e-Journal*, 2012(1), p. 19.

En definitiva, los factores sociales, económicos y culturales deben acomodarse a la finitud de los recursos y la limitación geofísica, pero desde una perspectiva inclusiva y equitativa. Ello es imprescindible para alcanzar una comunidad solidaria y una sociedad sostenible, lo que implica una reconsideración de los derechos humanos desde la perspectiva de la equidad y la sostenibilidad, a partir de una idea inclusiva de comunidad[18]. Obviamente, esto no es sencillo, pero parece que debería avanzarse en esa dirección, justamente por motivos de razonabilidad –reconocimiento de las circunstancias físicas que condicionan el desarrollo humano– y de moralidad –compromiso con una idea inclusiva de los miembros de la especie humana–. En este contexto, la idea de DE aparece como una matriz heurística de gran potencial, ya que permite delimitar problemas, asignar responsabilidades e impulsar cambios.

III LA DEUDA ECOLÓGICA, LA JUSTICIA AMBIENTAL Y LA REESTRUCTURACIÓN DE LA CULTURA JURÍDICA HEGEMÓNICA Y LA GOBERNANZA GLOBAL

El concepto de deuda ecológica todavía no está consensuado[19]. Con lo cual, tomando como base la literatura hasta ahora encontrada[20]

[18] *Vid.* TOLEDO MANUEL, V., "Ecología, Espiritualidad, Conocimiento: de la sociedad del riesgo a la sociedad sustentable", recuperado el 20 de julio 2013, de <http://www.ambiente.gov.ar/infotecaea/descargas/toledo01.pdf>.

[19] Por ejemplo, la Alianza de los Pueblos del Sur Acreedores de la Deuda Ecológica la define como: "La deuda ecológica es en esencia la responsabilidad que tienen los países industrializados del Norte, sus instituciones, la élite económica y sus corporaciones por la apropiación gradual y control de los recursos naturales asi como por la destrucción del planeta causada por sus patrones de consumo y producción, afectando la sustentabilidad local y el futuro de la humanidad. Basados en esta definición, los pueblos en el Sur somos acreedores de esta deuda y los deudores los países del Norte. Esta deuda tiene como base al actual modelo de producción industrial, la producción exhaustiva de residuos como la emisión de gases de efecto invernadero, el capitalismo y el libre mercado". Recuperado el 22 de julio de 2013, de <http://www.deudaecologica.org/Que-es-Deuda-Ecologica>.

[20] Importante remarcar el concepto de deuda ecológica elaborado por los estudiosos de la Universidad de Gant: *"La deuda ecológica de un país A consiste en: (1) El daño ecológico causado a lo largo del tiempo por un país A en otros países o en áreas bajo la jurisdicción de otros países a través de sus patrones de producción y consumo; (2) El daño ecológico causado a lo largo del tiempo por una país A, a los ecosistemas bajo jurisdicción nacional mediante sus patrones de producción y consumo; (3) La explotación o uso de los ecosistemas y de los bienes de los ecosistemas a lo largo del tiempo por un país A, a costa de la equidad de derechos de otros países o individuos*

y sopesándola con el objetivo del presente estudio, nos parece apropiado abordar la deuda ecológica no en sí considerada, sino en el ideal que existe detrás de ella[21]. Significa decir que en este contexto, la adopción de DE "no tanto como cantidad a abonar a unos acreedores difíciles de definir en ocasiones, sino más bien como formalización de una situación profundamente injusta, que debe superarse en términos de una nueva gobernanza global, que promueva unas condiciones de vida más equitativas para los seres humanos, sea cual sea el lugar donde viven, y una actitud social menos agresiva en relación con el medio ambiente"[22].

La DE permite estructurar el funcionamiento interno del MS, descubriendo las relaciones de intercambio ocultas por los mercados, que generan la situación de inequidad en la distribución de los beneficios y las cargas del MS, la injusticia ambiental. Al entorno de la DE pueden articularse problemas como las crisis alimentarias, los conflictos mineros, la pobreza, las inmigraciones masivas, los desastres ambientales y el aprovechamiento desigual de los recursos energéticos.

Es cierto que la idea de DE, surgida de los movimientos sociales y no de la academia –como la justicia ambiental, por otra parte–, tiene aún algo de intuitivo. Está en proceso de desarrollo y formalización, particularmente en relación con su cálculo que ya compromete a una parte de la comunidad de los economistas. Sin embargo, su potencial heurístico es evidente, ya que permite ordenar los problemas y articular las soluciones en relación con la necesaria reconstrucción del MS para hacerlo equitativo y sostenible, lo que de hecho es el principal reto que la humanidad afronta en el presente.

sobre estos ecosistemas o bienes". Vid. PAREDIS E., LAMBRECHT J., GOEMINNE G., VANHOVE W., *"Elaboration of the concept of ecological debt".* Center for Sustainable Development (CDO) Gant University. Recuperado el 8 de junio 2013, de <http://www.cdo.ugent.be/publicaties/005.ecodebt_report_1_core.pdf>.

21 Importante destacar una reflexión realizada por Andrew Simms: "Like most ideas. The notion of ecological debt emerged over time. No one person can Chaim credt for it. As is common in the history of ideas, many people thought scout it unaware of others doing the same. In the mid-1990s I was deluded into believing my own originality when it occurred to me that the ecological debts of the rich were a perfect counter to the smug mismanagement by Rich country dominated financial bedt. Others of course had, and were, thinking similar thoughts. But Britain was home to the rapidly growing Jubilee 2000 debt relief campaing and here it was absent from the debate". *Vid*.: SIMMS, A., *Ecological debt – Global warming & the wealth of nations*, Pluto Press, London, 2009, p. 86.

22 *Vid.* JARIA I MANZANO, J., "Gobernanza para una comunidad…", *cit*.

En este sentido, la DE ofrece canales de interpretación tanto desde el punto de vista de los límites biofísicos del sistema –sostenibilidad– como de la distribución de las cargas y beneficios que produce la interacción entre sociedad y naturaleza –equidad–. Esto último es especialmente importante a la hora de diseñar planteamientos inclusivos a la hora de establecer un escenario global de sostenibilidad que evite el colapso del sistema[23].

Se parte de la vulnerabilidad de las condiciones existentes, configurada por la limitación de recursos y de espacio geológico, para establecer responsabilidades de acuerdo con el provecho obtenido del uso de los recursos naturales, en función de los mecanismos de asignación de cargas y beneficios vigentes. A partir de aquí, se trata de mostrar la inequidad de dichos mecanismos, así como las responsabilidades que deben asumirse en el proceso de transformación del MS, con un horizonte de sostenibilidad y equidad. Ello supone un impulso para la reconstrucción del Derecho internacional, en la medida en que deviene estructura institucional que permite la generación de la deuda, que no expresa, en este caso, una técnica ortodoxa de financiación, sino una matriz inequitativa e insostenible para el funcionamiento del MS.

Por lo tanto, es importante avanzar en un análisis crítico de los impactos generados, esencialmente, por el discurso dominante en el seno del Derecho internacional, vinculado a la perpetuación de los valores individualistas, racionalistas y economicistas que definen el paradigma hegemónico que sustenta el sistema-mundo capitalista y, en consecuencia, el MS. En este contexto, la DE aparece como un nódulo conceptual que pone en discusión el modelo social actual y apunta hacia su modificación profunda.

A partir de esta noción, puede avanzarse en la construcción de un nuevo MS, estableciendo nuevas prioridades y reestructurando los principios axiológicos fundamentales que rigen el intercambio entre sociedad y naturaleza. El horizonte debería ser la justicia ambiental, esto es, un acceso equitativo a los recursos naturales y a los servicios ambientales y un reparto equitativo de las cargas derivadas de sus usos, así como la sostenibilidad, que implica un uso de los recursos que no comprometa la reproducción social en el futuro. La DE sirve aquí para delimitar las injusticias perpetradas y atribuir responsabilidades, descubriendo una situación de

[23] *Vid.* DE MARZO, G., *Per una nuova democrazia della Terra*, Ediesse, Roma, 2009, p. 75-77.

expolio de la periferia y de deterioro del medio ambiente, que las reglas actuales permiten realizar de forma gratuita o mal pagada[24].

En este sentido, podemos escoger algunos ámbitos concretos de la DE para ejemplificar cómo permite efectuar una reevaluación de los intercambios en el marco del MS y, a partir de ahí, poner de manifiesto la inequidad e insostenibilidad de las reglas que rigen en la actualidad. Cabe citar aquí la deuda de carbono[25], la deuda de residuos[26] y la biopiratería[27]. En estos tres ámbitos, se pone de manifiesto como el centro de la economía mundial se apropia de recursos sin compensación adecuada, sea en forma de uso de la atmósfera, de uso de los sumideros de residuos o de obtención de sabidurías tradicionales.

La DE supone, como se ha dicho, una reevaluación, la utilización de unos parámetros diferentes para medir las consecuencias del uso de los recursos naturales en un determinado contexto. Supone, por lo tanto, una revisión de los mecanismos del mercado, que ocultan una parte muy importante de los costes, reasignándolos tácitamente de forma equitativa. Ello significa, en particular, la necesidad de incorporar los saberes no hegemónicos, esto es, el acervo cultural de los pueblos del Sur, ya que solo así

[24] *Vid.* BORRERO, J. M. N., *La deuda ecológica: testimonio de una reflexión,* FIPMA, Colombia, 1994.

[25] Sobre la deuda de carbono, *vid.* AGARWAL, A. y NARAIN, S., "Global Warming in an Unequal World. A Case of Environmental Colonialism". Centre for Science and Environment, New Delhi, India, 1991; ROCHOLL, M., "From Environmental Space to Ecological Debt – a European Perspective", 2001. Fuente: <http://www.worldsummit2002.org/texts/EnvSpaceToEcoDebt.pdf>; ROBERTS, J. T. y PARKS, B. C., "Fueling Injustice: Globalization, Ecologically Unequal Exchange and Climate Change", en *Globalizations*, 2007, p. 193-210; PARIKH, J. K., "Joint Implementation and North-South Cooperation for Climate Change", International Environmental Affairs, v. 7, 1995. En dicho estudiom el Norte "debería" al Sur unos 70.000 millones de dólares anuales en concepto de la sobreemisión de gases de efecto invernadero.

[26] Para más detalles sobre, directa o indirectamente, la deuda de residuos, *vid.* GÓMEZ HERAS, J. M., (coord), "Etica en la frontera". Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2002; GIDDENS y HUTTON, eds., "El mundo en el límite: la vida en el capitalismo global. Tusquets, Barcelona, 2001; LAGO, Rosa y BARCENA, Iñaki, "Deuda ecológica y modelo energético: los casos de Nigeria y Bolivia". Recuperado el 6 de julio 2013, de <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/ec/ecocri/eus/Lago_Y_Barcena.pdf>; MARGALEF, R.,"En busca de un marco conceptual en el que situar las realidades y perspectivas que aquejan a nuestra sociedad actual", en *Economía, ecología y sostenibilidad en la sociedad actual*, en NAREDO, J. M. Dir., Universidad de Verano de Castilla y León, Segovia, 27-31 de julio de 1998.

[27] En relación con la biopiratería, *vid.*SHIVA, V., *Biopiratería: El saqueo de la naturaleza y del conocimiento*, Icaria, Barcelona, 2001; y SHIVA, V., *Protect or plunder? Understanding intellectual property rights*, Zed books, Londres, 2001.

puede calcularse de manera equitativa el precio de las cosas –o la ausencia de él; habrá cosas inapreciables, cuya integridad deberá considerarse como intangible–. Con ello, podrá establecerse el grado de responsabilidad que deberán asumir los que han utilizado la biosfera de forma inequitativa e insostenible, amparados en una sistema de asignación de valores sesgado, que es justamente lo que debe superarse.

En este sentido, es importante avanzar en el reconocimiento de la responsabilidad y del espíritu comunitario, como elementos para la delimitación razonable de los derechos individuales, cuya formulación actual permite el desencadenamiento de dinámicas parásitas. Ello no implica, en absoluto, una opción por el totalitarismo, sino una razonable adaptación de la esfera de autonomía de los individuos a la exigencia de solidaridad con el resto de miembros de la comunidad humana, así como a la capacidad de la biosfera de satisfacer las necesidades humanas sin poner en peligro la continuidad de las múltiples formas de vida que confluyen en su seno.

Por ello, el respeto profundo por la diferencia cultural y su integración en la construcción de una malla axiológica realmente universal debería ser el punto de partida para la construcción de un Derecho internacional realmente inclusivo y garante de la sostenibilidad. En este sentido, la DE, en la medida que impugna las asignaciones de valor hegemónicas, constituye también una idea heurística para la regeneración de los fundamentos ideológicos del Derecho internacional. Justamente la idea de libertad individual, que constituye el marco en el que se formula la cultura de los derechos humanos, debe ser reconfigurado a partir del principio de responsabilidad, tanto en relación con las generaciones futuras, como con los miembros de la comunidad humana global, que la crisis ambiental contribuye a visibilizar, en la medida en que muestra que los espacios políticos autosuficientes del pasado no responden a la dimensión de los problemas generados por el proceso de acumulación capitalista en su fase global[28]. Por ello es importante vincular el ejercicio de los derechos a su impacto para la situación de terceras personas y para el medio ambiente. De hecho, la DE apunta justamente a la exigencia de responsabilidades, no solo a la delimitación de situaciones inequitativas e insostenibles, lo que es fundamental para establecer las salidas a la situación de colapso tendencial en la que nos encontramos.

[28] Para un desarrollo comprehensivo del principio de responsabilidad, *vid*. JONAS, H., *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*", Herder, Barcelona, 1995.

En definitiva, la DE incorpora un enfoque basado en la línea del principio de responsabilidad, a fin de exponer las injusticias ambientales y definir responsabilidades. En este sentido, la DE permite avanzar tanto en la sostenibilidad como en la equidad, apuntando el sentido de las modificaciones que la humanidad, como comunidad global, debe emprender, dado su actual estadio de desarrollo tecnológico y social, para reconducir la situación hacia un escenario inclusivo que pueda proyectarse en el tiempo. Esto, por supuesto, apunta hacia cambios profundos en el MS, cuya exigibilidad viene subrayada justamente por la propia idea de deuda ecológica, que apunta hacia el carácter interesado, insostenible e injusto de las posiciones que sostienen que no hay alternativa al diseño actual del MS[29].

Por otra parte, la deuda ecológica, como matriz conceptual de alcance global, subraya la idea de que los problemas globales no pueden resolverse mediante la actuación solitaria del estado-nación, ni tan siquiera por la labor de los estados agrupados en bloques regionales. Se plantea la necesidad de una acción colectiva y colaborativa, que es la única respuesta ante la necesidad de superar la situación en la que se genera la DE, a partir de la idea implícita de responsabilidades compartidas pero diferenciadas que la propia DE contribuye a repartir. En definitiva, la DE es "una oportunidad para reclamar con urgencia un cambio en el estilo de vida de la humanidad"[30].

IV CONSIDERACIONES FINALES

En la actual situación de crisis sistémica, que pone de manifiesto el agotamiento del modelo civilizatorio que se funda en la acumulación capitalista, el sistema westfaliano de relaciones internacionales y la tecnociencia como única forma legítima de conocimiento, se hace necesario avanzar hacia un cambio global del metabolismo social, cuya estructura institucional e ideas jurídicas que la sostienen deben ponerse en tela de juicio. En este contexto, la DE no es el único vía para efectuar un cuestionamiento global del *statu quo*, pero tiene un potencial enorme, que se basa en su

[29] *Vid.* JAUREGUI, G., "El neoliberalismo y la falacia del Estado mínimo", en *El País* de 6 de marzo 1997.

[30] *Vid.* ACOSTA, A., *et al*, "Ecuador: Un orden internacional más justo – Deuda ecológica", recuperado el 23 de julio de 2013, de <http://www.lainsignia.org/2005/julio/econ_012.htm>.

capacidad de impugnación del MS, su idoneidad para establecer responsabilidades en relación con su inequidad y su insostenibilidad y que apunta vías para avanzar en la transición hacia un nuevo modelo, en particular, en relación con la toma en consideración (en serio) de la voz de las culturas marginales (y marginadas) en el sistema-mundo capitalista.

La deuda ecológica, en relación con la sostenibilidad y la justicia ambiental, que son los horizontes que abre, plantea la necesidad de avanzar en la integración de la humanidad como comunidad política global, al mismo tiempo que reclama respeto por la pluralidad cultural, apoderando a los seres humanos, sea cual sea su *background* cultural y su entorno de vida, y avanzando en una idea de dignidad humana densa y sustancial, que vaya más allá del formalismo de los derechos humanos en su formulación actual, dependiente del individualismo posesivo y refractaria a la solidaridad. En esta línea, abre vías de colaboración entre la academia y los movimientos sociales, liberando la generación de conocimiento de dinámicas exclusivistas y jerárquicas, justamente para potenciar la inclusividad y el pluralismo.

Ello nos abre a un proceso dinámico de transformación social, que permita superar las inequidades del sistema, al mismo tiempo que recuperar la harmonía con el entorno, que es imprescindible para la realización de la justicia ambiental, así como para profundizar en la asunción de responsabilidades en relación con el conjunto de la vida, que seguramente irán haciéndose presentes con cada vez mayor intensidad, en la medida que la modificación del MS permita superar los valores de la sociedad de consumo que son hegemónicos en el presente.

En este sentido, la DE opera, en última instancia, como un acicate para el cambio social, en su triple dimensión de identificación de inequidades, de responsabilidades y de soluciones. Así, a pesar de que se trata de una idea en construcción, debe considerarse como uno de los nódulos conceptuales más relevantes para la reflexión jurídica que se plantean en la actualidad, por su capacidad de transformación del Derecho y por su impacto potencial en las estructuras institucionales existentes. Ello permite señalar la DE como un campo de reflexión a explorar no solo desde la economía, sino también desde el Derecho. La pretensión de estas líneas era apuntar su potencialidad en el marco del discurso jurídico, en un contexto de crisis sistémica del que los juristas no pueden pretender escapar.

Particularmente, la DE apunta hacia una reconstrucción de la estructura institucional y la textura jurídica del MS que se dirige hacia un consti-

tucionalismo global, basado en una idea inclusiva y, al mismo tiempo, plural de ciudadanía universal, definida a partir de la idea de justicia ambiental[31]. En este sentido, la DE permite abundar en la idea de que "*allowing extreme (injustice) in the world to be not only shown but also condemned*"[32]. Con ello, constituye un estímulo para la comunidad jurídica en el sentido de imaginar marcos alternativos para eliminar las condiciones de posibilidad de la deuda ecológica y, con ello, avanzar hacia la justicia ambiental y la sostenibilidad.

REFERENCIAS

ACOSTA, A.; CANELOS, F.; PADILLA, O.; FALCONÍ, F. (2005, marzo). *Ecuador: Un orden internacional más justo - DE*. Recuperado el 23 de julio de 2013, de <http://www.lainsignia.org/2005/julio/econ_012.htm>.

AGARWAL, A.; NARAIN, S., "Global Warming in an Unequal World. A Case of Environmental Colonialism", en *Centre for Science and Environment*, New Delhi, India, 1991.

Alianza de los Pueblos del Sur Acreedores de la Deuda Ecológica. (2008, 12 de mayo). *¿Qué es deuda ecológica?*. Recuperado el 2 de junio 2013, de <http://www.deudaecologica.org/Que-es-Deuda-Ecologica>.

BIRNIE, P.; BOYLE, A., *International Law & the Environment*, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2002.

BORRÀS, S., "Refugiados ambientales: el nuevo desafío del Derecho internacional del medio ambiente", en *Revista de Derecho*, v. XIX, núm. 2, Dic. 2006, p. 85-108.

BORRERO, J. M. N., *La DE: testimonio de una reflexión,* FIPMA, Colombia, 1994.

BOSSELMANN, K., *The principle of sustainability: Transforming Law and Governance*, Ashgate Publ., Aldershot, 2008.

CATTON, Jr., W. R., *Overshoot: The Ecological Basis of Revolutionary Change,* Illini Books edition, Champaign, 1982.

COLE, L.W.; FOSTER, S. R., *From the ground up: environmental racism and the rise of environmental justice moviment*, New York University Press, New York and London, 2001.

[31] Para ver la diferencia entre constitution," "constitutionalism," and "constitutionalization", *Vid.* PETERS, A., ARMINGEON, K., "Introduction: Global Constitutionalism from an Interdisciplinary Perspective, en *Indiana Journal of Global Legal Studies*: v. 16: Iss. 2, Article 1, 2009. Recuperado el 2 de agosto 2013, de <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol16/iss2/1>.

[32] *Vid.* KOSKENNIEMI, M., "Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization", en *Theoretical Inquiries in Law*, L. 9, 2007, p. 35.

DE MARZO, G., *Buen Vivir: para una democracia de la tierra*. Título original del italiano: *Per una nuova democrazia della Terra*, Ediesse, Rome, 2009.

FISCHER-KOWALSKI, M., "Society's Metabolism. The Intellectual History of Materials Flow Analysis, Part I, 1860– 1970", en *Journal of Industrial Ecology*,1998, v. 2 (1), p. 61–78.

FISCHER-KOWALSKI, M.; HUTTLER, W., "Society's Metabolism.The Intellectual History of Materials Flow Analysis, Part II, 1970-1998", en *Journal of Industrial Ecology*, 1998, v. 2 (4), 1998, p. 107-136.

GALEANO, E., *Las venas abiertas de América Latina*, Siglo XXI, México, 1971.

GEORGESCU-ROEGEN, N., *The Entropy Law and the Economic Process*, Harvard U. P, Cambridge, 1971.

GIDDENS; HUTTON (eds.), *El mundo en el límite: la vida en el capitalismo global,* Tusquets, Barcelona, 2001.

GOEMINNE, G.; PAREDIS, E., "The concept of ecological debt: an environmental justice approach to sustainability, calling for radical transitions in industrialised countries", en *7th Global Conference on Environmental Justice and Global Citizenship*, Oxford, UK, Jul. 2008.

GÓMEZ HERAS, J. M., (coord), Ética en la frontera*,* Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2002.

HANCOCK, J., *Environmental Human Rights*, Ashgate, Aldershot, 2003.

JARIA i MANZANO, J., *Gobernanza para una comunidad global: la necesaria transformación del Derecho internacional en un orden constitucional para afrontar el intercambio desigual* (trabajo aún inédito que se publicará en breve en el marco del proyecto EJOLT).

JARIA i MANZANO, J., "Environmental justice, social change and pluralism", en *IUCN Academy of Environmental Law e-Journal Issue*, 2012.

JAUREGUI, G., "El neoliberalismo y la falacia del Estado mínimo", en *El País,* 6 Mar. 1997.

JONAS, H., *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica,* Herder, Madrid, 1995.

KEANE, D., "The Environmental Causes and Consequences of Migration: A Search for the Meaning of "Environmental Refugees"*,* en *Georgetown International Environmental Law Review*, 2004.

KOSKENNIEMI, M., "Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization", en *Theoretical Inquiries in Law*, L. 9, 2007.

LAGO, R.; BARCENA, I. (2008, febrero). *Deuda ecológica y modelo energético: los casos de Nigeria y Bolivia*. Recuperado el 6 de julio 2013, de <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/ec/ecocri/eus/Lago_Y_Barcena.pdf>.

LIMA HENRIQUE, L. *O conceito de Dívida Ecológica*. Recuperado el 12 septiembre 2013, de <http://www.ecoeco.org.br/conteudo/publicacoes/encontros/iv_en/mesa2/3.pdf>.

LOPERENA ROTA, D., *Desarrollo Sostenible y globalización*, Aranzadi, Navarra, 2003.

Mapa de conflictos ambientales en Brasil. Recuperado el 3 de agosto 2013, de <http://www.conflitoambiental.icict.fiocruz.br>.

MARGALEF, R., "En busca de un marco conceptual en el que situar las realidades y perspectivas que aquejan a nuestra sociedad actual", en *Economía, ecología y sostenibilidad en la sociedad actual*, en Naredo, J. M. (dir.), Universidad de Verano de Castilla y León, Segovia, 27-31 de Jul. 1998.

MEADOWS, D. L. (coautor). *Los Límites del Crecimiento*. (2010, noviembre). Recuperado el 6 de agosto 2013, de <http://titulaciongeografia-sevilla.es/web/contenidos/profesores/materiales/archivos/entrevistaMeadows.pdf>.

MORIN, E., *El Método: la vida de la vida*, Catedra, Madrid, 1983.

NAREDO, J. M, *Raíces económicas del deterioro ecológico y social. Más allá de los dogmas,* Siglo XXI, Madrid, 2006.

NAREDO, J. M., "El metabolismo de la sociedad industrial y su incidencia planetaria", en Naredo, J. M.; Parra, F. (eds), *Economía, Ecología y Sostenibilidad en la Sociedad Actual*, Siglo XXI Editores, España, 2000.

ORTEGA, M. (c), *La DE española. Impactos de la economía española en el exterior*, Muñoz Moya Editores, Madrid, 2005.

PAREDIS, E.; LAMBRECHT, J.; GOEMINNE, G.; VANHOVE, W. Center for Sustainable Development (CDO) Gant University. (2004, September). "Elaboration of the concept of ecological debt". Recuperado el 8 de junio 2013, de <http://www.cdo.ugent.be/publicaties/005.ecodebt_report_1_core.pdf>.

PARIKH, J. K., "Joint Implementation and North-South Cooperation for Climate Change", en *International Environmental Affairs*, v. 7, 1995.

PENTEADO, H., *Ecoeconomia - Uma Nova Abordagem*, Lazuli, São Paulo, 2003.

PETERS, A.; ARMINGEON, K., "Introduction: Global Constitutionalism from an Interdisciplinary Perspective", en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16: Iss. 2, Article 1, 2009. Recuperado el 2 de agosto 2013, de <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol16/iss2/1>.

RAJAGOPAL, B., *International Law from the below. Development, social movements and Third World Resistance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

ROBERTS, J. T.; PARKS, B. C., "Fueling Injustice: Globalization, Ecologically Unequal Exchange and Climate Change", en *Globalizations*, 2007, p. 193-210.

ROCHOLL, M. “From Environmental Space to Ecological Debt – a European Perspective”. (2001). Recuperado el 2 de agosto 2013, de<http://www.worldsummit2002.org/texts/EnvSpaceToEcoDebt.pdf>.

SANDS, P., *Principles of International Environmental Law*, 2ª edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

SCHATAN, J., *Deuda externa y neoliberalismo: el saqueo de América Latina,* Fundación CENDA, Centro de Estudios Nacionales de Desarrollo Alternativo, Santiago de Chile, 1999.

SCHATAN, J., *El saqueo de América Latina*, LOM Editorial, Chile, 1998.

SHIVA, V., *Biopiratería: El saqueo de la naturaleza y del conocimiento*, Icaria, Barcelona, 2001.

SHIVA, V., *Protect or plunder? Understanding intellectual property rights*, Zed books, Londres, 2001.

SIMMS, A., *Ecological debt – Global warming & the wealth of nations*, Pluto Press, London, 2009.

TOLEDO MANUEL, V., *Ecología, Espiritualidad y Conocimiento: de la sociedad del riesgo a la sociedad sustentable*, PNUMA, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, México D.F., 2003. Recuperado el 20 de julio 2013, de <http://www.ambiente.gov.ar/infotecaea/descargas/toledo01.pdf>.

WEISZ , H., “Combining Social Metabolism and Input-Output Analysis to Account for Ecologically Unequal Trade”, en A. Hornborg, A.; McNeill, J. R.; Martínez-Alier, J. (eds.), *Rethinking Environmental History: World-System History and Global Environmental Change*, AltaMira Press, Lanham (MD), 2007, p. 289-306.

3

O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS E PERSPECTIVAS[1®]

Fernanda da Silva Lima

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2010), Bacharel em direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (2007). Integrante do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente (NEJUSCA/UFSC). Pesquisadora na área de Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional e Direito da Criança e do Adolescente. Professora no Centro Universitário Barriga Verde (UNIBAVE/SC) *campus* Orleans e Cocal do Sul e na Escola Superior de Criciúma (ESUCRI). Lattes:
http://lattes.cnpq.br/9242692113745540
felima.sc@gmail.com

Priscilla Camargo Santos

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora substituta na Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisadora do Observatório de Direitos Humanos da UFSC na área de Democracia Internacional e Direitos Humanos. Lattes:
http://lattes.cnpq.br/4059927074182316
camargopriscilla@gmail.com

[1] Uma versão preliminar deste trabalho, com o título "O Direito Internacional dos Refugiados: desafios contemporâneos e perspectivas futuras" foi apresentado e publicado na 7ª Jornada de Pesquisa e 6ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES - Faculdade Metodista de Santa Marisa/RS nos dias 20 e 21 de maio de 2014.

I INTRODUÇÃO

O fracasso da Liga das Nações, no sentido de promover a paz e a segurança internacional, se evidenciou com a eclosão da 2ª Guerra Mundial palco das maiores atrocidades e violações de Direitos Humanos, então, já vistos.

É a partir dos horrores da Segunda Guerra que se tem a reconstrução dos Direitos Humanos e a construção das três vertentes de proteção internacional – o Direito Humanitário, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Refugiados.

O presente artigo visa analisar especificamente o direito de proteção internacional dos refugiados e a sua interlocução e aproximação com o sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos. Em termos metodológicos deve ser classificado como qualitativo e descritivo. Como método de coleta de dados, foi utilizada exclusivamente a pesquisa bibliográfica.

Como ponto de partida de análise assumiu-se a hipótese de que o sistema de proteção internacional dos refugiados é indispensável a efetiva proteção de Direitos Humanos, a questão a que se tenta responder é: o sistema de proteção internacional dos refugiados à luz das novas demandas econômicas, ambientais, sociais e culturais, que ganharam destaque principalmente após o fim da 2ª Guerra Mundial, é suficiente para dar proteção aos refugiados?

Parte-se, no presente artigo, de que os Direitos Humanos são equivalentes ao Direito de Cidadania, uma vez que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, estabelece que o Direito de Cidadania se refere ao direito a ter direitos e acima de tudo, o de pertencer a uma comunidade política. E é nesta ideia que se funda a proteção aos refugiados.

O trabalho estruturou-se em torno dos seguintes tópicos, primeiramente apresenta-se a construção histórica dos Direitos Humanos no plano internacional, situado a partir dos três sistemas internacionais de proteção, e dos quais, percebe-se uma maior aproximação dos princípios que regem o Direito Internacional dos Direitos Humanos com o Direito Internacional dos Refugiados.

Num segundo momento se faz uma análise dos documentos internacionais de proteção aos refugiados, notadamente as cláusulas de inclusão, exclusão e de cessação da condição de refugiados. A seguir se faz referência ao princípio do *non-refoulement,* que em português significa a não-de-

volução. Finalmente, analisa-se a necessidade de expansão do conceito de refugiado a fim de abarcar novas categorias de refugiados, medida que se impôs principalmente nos sistemas regionais de proteção.

II O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS: SITUANDO AS VERTENTES NO PLANO INTERNACIONAL

No âmbito internacional, mais especificamente no que orienta o Direito Internacional Público, existem três vertentes ou sistemas que visam a proteção do ser humano – no que alude a vida, integridade física e dignidade humana – e editam regras a ser seguidas pelos Estados, quais sejam: o Direito Internacional Humanitário; o Direito Internacional dos Direitos Humanos; e, o Direito de Proteção Internacional aos Refugiados.

As três vertentes almejam garantir proteção aos direitos humanos e na concepção clássica do Direito Internacional Público são estudadas de forma interdependente[2]. Neste ensaio, evidencia-se maior aproximação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito de Proteção aos Refugiados, uma vez que, ao contrário do Direito Humanitário que é aplicado apenas em tempos de guerra ou conflitos armados, os outros dois

[2] As três vertentes são: a) **Direito Internacional Humanitário** – que também pode ser definido como um conjunto de regras no plano internacional aplicáveis aos Estados durante os conflitos armados, com duplo objetivo, sendo o primeiro o de restringir os direitos dos combatentes através da limitação dos métodos e meios de guerra e, o segundo, o de proteger os direitos dos não combatentes, civis e militares fora de combate; b) **o Direito Internacional dos Direitos Humanos** – cuja finalidade é defender os indivíduos contra as arbitrariedades do próprio Estado, a partir da ideia de que o indivíduo tem direitos protegidos na esfera internacional, subdividindo-se em sistema global (ONU) e sistemas regionais de proteção (por ex. OEA, UE, UA) (PIOVESAN, 2000); e c) **Direito de Proteção aos Refugiados** – criado a partir da Convenção de 1951 para reassentar refugiados europeus que ainda estavam sem lar como consequência da 2ª Guerra Mundial. O objetivo deste trabalho não é discorrer sobre as três vertentes de proteção do ser humano em âmbito internacional, mas tão somente informar ao leitor, que ainda que a doutrina internacionalista tenha avançado, há dificuldades no plano prático de aproximação destes três ramos do Direito Internacional Público e dificuldades em suprir lacunas quando o indivíduo sofre violações de direitos humanos que não são abarcadas pelos três sistemas, sendo necessário dar uma nova redefinição, uma nova hermenêutica, uma nova carga valorativa ao Direito Internacional Público, no que tange a preservação de direitos humanos, que muitas vezes encontram barreiras de cunho social, político, econômico, cultural, entre outros. Para maiores informações acerca das três vertentes/sistemas de proteção dos Direitos Humanos consultar: CANÇADO TRINDADE, 1997.

protegem os indivíduos de possíveis ameaças a sua integridade e dignidade humana. Logo, o Direito Internacional dos Direitos Humanos também é e deve ser fonte dos princípios de proteção aos refugiados (PIOVESAN, 2001). Conforme destacam Lui e Yakabi (2011, p. 169): "A questão dos direitos humanos é imprescindível ao assunto dos refugiados, já que existe uma conexão óbvia com o conceito de refugiado: torna-se refugiado o indivíduo que teve seus direitos humanos ameaçados."

Abordar qualquer tema em matéria de Direitos Humanos, portanto, não é possível, sem conhecer os fatos históricos que fizeram emergir a necessidade de, através do direito e outros instrumentos, proteger-se os homens dos homens. Assim foi que se vivenciou, principalmente no período da 2ª Guerra Mundial (1939-1945), durante os regimes totalitários (nazismo e stalinismo), a coisificação dos seres humanos, passados a condição de "seres supérfluos", sem valor, descartáveis, sem lugar no mundo[3]. O período nazista foi marcado pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou, segundo Piovesan (2000), no extermínio de cerca de 11 milhões de pessoas.

É possível afirmar-se que o movimento de internacionalização dos direitos humanos e de consequente autonomia do Direito Internacional dos Direitos Humanos é recente, e embora a concepção dos direitos humanos estivesse antes intrinsecamente interligada com a noção de "igualdade" e "liberdade" inerentes a qualquer pessoa humana, foi somente no período pós 2ª Guerra Mundial que o Direito Internacional dos Direitos Humanos teve realizado seu processo de universalização, principalmente como alternativa para repudiar o holocausto e combater atrocidades como aquelas cometidas pelo regime nazista (PIOVESAN, 1997).

E foi a partir desse processo de universalização dos direitos humanos que se redefiniu o conceito de soberania[4] dos Estados e assim como

[3] De acordo com Lafer (1988, p. 118), "O valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem. É por essa razão que a análise da ruptura - o hiato entre o passado e o futuro, produzido pelo esfacelamento dos padrões da tradição ocidental – passa por uma análise da crise dos direitos humanos, que permitiu o 'estado totalitário de natureza'. Este 'estado de natureza' não é um fenômeno externo, mas interno à nossa civilização, geradora de selvageria, que tornou homens sem lugar no mundo."

[4] Ferrajoli (2002, p. 41) ao escrever sobre a soberania no mundo moderno discorre sobre como a "soberania" dos Estados foi remodelada ao longo de vários períodos históricos e destaca que: "A soberania, que já se havia esvaziado até o ponto de dissolver-se na sua dimensão interna com o desenvolvimento do estado constitucional de direito, se esvanece também em sua dimensão externa na presença de um

o "[...] *status* do indivíduo no cenário internacional, para que se tornasse verdadeiro sujeito de direito internacional." (PIOVESAN, 1997, p. 133).

O Direito Internacional dos Direitos Humanos fez emergir a "[...] necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético para orientar a nova ordem internacional" (PIOVESAN, 2008, p. 20), ancorada principalmente pelo respeito à vida, à integridade física e à dignidade humana.

Diante desse panorama internacional a emergência desse novo Direito Internacional dos Direitos Humanos reclama não apenas os direitos civis e individuais, essenciais à manutenção da vida, mas,segundo Annoni (2003, p. 3), todos aqueles "[...] inerentes ao homem moderno, que se constituem em fundamentais para o seu desenvolvimento humano, como o trabalho, a justiça, o meio ambiente".

A ideia de que a pessoa humana é dotada de direitos e como tal deve ter resguardada e protegida sua dignidade não é recente, pois já teve expressão ao longo da história, em regiões e épocas diferentes, conforme observa Cançado Trindade (1997). No entanto, a concepção contemporânea de Direitos Humanos foi introduzida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948 pela Organização das Nações Unidas, logo após o fim da 2ª Guerra Mundial. É a partir da Declaração de 1948 que os Direitos Humanos adquirem como principais características a universalidade, a inalienabilidade, a irrenunciabilidade e a imprescritibilidade[5] e começa-se a partir de então, a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos através da adoção de inúmeros tratados internacionais de proteção à dignidade humana e à garantia de direitos fundamentais.

Como já ressaltado, é nesta perspectiva que há de se enfocar o Direito Internacional dos Refugiados, há que se ter, portanto, uma visão de complementaridade e não de distanciamento ou dicotomia, uma vez que o sistema de direitos humanos se aproxima com o sistema de proteção aos

sistema de normas internacionais caracterizáveis como *iuscogens,* ou seja, como direito imediatamente vinculador para os Estados-membros. No novo ordenamento, são de fato sujeitos de direito internacional não somente os Estados, mas também os indivíduos e os povos: os primeiros como titulares, nos confrontos de seus próprios Estados, dos direitos humanos a eles conferidos pela Declaração de 1948 e pelos Pactos de 1966; os segundos enquanto titulares do direito de autodeterminação, reconhecidos pelo artigo 1 dos mesmos Pactos."

5 Para maiores informações consultar: ANNONI, 2008, p. 38-51.

refugiados no que se refere aos planos: conceitual, normativo, hermenêutico e operacional (PIOVESAN, 2001).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948estabelece o direito de asilo e sua relação com o instituto do refúgio no artigo 14, assim transcrito: "1. Todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.2. Esse direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas." Assegurou-se por esse princípio, o direito fundamental à vida, à segurança e à integridade a todos os seres humanos.

A Declaração de 1948 não utilizou a palavra refúgio e sim asilo, ainda que este esteja abrangido naquele. Alguns autores internacionalistas também não fazem diferença entre os dois institutos, e mesmo no Alto Comissariado para as Nações Unidas sobre Refugiados (ACNUR) são encontrados textos em que são utilizados de modo "intercambiante" a expressão "*asylum"* e "*refuge"*.

No Brasil os termos não possuem equivalência, sendo tratados de formas distintas pela Constituição Federal de 1988, remetendo-se a ideia de que o refugiado, como o próprio termo sugere, significa "[...] alguém que foge, mas também traz implícita a noção de refúgio ou santuário, a fuga de uma situação insustentável para outra diferente e que se espera seja melhor, além de uma fronteira nacional." (CASELLA, 2001, p. 22). Noção esta, que está imbricada na Carta de 1948, ainda que se tenha preferido o termo "asilo".

Já asilo, está relacionado em seu sentido estrito ao asilo político e "[...]consiste no conjunto de regras que protege o estrangeiro perseguido por motivos políticos e, que, por isso, não pode permanecer ou retornar ao território do Estado de sua nacionalidade ou residência" (RAMOS, 2011, p. 25-26)[6].

Assim, reconhecendo-se que se os eventos anteriores a 1948 representaram uma ruptura com os direitos humanos, o pós guerra definitivamente representa a sua reconstrução (LAFER, 1988). E, no concernente aos direitos dos refugiados, sabe-se que é somente a partir da Convenção de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados das Nações Unidas que a proteção aos refugiados consolidou-se num sistema internacional autônomo,

[6] Recomenda-se a leitura do texto: "Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas" de André de Carvalho Ramos. In: RAMOS, 2011.

que como será demonstrado, permite aproximações com o Direito Internacional dos Direitos Humanos na proteção à vida, integridade física e à dignidade humana.

III O SISTEMA DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DE REFUGIADOS

O sistema de proteção internacional dos refugiados foi desenvolvido quase dois anos após a publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, com a criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), que atualmente é o órgão subsidiário permanente da Assembleia Geral das Nações Unidas, sediado em Genebra, na Suíça. O ACNUR foi criado inicialmente para reassentar refugiados europeus que ainda estavam sem lar como consequência da 2ª Guerra Mundial. O ACNUR visa garantir que qualquer pessoa possa exercer o direito de buscar e obter refúgio em outro país ou retornar ao país de origem.

E, por conta disso, no ano de 1951 foi aprovada a Convenção Internacional sobre Refugiados[7]. Para Ramos (2011, p. 25), "a importância desse tratado é imensa: é o primeiro tratado internacional que trata da condição genérica do refugiado, seus direitos e deveres"[8].

O artigo 1º da referida Convenção assim designou o *status* de refugiado:

> Art. 1º - Definição do termo "refugiado"
>
> A. Para os fins da presente Convenção, o termo "refugiado" se aplicará a qualquer pessoa:
>
> 1) Que foi considerada refugiada nos termos dos Ajustes de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, ou das Convenções de 28 de outubro de 1933 e de 10 de fevereiro de 1938 e do Protocolo de 14 de setembro de 1939, ou ainda da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados;

[7] Importante apontar que o sistema de proteção aos refugiados no sistema internacional "[...] também é guiado por pronunciamentos e diretivas não vinculantes ("*soft law*") de organizações regionais e internacionais, incluindo as Conclusões sobre Proteção Internacional do Comitê Executivo do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR)." (PAULA, 2007, p. 52)

[8] Convém ressaltar que as definições de refugiados antes da Convenção da Organização das Nações Unidas de 1951 partiam de soluções *ad hoc* adotadas pela comunidade internacional para dar resposta a crises humanitárias, consequência de eventos históricos que produziram grandes deslocamentos forçados. Para maiores informações ver: CARNEIRO, 2012.

> As decisões de inabilitação tomadas pela Organização Internacional dos Refugiados durante o período do seu mandato, não constituem obstáculo a que a qualidade de refugiados seja reconhecida a pessoas que preencham as condições previstas no parágrafo 2 da presente seção;
>
> 2) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

O item 1 do artigo 1º da Convenção refere-se aqueles que já haviam recebido o status de refugiados antes de sua publicação, mas que gozavam de proteção de outros instrumentos internacionais, à exemplo da proteção conferida pelo Comitê Intergovernamental de Refugiados criado no contexto da Segunda Grande Guerra (CUNHA, 2012).

Já no item 2 vem explicitado que o conceito de refugiado está relacionado com a condição de que o postulante do refúgio demonstre um fundado temor de perseguição no país de sua nacionalidade. Os elementos de perseguição fixados pela Convenção de 1951 são: raça; religião; nacionalidade; grupo social; ou opiniões políticas.

> A expressão "fundado temor de perseguição" é o elemento chave da definição, refletindo o ponto de vista dos autores da declaração em relação aos elementos constitutivos do conceito de refugiado. Com ela, substitui-se o método anterior de definição de refugiado por categorias (i.e., pessoas de uma certa origem não gozando da proteção do seu país) pelo conceito geral de "temor" em razão de um motivo relevante. Por se tratar de conceito subjetivo, a definição contempla um elemento subjetivo que deve ser considerado a partir da pessoa solicitante de refúgio. Assim, a determinação da condição de refugiado fundamentar-se-á, principalmente, não em um julgamento da situação objetiva do país de origem do solicitante, mas na avaliação das declarações por ele prestadas. (ACNUR, 2011 p. 12)

Conforme observa Carneiro (2012), a característica fundamental que diferencia a perspectiva da definição de refugiado dos critérios an-

teriores é que a Convenção individualiza o refugiado, transformando-o em um ser concreto, com uma raça, uma crença, uma nacionalidade, pertencente a um grupo social com determinadas opiniões políticas, que em razão disso se vê perseguido ou teve negada sua proteção em seu estado de origem.

Ademais, a Convenção transforma o temor numa categoria jurídica, uma vez que a perseguição não precisa ser efetiva, mas a ameaça real e o temor já justificam a proteção internacional daquela pessoa (CARNEIRO, 2012).

Outro destaque da Convenção dos Refugiados e que vem estampada no item 2 está diretamente relacionada com a sua limitação temporal, uma condição objetiva que autoriza a postulação ao *status* de refugiado se o fundado temor de perseguição ocorresse antes dos acontecimentos de 1951. De acordo com Ramos (2011, p. 26), isso se deve porque a Convenção "[...] era aplicável aos fluxos de refugiados ocorridos antes de 1951. Além disso, os Estados, querendo, poderiam estabelecer uma "limitação geográfica" e só aceitar aplicar o Estatuto dos Refugiados a acontecimentos ocorridos na Europa".

Em razão da limitação temporal, foi aprovado em 1967 o Protocolo Adicional à Convenção sobre Refugiados e, no âmbito dos sistemas regionais de proteção, foram criadas a Convenção da Unidade Africana em 1969 e a Declaração de Cartagena, da OEA em 1984[9].

De acordo com Ramos (2011, p. 26) a Convenção da Unidade Africana de 1969 foi a primeira a criar uma definição mais ampla de refugiado "[...] que consiste em considerar refugiado aquele que, em virtude de um cenário de graves violações de direitos humanos, foi obrigado a deixar sua residência habitual para buscar refúgio em outro Estado."[10].

[9] Conforme destacam Carneiro e Collar (2012, p. 65 e 66) a Convenção de 1951 "foi elaborada para permitir a acolhida de refugiados de um conflito concluído, ou seja, foi um documento *ex-post-factum*. Desta forma, não abordou os aspectos dos conflitos em andamento em toda sua dimensão. Isto obrigou a elaboração dos conceitos ampliados que surgiram na Convenção da OUA, sobre aspectos específicos de refugiados na África e na Declaração de Cartagena, na América Latina."

[10] Leia na íntegra a definição do termo refugiado de acordo com a Convenção da Unidade Africana sobre Refugiados de 1969: "1 - Para fins da presente Convenção, o termo refugiado aplica-se a qualquer pessoa que,receando com razão, ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontra fora do país da sua nacionalidade e não possa, ou em virtude daquele receio, não queira requerer a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país da sua anterior residência

Seguindo a mesma linha, a Declaração de Cartagena de 1984[11] não só acolheu a ampla definição de refugiado já prevista na Convenção de 1969, como a alargou significativamente, conforme consta no item III da Carta de 1984, passando a considerar também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida**,** segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

Na Declaração de Cartagena foi adotada a terminologia de refugiados, conforme estabelecido na Convenção de 1951, bem como no Protocolo Adicional de 1969, para diferenciar os "refugiados" de outras categorias de migrantes, também atendidas pelo ACNUR[12].

Entre os propósitos da Declaração de Cartagena de 1984 está o compromisso que a ACNUR tem enquanto agência internacional de dar suporte aos países membros para que atendam aos refugiados da melhor maneira possível, resguardando os seus direitos fundamentais em atenção à sua dignidade humana. E não apenas isso, é conferido ao ACNUR prestar assistência e suporte aos países acolhedores de grupos e pessoas refugiadas.

Por certo que já é bastante traumatizante ao indivíduo precisar postular ou estar na condição de refugiado, devendo retirar-se do seu país de origem, de sua nacionalidade, do seu ambiente cultural para refugiar-se, por razão de proteção, em outros países, com outros costumes, outros idiomas. Os percalços culturais por vezes são os grandes vilões para os refugiados e não raras vezes acabam estes sofrendo novas modalidades de violação de direitos humanos, que materializam-se muitas vezes na xeno-

habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude desse receio, não queira lá voltar. 2 - O termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio no utro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade."

11 Adotada pelo "Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários", realizado em Cartagena, Colômbia, entre 19 e 22 de Novembro de 1984.

12 As Populações atendidas pelo Alto Comissariado d*as Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) são:* refugiados; solicitantes de refúgio; deslocados internos; apátridas; e, retornados. Maiores informações sobre as demais categorias pesquisar em: <www.onu.org.br/onu-no-brasil/acnur>.

fobia, no racismo, e em novos processos de discriminação, em suas variadas formas.

Por isso, a Declaração de 1984 tem por objetivo estabelecer regras para evitar situações como as descritas no parágrafo anterior. É de extrema importância, e a Carta ressalta isso, que sejam fortalecidos os programas de proteção e assistência aos refugiados, principalmente no que concerne aos direitos de saúde, educação, trabalho e segurança. Que sejam estabelecidos programas e projetos sociais envolvendo o ACNUR e o país receptor para garantir a autossuficiência dos refugiados. Que cada Estado se comprometa a capacitar seus funcionários para a proteção e assistência aos refugiados em colaboração com o ACNUR e/ou outros organismos internacionais.

E mais, que haja engajamento dos países receptores e do ACNUR para que, havendo possibilidade, a repatriação ocorra de maneira voluntária, sendo manifestada de forma individual e com a fiscalização de uma Comissão Tripartite – composta por membros do Estado de origem, do Estado receptor e do ACNUR.

A Declaração de Cartagena de 1984 se consubstancia num importante instrumento de proteção internacional, no âmbito regional, para os refugiados na América, reiterando o compromisso que os países devem assumir a fim de preservar os direitos humanos dos refugiados, desenvolvendo projetos destinados a sua autossuficiência e integração na sociedade que os acolhem, tomando os devidos cuidados para que os acampamentos e instalações de refugiados, por exemplo, localizem-se fora de zonas fronteiriças.

Ressalta-se que na América Latina, além da Declaração de Cartagena de 1984, existem outros instrumentos jurídicos internacionais de proteção aos refugiados, como a Declaração de San José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas, de 1994 e a Declaração e Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina, de 2004.

Todos estes instrumentos de proteção aos refugiados são complementares as regras editadas na Convenção sobre Refugiados de 1951 de seu Protocolo Adicional de 1967, compondo um emaranhado de regras e diretrizes que devem nortear a política e a proteção internacional aos direitos humanos de refugiados[13].

[13] Para conhecer todos os estágios do refúgio, desde a sua postulação, até, se for o caso, a sua repatriação voluntária ver: PIOVESAN, 2001, p. 43-49.

Uma vez compreendida a categoria "refugiados" e quem poderá pleiteá-la atendendo as suas condições, é imperioso discutir as cláusulas de inclusão, exclusão e cessação, pois delas dependem a proteção ao refugiado vinculado ao país em que postula o refúgio e está diretamente relacionado em equacionar a segurança e as políticas migratórias.

Murillo (2009) explica esta equação em seu texto "Os legítimos interesses de segurança internacional de refugiados" ao analisar que a preocupação atual dos Estados incide na falta de uma sensação de segurança quando se trata de políticas migratórias, problema este acirrado, principalmente após os acontecimentos de 11 de setembro de 2001. Esta sensação de insegurança aliadas ao temor de terrorismo, implicou, no plano internacional, no acirramento de políticas restritivas de proteção aos refugiados, que muitas vezes deixam de ser tratados como vítimas, mas como causas de terrorismo.

Diz o autor, que esta relação "[...] perversa entre refugiados e terroristas passa pelo fato de se desconhecer os critérios para a determinação da condição de refugiado, assim como se ignora que o terrorismo e a violência geram êxodos de refugiados [...]". As preocupações com a segurança dos Estados têm prejudicado em muito a proteção internacional aos refugiados, principalmente em três áreas específicas: 1) acesso ao território[14]; 2) processo para determinar a condição de refugiado; e 3) exercício de direitos e a busca de soluções duradouras (MURILLO, 2009, p. 125).

Por isso muitos países têm dificuldades em aderiras cláusulas de inclusão previstas na Convenção Relativa aos Refugiados de 1951 e nos demais instrumentos regionais de proteção aos refugiados como a Convenção da Unidade Africana de 1969 e a Declaração de Cartagena de 1984, vez que essas últimas alargaram o conceito de refugiados, ampliando assim, as cláusulas de inclusão para que uma pessoa seja reconhecida como refugiado.

Imprimindo um conceito, Aguiar (2001, p. 214) afirma que:

> As cláusulas de inclusão definem os critérios que uma pessoa deve satisfazer para ser considerada como refugiado. Constituem-se como os critérios positivos no reconhecimento da condição de refugiado.

[14] No que diz respeito ao acesso ao território, hoje as pessoas que necessitam de proteção enfrentam a aplicação indiscriminada de maiores controles migratórios, medidas crescentes de interceptação em países de origem, em países de trânsito e em alto mar, assim como suspeitas em função de sua nacionalidade, religião ou país e região de procedência. Essas situações representam limitações adicionais para que um refugiado possa entrar em um território em busca de proteção. (MURILLO, 2009, p. 125)

> Essa condição passa a ser extensiva ao cônjuge, aos ascendentes e descendentes, assim como aos demais membros do grupo familiar que dele, refugiado, dependam economicamente.

Portanto, "as cláusulas de inclusão definem os critérios que uma pessoa deve satisfazer para ser refugiado. Constituem os critérios positivos sobre os quais é declarada a condição de refugiado." E esta condição, como se pôde observar, é extensiva ao grupo familiar.

Da mesma forma, o conceito de "elemento de perseguição" também ganhou um sentido mais amplo do que aquele previsto no artigo 33 da Convenção de 1951. Nos dias atuais, não mais é possível inferir que apenas poderá ser caracterizado como refugiado aquele que sofrer fundado temor de sua vida, liberdade e segurança em razão das cinco categorias tradicionais: 1) raça; 2) religião; 3) nacionalidade; 4) opinião política; e 5) grupo social, e sim, ampliar-se para qualquer situação que se traduza numa violação de direitos humanos, direitos fundamentais, em que não seja possível resguardar à pessoa no seu país de origem, fazendo-a a migrar em busca de proteção.

Por isso, para avaliar se outras ameaças ou ações prejudiciais podem configurar uma perseguição, é necessário analisar as circunstâncias específicas de cada caso, incluindo o elemento subjetivo.

> O caráter subjetivo do temor de perseguição exige uma apreciação das opiniões e sentimentos da pessoa em questão. É também à luz de tais opiniões e sentimentos que quaisquer medidas tomadas ou previstas contra o solicitante devem ser necessariamente consideradas. Devido às variações dos perfis psicológicos dos indivíduos e às circunstâncias de cada caso, as interpretações sobre o conceito de perseguição podem variar. (ACNUR, 2011, p. 14-15)

Desse modo, não é admissível estabelecer uma regra geral quanto aos motivos cumulativos que autorizem o reconhecimento da condição de refugiado, pois disto, dependerá a reunião de todas as circunstâncias envolvidas no caso, inclusive aqueles atinentes ao contexto geográfico, social, histórico, político e etnográfico de cada região (ACNUR, 2011, p. 15).

Já as cláusulas de exclusão, como o próprio termo indica, se definem no oposto às cláusulas de inclusão. Possuem aquelas significado negativo, pois enumeram as circunstâncias em que uma pessoa não é amparada

pela Convenção de 1951 ou qualquer outro instrumento internacional de proteção aos refugiados, a exemplo do migrante por motivos meramente econômicos, que migra para outro país em busca de uma vida melhor, mas que não sofria violação de direitos humanos no seu país de origem.

O Direito Internacional dos Refugiados também trabalha com as cláusulas de cessação que "[...] enunciam as condições sob as quais uma pessoa deixa de ser um refugiado. Essas cláusulas partem do princípio de que a proteção internacional não deve ser mantida quando não é mais necessária ou justificada." (ACNUR, 2011, p. 24). Por isso o ACNUR desenvolve programas e projetos que visam facilitar a repatriação voluntária sempre que possível. Assim, uma vez cessado os motivos que ensejaram o refúgio, bem como, inexistente o elemento de perseguição, o sistema de proteção internacional diligencia o retorno do refugiado ao seu país de origem, com segurança, desde que não seja forçado.

As publicações recentes do ACNUR[15] tem demonstrado que embora a definição de refugiado da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 estabeleça quem não pode beneficiar-se da proteção internacional, seja porque não a necessita ou porque não a merece (cláusulas de exclusão), observa-se que alguns países optam por aplicar de maneira restritiva os critérios de inclusão, não considerando os instrumentos regionais de proteção aos refugiados, que ampliaram as cláusulas de inclusão, consequentemente alargando o conceito de refugiado nos tempos atuais, como as já mencionadas, Convenção da Unidade Africana de 1969 e a Declaração de Cartagena de 1984.

A aplicação restritiva dos critérios de inclusão por muitos países impedem que muitas pessoas que sofrem diuturnamente violações graves de direitos humanos, consigam pleitear ajuda e proteção em outros países. Somado a isso, a crise que se agravou no pós 11 de setembro de 2011 recrudesceu as fronteiras de muitos países, impedindo a migração de pessoas. Em nome de uma "falsa segurança nacional" muitos países negam o refúgio ou devolvem os emigrantes aos seus países de origem compactuando com as possíveis violações de direitos humanos que venham acontecer, por pura omissão.

Neste sentido, destacam Derderian e Schockaert (2009, p. 111-112) que tais leituras restritivas do direito internacional combinadas com o

[15] Publicações do ACNUR disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/publicacoes>.

crescente fluxo migratório, seja de pessoas em busca de refúgio, sejam os deslocados e os migrantes, contribuem para que muitas pessoas permaneçam em Estados de forma ilegal e não regular:

> Os refugiados podem não ter informação, assistência jurídica ou outro tipo de auxílio que os permita ter acesso ao procedimento de pedido de asilo e, portanto, acabam sem o status legal e os direitos decorrentes deste. Na Itália, [Médicos Sem Fronteiras] testemunhou a expulsão de 300 pessoas para a Líbia que não haviam sido informadas e/ou não haviam tido a chance de requerer asilo. [Médicos Sem Fronteiras]presenciou situação similar com zimbabuenses na África do Sul, rohingyas na Tailândia e refugiados subsaarianos no Marrocos. Ao mesmo tempo, *in situ* ou asilo diplomático é frequentemente negado, conforme presenciou [Médicos Sem Fronteiras]no Zimbábue em 2008, quando centenas de pessoas tiveram seu pedido de asilo rejeitado e foram expulsas da embaixada da África do Sul em Harare e entregues às autoridades locais.

Tais situações, como apontadas pelas autoras, consistem em claras violações das obrigações legais internacionais por parte dos países que expulsam pessoas, em busca de refúgio, do seu território, e ainda, consistem numa grave violação ao princípio do *non-refoulement,* que estabelece que qualquer indivíduo não pode ser forçado a sair do território de um país, ainda que tenha nele ingressado ilegalmente, se o mesmo foi em busca de refúgio, fugindo de seu país por graves violações de direitos humanos lá sofridas.

Como se verá no item a seguir, o princípio de *non-refoulement é* o alicerce de proteção aos refugiados e por sua natureza de *jus cogens,* elucida a proibição de devolução do refugiado ao seu país de origem enquanto não cessada a causa que deu origem ao elemento de perseguição.

IV O PRINCÍPIO DO *NON-REFOULEMENT*

Atualmente no cenário internacional tem aumentado o número de pessoas em busca de refúgios e esse aumento considerável têm trazido problemas sérios para os postulantes no âmbito do sistema de proteção internacional dos refugiados. Uma vez que aumentando o fluxo de refugiados, aumentam-se gradativamente as medidas de controles restritivas de países que não desejam este fluxo migratório, o que vêm a prejudicar a proteção aos refugiados. Por isso Paula (2007, p. 51) afirma que "a situa-

ção atual dos refugiados no mundo desafia como nunca as estruturas de governança global" principalmente no que se refere ao princípio *non-refoulement*.

O princípio do *non-refoulement* ou em português princípio da não devolução está previsto no art. 33 da Convenção Relativa ao Estatuto de Refugiados de 1951,se mostra como a pedra angular da proteção internacional dos refugiados e se funda no fato de que um Estado não deve expulsar ou rechaçar, de forma alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios onde sua vida ou sua liberdade estejam em risco ou ameaçadas, ainda que tenha ingressado no território de forma ilegal.

A Declaração de Cartagena de 1984 também reitera a importância e a significação do princípio do*non-refoulement* (incluindo a proibição da rejeição nas fronteiras), como alternativa para proteger o refugiado de decisões do próprio Estado receptor que deseja devolvê-lo à situação que o exponha a risco e/ou a violações de direitos humanos. Reitera a Declaração de Cartagena de 1984 o reconhecimento de que o princípio do *non-refoulementé* detentor de *natureza jus cogens*, cuja força imperativa não permite sua derrogabilidade pela simples vontade das partes, estando portando, acima delas.

Paula (2007, p. 52) afirma que "com a determinação de que o princípio do *non-refoulement* atingiu o valor normativo de *jus cogens*, os Estados estão impedidos, tanto individualmente, como coletivamente, de violarem, em qualquer circunstância, essa norma."A atribuição de natureza *jus cogens* ao princípio da não devolução é uma conquista ímpar na proteção internacional aos refugiados, principalmente com o aumento de políticas e medidas restritivas contra os solicitantes de refúgio, nos últimos quarenta anos, e mais rigidamente após os eventos de 11 de setembro de 2001.

No entanto, como previsto no item 2 do artigo 33 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, o princípio do *non-refoulement* admite exceções se o refugiado, "por motivos sérios seja considerado um perigo para a segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por crime ou delito particularmente grave, constitui ameaça para a comunidade do referido país."

Murillo (2009) adverte que a exceção ao princípio do *non-refoulement* é excepcional e que de forma alguma poderá se transformar numa cláusula adicional de exceção ou de qualquer mecanismo que impeça a proteção ao postulante de refúgio.

A exceção prevista na Convenção Relativa aos Refugiados de 1951, como se viu, não representa o único empecilho à proteção internacional dos refugiados e muito embora, o princípio do *non-refoulement* deva ser atualmente compreendido de forma mais ampla, transcendendo o previsto na Convenção (artigos 1º e 33), e ainda que tenha reconhecida a sua natureza *jus cogens* há uma resistência, como afirma Piovesan (2001, p. 53) que se "[...] ampara no argumento de que a decisão sobre a concessão do asilo situa-se no domínio da discricionaridade estatal, na medida em que cabe ao Estado decidir quem deve ser admitido em seu território e quem pode nele permanecer."

Logo, defende a autora a necessidade de redução no âmbito internacional da discricionaridade do Estado com a finalidade de assegurar a universalidade dos direitos já efetivamente implementados. O que corresponderia "[...] ao direito de solicitar asilo e dele gozar, enunciado na Declaração Universal, há de corresponder o dever do Estado de conceder asilo." E isso, implicaria consequentemente, na consolidação da teoria da responsabilidade jurídica do Estado no que refere à proteção internacional dos direitos humanos, numa visão mais ampla (PIOVESAN, 2001, p. 54).

E no mesmo sentido, segue a proposição de Murillo (2009, p. 130) que defende seja fortalecida a adoção de normas nacionais sobre refugiados e que se estabeleça "[...] mecanismos operativos, justos e eficientes para a determinação da condição de refugiado, os Estados contarão com melhores ferramentas para garantir sua segurança e o pleno respeito de suas obrigações internacionais de proteção de refugiados."

E mais, como o princípio do *non-refoulement* não é de aplicação exclusiva à proteção aos refugiados, mas sim um princípio geral do Direito Internacional dos Direitos Humanos, deve ele se estender também a outros contextos, como nos casos em que a pessoa deslocada não se encaixa na definição de refugiado prevista na Convenção de 1951 (PAULA, 2007)[16].

Isso sugere a não convergência entre o Direito Internacional dos Refugiados com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e sim a sua aproximação, pois "ao conceder asilo a uma pessoa, assegurando-lhes di-

[16] "Dessa forma, as palavras "*em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada*", presentes na definição do *non-refoulement* estabelecida pelo Artigo 33 da Convenção de 1951, são interpretadas a fim de abranger circunstâncias que a pessoa que busca proteção (a) tem um temor fundado de ser perseguida ou (b) corre um perigo real de ser submetida a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes." (PAULA, 2007, p. 54)

reitos básicos, a atuação do Estado está absolutamente afinada com a concepção contemporânea de direitos humanos, no que tange à universalidade e à indivisibilidade desses direitos." (PIOVESAN, 2001, p. 63)[17].

V AS NOVAS CATEGORIAS DE REFUGIADOS E OS DESAFIOS FUTUROS A SUA PROTEÇÃO INTERNACIONAL

Contemporaneamente tem-se percebido um aumento considerável de fluxos migratórios, que os autores denominam de fluxos migratórios mistos, pois se compõem de refugiados, migrantes por razões econômicas e deslocados internos. A massa de pessoas que saem de seu país de origem e migram, para territórios de outros Estados, vão em busca, muitas vezes de proteção e de melhores condições de vida. Este fenômeno tem representado um desafio para a governança global e um desafio para o Direito Internacional Público.

Isso porque, com o aumento dos fluxos migratórios os países têm cada vez mais fechado as suas fronteiras para os migrantes, deslocados e solicitantes de refúgio, principalmente nos últimos anos, sob a alegação de segurança nacional.

Nesse sentido, Murillo (2009, p. 133) afirma que o ACNUR reconhece como legítimas as preocupações dos países com a segurança e com a luta contra o terrorismo, mas reitera a imprescindibilidade nos dias atuais de preservar a integridade do refúgio como instrumento de proteção para o perseguido.

Não devem os Estados impor cláusulas restritivas de inclusão, ou simplesmente aplicar a Convenção de 1951 e seu protocolo de 1967, ignorando os sistemas de proteção regional e toda a construção de instrumentos jurídicos internacionais de proteção aos refugiados já dispostas no âmbito internacional. Por isso o autor insiste pela salvaguarda do asilo "[...] como instrumento de proteção [que] pressupõe uma correta interpretação da definição de refugiado dentro de um procedimento que satisfaça todas as garantias de devido processo e o respeito dos padrões básicos de direitos humanos." (MURILLO, 2009, p. 133).

[17] Universalidade no sentido de que a condição humana é requisito único e mais que suficiente para se reconhecer e exigir o devido respeito à dignidade humana e à titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos, culturais e vice-versa, de modo que, quando um dele é violados os outros também o são (PIOVESAN, 2001).

> Em paralelo a esse esforço, encontra-se a iniciativa que visa a assegurar os direitos dos refugiados após sua acolhida pelos Estados. Isso se faz necessário, pois um refugiado que já tem seu *status* como tal reconhecido deve gozar de direitos mínimos para a sua sobrevivência no país de acolhida.
>
> Trata-se, assim, da própria efetivação dos direitos humanos por parte do Estado de acolhida, uma vez que, ao ser reconhecido, o refugiado passa a ter, pelo menos, o patamar de um estrangeiro, e, assim, faz parte do âmbito de proteção do ordenamento jurídico do Estado. (JUBILUT, 2007)

Contemporaneamente, a Convenção de Genebra de 1951 é desafiada pela emergência de novas categorias de imigrantes que são forçosamente deslocados de seus Estados de origem ou de residência habitual. " [...] A exemplo, mencionem-se os denominados 'refugiados ambientais', 'refugiados da fome', 'refugiados do desenvolvimento', [...]" refugiados homossexuais[18], refugiados econômicos, entre outros (CUNHA, 2012, p. 103).

Com os fluxos migratórios cada vez mais complexos é forçoso problematizar: Seria necessário expandir as categorias de refugiados? Estarão surgindo novas categorias?

Ao abordar os refugiados ambientais como nova categoria em seu texto, Cunha (2012) afirma que a inclusão de novas categorias de refugiados na Convenção de 1951 parece pouco produtiva.

> Em primeiro lugar, porque o contexto internacional atual não parece favorável a modificação no sentido de ampliar os direitos dos refugiados ou reconhecer novas categorias de refugiados. Em período de recessão econômica grave, movimentos migratórios intensos e fechamento de fronteiras, não parece haver conjuntura política favorável à ampliação do direito internacional dos refugiados. (CUNHA, 2012 p. 109)

[18] A homofobia é institucionalizada em muitos países e em 80 países do mundo a homossexualidade é um crime sendo possível ser punida com pena de morte em 6 desses. Há atualmente 19 países que reconhecem oficialmente que a orientação sexual e a identidade de género podem constituir um atributo particular para os pedidos de asilo: África do Sul, Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos da América, Finlândia, Grécia, Irlanda, Itália, Lituânia, Nova Zelândia, Noruega, Países Baixos, Reino Unido e Tailândia. (VIEIRA, 2011) Considerando isso, é possível afirmar que os homossexuais têm um receio fundado de perseguição resultantes da sua condição sexual, cabendo a eles o *status*de refugiados [...] como membros de um determinado grupo social, e, consequentemente, o estatuto de refugiado deve ser concedido (BUDD, 2009, p. 19).

Para a autora (2012, p. 110-111), é preciso insistir na diferença entre refugiados e emigrantes, de forma que "os indivíduos que migram por conta de catástrofes ambientais[19] não se confundem com refugiados. De princípio não se deparam com uma ameaça à sua vida e à liberdade perpetrada pelo próprio Estado." Logo, insiste a autora, que referente aos refugiados é o próprio Estado de origem quem promove a perseguição sobre o indivíduo, ou então, quem se omite diante da perseguição cometida pelo próprio agente estatal.

Ainda em se tratando de novas categorias Jubilut (2007)afirma que o ACNUR tem ampliado seu âmbito de atuação para incluir na modalidade de refúgio outras categorias, como os deslocados internos[20] e os refugiados ambientais e que, seguindo o mesmo entendimento de Cunha (2011) falta a estas duas categorias o elemento de perseguição[21]. Para Jubilut (2007, p. 169),

> A ampliação do mandato do ACNUR para abranger essas pessoas parece ser possível somente de modo pontual e com base no caráter humanitário de seu trabalho, uma vez que elas muitas vezes seguem

[19] De acordo com Cunha (2012, p. 112) não há que se estender aos emigrantes ambientais o *status* de refugiados, porém nada impede que os regimes jurídicos relativos aos refugiados e aos emigrantes por causas ambientais sejam diferenciados, podendo os mesmos contarem com a assistência de agências internacionais como o ACNUR e a OIM (Organização Internacional para Migração). Para a autora "[...] há alternativas viáveis para a proteção dos imigrantes ambientais. O Brasil é um bom exemplo disso, pois que inovou o regime até então existente e concedeu visto de permanência a centenas de cidadãos haitianos que migraram em razão do terremoto ocorrido em 2010, sob o inédito fundamento da assistência humanitária."

[20] São deslocados internos de acordo com Jubilut (2007, p. 164): "São, assim, pessoas que, por forças alheias as suas vontades, tiveram que deixar seus lares, a fim de proteger suas vidas, e que buscam proteção em outra parte do território de seu próprio Estado."

[21] "Os defensores de uma reforma no Estatuto dos Refugiados para abarcar uma proteção ampliada para essa categoria de migrantes chegam a afirmar que o "fundado temor de perseguição" poderia ser o das mudanças climáticas, o que claramente seria problemático pelos seguintes motivos: (i) a dificuldade de se encontrar, com precisão, esse requisito nos casos concretos35, (ii) de se restringir a proteção apenas para os "refugiados do clima" e não para a totalidade dos"refugiados ambientais" e (iii) identificar o nexo de causalidade entre as mudanças climáticas e a migração forçada, ou seja, averiguar quais migrantes efetivamente sofreram os efeitos das mudanças climáticas, isoladamente consideradas, daqueles cuja migração resultou de uma degradação ambiental causada pela presença humana ou de desastres ambientais que possam ser dissociados da interferência humana e das mudanças climáticas – como terremotos e tsunamis, por exemplo." (CLARO, 2011, p. 252)

no interior de seu próprio Estado (assemelhando-se aos deslocados internos) e que, sobretudo, não são vítimas de perseguição.

Cançado Trindade (1993, p. 135) entende que "as pessoas deslocadas em diferentes circunstâncias constituem uma categoria que requer cuidadosa atenção e não raro têm maior necessidade de proteção do que os refugiados que deixaram o país." Por isso seria necessário incluir outras categorias no rol de proteção dos sistemas internacionais de proteção, dando a estas novas categorias, como os refugiados ambientais, por exemplo, tratamento similar aquele dispensado ao refugiado, uma vez que este também apresenta um quadro de vulnerabilidade pessoal.

Assim, algumas considerações são necessárias, dentre elas a ideia de como responsabilizar internacionalmente um Estado que cometa uma violação ao princípio do *non-refoulement*? E, muito embora o reconhecimento da natureza *jus cogens* do *non-refoulement* seja essencial para a proteção aos refugiados, esse princípio não deve ser utilizado apenas como um instrumento para preencher lacunas ou falhas existentes no sistema de proteção dos refugiados.

De fato, ainda há muitos desafios para se adotar uma definição global de refugiado que esteja de acordo com a realidade contemporânea ou para se garantir um direito de refúgio, sendo para isso cogente compreender-se que a visão clássica de convergência entre as três vertentes de proteção aos direitos humanos, conforme estudado, não tem guarida contemporaneamente. O que está em jogo é a proteção ao ser humano, independente de qual sistema seja utilizado para garantir esta proteção.

No que tange a proteção aos refugiados e ao reconhecimento gradativo de novas categorias é imprescindível investimento em políticas públicas por parte dos Estados receptores e das agências internacionais de proteção. Definição de marcos normativos e institucionais para a proteção internacional dos refugiados. Ampla divulgação desse mecanismo de proteção nos Estados. Esclarecimentos acerca das terminologias: refugiados, solicitantes de refúgio, deslocados internos e migrantes. Que haja a promoção de uma cultura de paz e tolerância e, acima de tudo, de respeito a condição de ser humanos.

Talvez uma das propostas seja a renovação urgente do quadro normativo do Direito Internacional dos Refugiados, uma vez que os Estados não assinariam um cheque em branco, e ao mesmo tempo permitir uma

interpretação mais extensiva a categoria dos refugiados, à exemplo dos sistemas regionais de proteção.

É necessário ainda o estabelecimento de medidas conducentes nos países receptores para evitar a participação dos refugiados em atividades que atentem contra o país de origem, respeitando sempre os direitos humanos dos refugiados[22]. E mais, como afirma Jubilut (2007, p. 164), é necessário uma ação conjunta que envolva o ACNUR e a sociedade civil para a implementação dos direitos mínimos dos refugiados em cada país, tendo a sociedade civil papel cada vez mais relevante e abrangente na proteção internacional aos direitos humanos e os direitos dos refugiados.

VI CONCLUSÃO

Obviamente, que este ensaio não teve a pretensão de esgotar e discorrer sobre todos os fundamentos dos direitos humanos dos refugiados, pois não caberiam nestas singelas páginas, considerando o quão complexa se mostra este sistema internacional de proteção. Tanto que o aprofundamento no tema demanda conhecer melhor a operacionalização do sistema protetivo internacional via ACNUR e toda a instrumentalidade que este ramo autônomo do Direito Internacional Público requer[23].

No que tange a proteção à pessoa humana, no âmbito internacional, as três vertentes – Direito Internacional Humanitário, Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Internacional dos Refugiados – encontram barreiras para a garantia de proteção aos Direitos Humanos, barreiras estas não atinentes exclusivamente ao direito, mas fundadas em razões políticas, sociais, sociológicas e principalmente econômicas.

Como observa Cançado Trindade (1997) atualmente não é mais possível compreender que as três vertentes de proteção aos Direitos Humanos

[22] A proteção aos refugiados nos países em que se encontram é um compromisso tanto do ACNUR como do Estado acolhedor, que não deverá medir esforços para zelar pela garantia de direitos fundamentais dos refugiados no seu território. No entanto, é notório, que muitas vezes os refugiados acabam sofrendo novas modalidades de violação aos seus direitos humanos, como a denúncia no Brasil de que os refugiados estariam sofrendo maus-tratos na fábrica da Sadia, não tendo garantias mínimas enquanto trabalhadores, conforme a reportagem veiculada pela BBC - Brasil: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/01/120125_refugiados_maus_tratos_sadia_jf.shtml>.

[23] Maiores informações sobre o funcionamento do ACNUR ver: <http://www.acnur.org/t3/portugues>.

convergem entre si, pelo contrário, há que se ter uma interpretação extensiva e alargada que vise compreender a proteção ao ser humano. No que se refere ao Direito Internacional dos Refugiados e ao Direito Internacional dos Direitos Humanos os princípios e os fundamentos que regem a proteção à dignidade humana são os mesmos, embora existam entre os sistemas, lacunas que inviabilizam a sua aproximação e impedem o exercício de direitos.

Em que pesem tais lacunas, há de se reconhecer que o sistema de proteção internacional dos refugiados, tal qual desenvolvido, notadamente em razão dos seus instrumentos internacionais de proteção, formam um conjunto estruturado de proteção.

Desenvolveram-se novos instrumentos de proteção regional ao lado da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, à vista da urgência em se consolidar novas formas de proteção específicas correspondentes a interesses locais, mas que podem traduzir-se em meios de proteção universal, conforme visto com as cláusulas de inclusão e a ampliação e efetiva aplicação do princípio do *non-refoulement.*

Uma interpretação mais abrangente do princípio do *non-refoulement* revela que nos últimos 50 anos a Assembleia Geral das Nações Unidas estendeu a competência do ACNUR para incluir no seu âmbito de proteção aquelas pessoas que fogem de situações de violência que ameaçam a vida e a liberdade e que, nem sempre, são geradas por perseguição. (PAULA, 2007)

Considerando-se que o princípio do *non-refoulement* adquiriu natureza *jus cogens* serve este, muitas vezes, como a única garantia de proteção para pessoas que, embora não possam retornar ao seu país de origem por motivos como graves violações de direitos humanos, violência generalizada ou risco de tortura, também não se encaixam na definição de refugiado da Convenção de 1951.

Nesse sentido, Piovesan (2001) aponta com acerto que o que se faz necessário é a revisão do conceito de soberania dos Estados, uma vez que a concessão de refúgio, ainda depende de decisões discricionárias por parte dos Estados, discricionaridade que deveria ser reduzida de modo a possibilitar uma responsabilização jurídica dos Estados o que promoveria uma maior eficácia à proteção de Direitos Humanos.

Não ignorando que o Direito Internacional dos Refugiados surgiu, como se viu, no cenário do pós-segunda guerra mundial visando proteger as pessoas perseguidas, naquele momento histórico, conforme previsto na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e de seu Protocolo

Adicional de 1967, percebe-se que a ampliação do *status* de refugiados foi medida que se impôs nos sistemas regionais de proteção, mesmo que por demandas específicas (refugiados na África e na Declaração de Cartagena, na América Latina).

Logo, a Convenção da Unidade Africana de 1969 e a Declaração de Cartagena de 1984 ampliaram as cláusulas de inclusão para os refugiados, de modo a abarcar aqueles que se encontram em situação de grave e generalizada violação de direitos humanos. E isso, permite ao Alto Comissariado das Nações Unidas – ACNUR, lançar melhores estratégias para instrumentalizar a proteção aos refugiados, considerando este amplo sistema de proteção internacional.

O sistema de proteção internacional dos refugiados, tal qual desenvolvido, principalmente em razão dos seus instrumentos internacionais de proteção, se faz necessário. No entanto, é cada vez mais crescente no cenário mundial o fluxo e o deslocamento de pessoas, por diversas razões, tais como, questões econômicas, por violação de direitos humanos, causas ambientais, questões sociais e culturais, entre outras, fatores que demonstram sua insuficiência em proteger eficaz e integralmente os postulantes de refúgio.

A renovação do quadro normativo do Direito Internacional dos Refugiados, bem como uma interpretação mais extensiva da categoria dos refugiados, à exemplo dos sistemas regionais de proteção, bem como ações conjuntas entre ACNUR e a sociedade civil no sentido de se estabelecerem direitos mínimos aos refugiados, não só se mostram medidas indispensáveis para uma efetiva proteção aos Direitos Humanos, mas um esforço a favor do ser humano.

REFERÊNCIAS

ACNUR - Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. *Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado:* de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados. Genebra: ACNUR, 2011.

AGUIAR, Renan. Lei 9.474/97: cláusulas de inclusão e exclusão. *In:* ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coords.). *O direito internacional dos refugiados:* uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANNONI, Danielle. *A responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ANNONI, Danielle. *O direito humano de acesso à justiça no Brasil.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

BUDD, Michael Carl. *Mistakes in Identity:* sexual orientation and credibility in the asylum process. Cairo: American University in Cairo, 2009.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos Humanos e Meio-Ambiente:* paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre; Sergio Antonio Fabris, 1993.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.* 1ed, v. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

CARNEIRO, Wellington Pereira. A Declaração de Cartagena de 1984 e os desafios da proteção internacional dos refugiados, 20 anos depois. *In*: SILVA, César Augusto S. da. (org.) *Direitos Humanos e Refugiados.* Dourados: Ed. UFGD, 2012.

CARNEIRO, Wellington Pereira; COLLAR, Janaina Matheus. Reflexões sobre a questão racial e refugio no sistema brasileiro. *In*: SILVA, César Augusto S. da. (org.) *Direitos Humanos e Refugiados.* Dourados: Ed. UFGD, 2012.

CASELLA, Paulo Borba. Refugiados: conceito e extensão. *In:* ARAÚJO, Nadia; ALMEIDA, Guilherme Assis de. (coord.) *O direito internacional dos refugiados:* uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CLARO, Carolina de Abreu Batista. O aporte jurídico do direito dos refugiados e a proteção internacional dos "refugiados ambientais". *In:* RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.). *60 anos de ACNUR:* perspectivas de futuro. São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011.

CUNHA, Ana Paula. Refugiados ambientais? *In*: *Cadernos de debates refúgios, migrações e cidadania.* v. 7, n. 7. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos, 2012.

DERDERIAN, Katharine and SCHOCKAERT, Liesbeth. Responding to "mixed" migration flows: a humanitarian perspective. *Sur, Revista Internacional Direitos humanos.* [online]. 2009, v. 6, n. 10, p. 116-119.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno:* nascimento e crise do Estado Nacional. Tradução Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho; revisão da tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito Internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro.* São Paulo: Método, 2007.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos:* um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 5 reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LUI, Aline; YAKABI, Talita. O caso dos refugiados haitianos após o terremoto de 2010 e a atuação do Brasil. *In:* ANNONI, Danielle (org.) et al. *Democracia e Direitos Humanos:* anais da Segunda Semana de Direitos Humanos da UFSC. Curitiba: Multideia, 2012.

MURILLO, Juan Carlos. Os legítimos interesses de segurança dos Estados e a proteção internacional de refugiados*. Sur Revista Internacional de Direitos Humanos.* Ano 6. N. 10. Rede Universitária de Direitos Humanos, 2009.

PAULA, Bruna Vieira de. O princípio do non-refoulement, sua natureza jus gogens e a proteção internacional dos refugiados. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 7, p. 51-67, 2007. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28151.pdf>.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* 3. ed. atualizada. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil. *Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ.*, Brasília, a. 8, v. 15, p. 93-110, jan./jun. 2000.

PIOVESAN, Flávia. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. *In:* ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de. (coords.) *O direito internacional dos refugiados:* uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. *EOS. Revista Jurídica da Faculdade de Direito*. v. 2, n. 1, Curitiba: Dom Bosco, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. *In:* RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs.). *60 anos de ACNUR:* perspectivas de futuro. São Paulo: CL-A Cultural, 2011.

VIEIRA, Paulo Jorge. Mobilidades, Migrações e Orientações Sexuais: Percursos em torno das fronteiras reais e imaginárias. *Ex aequo* [online]. 2011, n. 24, p. 45-59.

4

LAS MIGRACIONES INDUCIDAS POR EL CAMBIO CLIMÁTICO. LA SITUACIÓN EN ALASKA, ¿REFUGIADOS AMBIENTALES?

Beatriz I. Felipe Pérez

Licenciada en Ciencias Ambientales por la Universidad de Granada, España. Máster en Derecho Ambiental por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rovira i Virgili, de Tarragona, España. Postgrado en Cooperación Internacional e Investigadora predoctoral en el Centro de Derecho Ambiental de Tarragona, Universidad Rovira i Virgili.
beatrizirene.felipe@urv.cat

Fernanda de Salles Cavedon

Investigadora en el Centro Internacional de Derecho Comparado del Ambiente, de Limoges, Francia.
fernandasallescavedon@hotmail.com

I INTRODUCCIÓN

Durante la década de los '80, de los '90 y también los primeros años del siglo XXI se dieron años inusualmente cálidos[1], las temperaturas subieron más y con mayor rapidez que en ningún otro momento de la historia de la humanidad[2]. En concreto, la temperatura media de la Tierra ha subido ya casi 1ºC desde el comienzo de la era industrial, según el Panel Intergubernamental de Expertos en Cambio Climático (IPCC por sus siglas en inglés) el ritmo al que ha subido la temperatura durante los últimos 50 años ha sido casi el doble que ningún otro período de 50 años en los últimos 500 años[3]. En palabras de John Houghton[4] "los últimos 30 años han sido los más cálidos desde que se tienen registros precisos mediante medidas instrumentales de la temperatura (100 años aproximadamente)"[5]. El calentamiento global de finales del siglo XX y principios del XXI, debido principalmente a causas humanas, es un hecho y se espera que las peores consecuencias comiencen a manifestarse a finales de este siglo XXI[6].

El aumento de la temperatura global, a su vez, provoca otros cambios en el sistema climático como son el aumento del nivel del mar, la alteración de los patrones de precipitación, cambios en la frecuencia de los extremos climáticos, alteraciones en los campos de cultivo, el retroceso de los glaciales y la extinción de especies[7], además, favorece otros procesos de degradación gradual, como la desertificación[8]. Estos impactos tienen una gran variabilidad regional, así, la región Ártica está sufriendo especialmen-

1 ZALASIEWICZ, J., WILLIAMS, M., "A Geological History of Climate Change", en Letcher T., *Climate Change: Observed Impacts on Planet Earth*, 1ª edición, Elsevier, Gran Bretaña, 2009.

2 DESONIE, D., *Climate: Causes and Effects of Climate Change*, 1ª edición, Chelsea House, Estados Unidos, 2008.

3 IPCC,"Cambio climático 2007: Informe de síntesis". Contribución de los Grupos de trabajo I, II y III al Cuarto Informe de evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático [Equipo de redacción principal: Pachauri, R. K. y Reisinger, A. (directores de la publicación)], IPCC, Ginebra, 2007.

4 Líder del cuarto informe del IPCC.

5 HOUGHTON, J., *Global Warming: The Complete Briefing*, 4ª edición, Cambridge University Press, Reino Unido, 2009, p. 2.

6 IPCC,"Cambio climático 2007: Informe de síntesis"…*op. cit.*

7 FLORIDES, G., CHRISTODOULIDES P., "Global warming and carbon dioxide through sciences", en *Environmental International*, 2009, Vol. 35, p. 390 – 401.

8 CASTILLO, J. M., *Migraciones Ambientales, huyendo de la crisis ecológica en el siglo XXI,* 1ª edición, Virus Editorial, España, 2011.

te las alteraciones del clima, esta región está experimentando los mayores y más rápidos cambios debido a su alta vulnerabilidad[9].

Principalmente existen, según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), cuatro hipótesis de movimientos de población relacionados con el cambio climático, estos son los vinculados con desastres meteorológicos (huracanes, inundaciones), desastres de aparición lenta (desertificación, elevación del nivel del mar), aumento del riesgo de desastre y la violencia y agitación social atribuible a factores relacionados con el cambio climático[10]. Estos impactos climáticos, tanto directa como indirectamente, son y serán causantes de migraciones[11], así, desde el ACNUR afirman que se espera que "con el tiempo, el cambio climático provoque mayores y más complejas movilizaciones de población, a lo largo y ancho de las fronteras, con el suficiente potencial como para dejar apátridas a algunas personas"[12].

Vemos que el cambio climático tiene consecuencias negativas en la realización de los Derechos Humanos, algunos de los derechos que pueden relacionarse claramente con los impactos del cambio climático son el derecho a la vida, a una alimentación adecuada, al agua, a la salud, a una vivienda adecuada y a la libre determinación[13].

---

9 RENAUD, P., CARROLL, M., AMBROSE, W., "Efectos del calentamiento global en el bentos ártico y consecuencias en la cadena trófica", en Duarte, C. M. (ed.), *Impactos del calentamiento global sobre los ecosistemas polares*, 1ª edición, Fundación BBVA, España, 2007.

CASTILLO, M., "Cambio climático y derechos humanos: el asunto de los Inuit ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en Giles, R. (ed.), *Cambio Climático, Energía y Derecho Internacional, Perspectivas de Futuro*, 1ª edición, Aranzadi, España, 2012.

10 ACNUR, "Informe anual del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e Informes de la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos", Ginebra, 2009.

11 Se utiliza, a lo largo del artículo, la denominación "migración inducida por el cambio climático" con el fin de emplear los términos más generales y que permitan una visión amplia e integradora de la mayoría de las casuísticas en las cuales los impactos del cambio climático, tanto directa como indirectamente, en un momento puntual o por acumulación, y de forma más o menos forzada, causan movimientos de personas tanto dentro como fuera de las fronteras estatales.

12 ACNUR, *Cambio climático, desastres naturales y desplazamiento humano: la perspectiva del ACNUR,* ACNUR, Ginebra, 2008. p. 2.

13 ACNUR, "Informe anual del alto comisionado de las Naciones Unidas"*… ob. cit.*

Las migraciones inducidas por la degradación ambiental han sido una constante a lo largo de la historia de la humanidad[14], sin embargo, las causas ambientales como "agentes detonadores del movimiento" no comenzaron a ganar reconocimiento hasta los años '70[15]. En 1985, El-Hinnawi, investigador del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) redactó un informe en el que establecía una definición de lo que denominaba "refugiados ambientales"[16]. Por su parte, el profesor Myers en 1995, esperaba olas de lo que él también denominaba "refugiados ambientales". Estimaba que en el año en el que escribió su informe ya habían por lo menos 25 millones de este tipo de refugiados, localizados principalmente en el África Subsahariana, en el Subcontinente Indio, China, México y América Central y predecía que en 2010 habría el doble y en 2025 cerca de 200 millones. En el mismo informe comentaba que se trataban de cifras aproximativas pero conservadoras, que el número de personas desplazadas por la degradación ambiental podría ser mucho mayor[17]. Mientras que las proyecciones en cuanto a las cifras de este tipo de movimientos varían, está ampliamente aceptado el hecho de que los impactos del cambio climático provocarán movimientos de población a gran escala[18].

Pese a tratarse de una situación de tal envergadura, el caso de las personas que han de abandonar sus hogares debido a la degradación ambiental causada por el cambio climático sigue sin ser un tema lo suficientemente estudiado, tanto es así que "no existe hasta le fecha una definición internacionalmente acordada del concepto de 'migración por motivos ambientales'"[19]. El-Hinnawi (1985), Myers (1995) y otras muchas y muchos autores se refieren a los mismos con la denominación "refugiados ambientales", sin embargo, como se analizará en este artículo, no se trata de la denominación más adecuada. Existen un sinnúmero de denominaciones

[14] OIM, *Migration, Environment and Climate Change: Assessing the Evidence*, OIM, Ginebra, 2009.

[15] RADEMACHER-SCHULZ, C., AFIFI, T., WARNER, K., ROSENFELD, T., MILAN, A., ETZOLD, B., SAKDAPOLRAK, P., "Rainfall variability, food security and human mobility. An approach for generating empirical evidence", en *Intersetions,* núm.10, 2012.

[16] EL-HINNAWI, E., *Environmental Refugees*, PNUMA, 1985. p. 4.

[17] MYERS, N., KENT, J., *Environmental Exodus: An Emergent Crisis in the Global Arena,* The Climate Institute, Washington DC, 1995.

[18] FERRIS, E., *A Complex Constellation: Displacement, Climate Change and Arctic Peoples,* Brookings LSE – Projects on Internal Displacement, 2013.

[19] OIM, *Diálogo Internacional sobre la Migración, taller intermedio relativo a Cambio Climático, Degradación Ambiental y Migración*, OIM, Ginebra, 2011. p. 5.

diferentes para estas personas, que, hoy en día, carecen de la protección jurídica necesaria para garantizar sus derechos.

A la luz de los casos de tres comunidades en Alaska (Shishmaref, Newtok y Kivalina), donde, entre otros efectos del cambio climático, el derretimiento del permafrost y el aumento de la erosión de la costa están provocando que familias se vean forzadas a abandonar sus hogares, se discutirá la adecuación de la denominación "refugiados ambientales" o si debería emplearse la de "desplazados ambientales". El análisis de los casos hace evidente la necesidad de contar con un marco de protección efectivo y específico para estas personas, se analizarán algunas de las opciones propuestas hasta el momento.

II ALASKA ANTE EL CAMBIO CLIMÁTICO: IMPACTOS Y REPERCUSIONES PARA LA POBLACIÓN

1 Los impactos del cambio climático en Alaska. Contextualización

Alaska[20] se sitúa en la región ártica y se enfrenta, además de a los impactos del cambio climático, a otras amenazas debidas a las actividades humanas como son la contaminación del aire y del agua, la sobrepesca y la contaminación debida a la extracción de recursos[21].

En cuanto a la población que vive en el Ártico, en el informe del IPCC de 2007, se recoge el hecho de la importancia de la migración hacia esta zona durante el siglo XX y las consecuencias que trajo especialmente importantes para las comunidades indígenas, que ahora representan el 10% del total de

[20] Alaska es el Estado de mayor tamaño de los Estados Unidos, con cerca de 933.42 km^2. Se sitúa en el Ártico y está rodeada por Canadá, el Océano Ártico (los mares de Beaufort y Chukchi), el Mar de Bering y el Océano Pacífico. En 2010 la población de Alaska era de 710.231 personas, dispersa en 358 comunidades. Cerca del 13% son comunidades nativas. A pesar de que casi todos los habitantes viven en ciudades, el resto de la región está ocupada por pequeñas comunidades indígenas, que viven en pequeños asentamientos sin acceso por carretera y sin conexión a la red eléctrica. La Alaska rural es el área más pobre (en extensión) de los Estados Unidos (MARKON, C. J.; TRAINOR, S. F.; CHAPIN, F. S. (eds), *The United States National Climate Assessment, Alaska Technical Regional Report*,U.S. Geological Survey Circular, 2012, núm. 1379. COCHRAN, P.; HUNTINGTON, O.; PUNGOWIYI, C.; TOM, S.; CHAPIN F. S.; HUNTINGTIN, H.; MAYNARD, N.; TRAINOR, S. "Indigenous frameworks for observing and responding to climate change in Alaska", en *Climatic Change*, Vol. 120, núm. 3, 2013, p. 557 – 567).

[21] JOY, S., *Impacts of a warming Artic: Artic Climate Impact Assessment,* Cambridge University Press, 2004.

población[22]. En dicho informe también se relata el que a los residentes indígenas se les ha animado a convertirse en sedentarios y a residir en asentamientos fijos, lo que ha traído, según Ferris (2013), efectos negativos paras las actividades de subsistencia, así como para la salud en las comunidades[23].

Si ya la elevación de la temperatura a escala global es alarmante, se ha de tener en cuenta que en el Ártico las temperaturas han aumentado por encima de la media mundial, entre 3 y 4 ºC en Alaska y el oeste de Canadá en los últimos 50 años[24]. Se espera que continúen incrementándose más rápidamente que la media mundial, muy probablemente el total de hielo marino en esta región ha disminuido entre 1979 y 2012 a un ritmo de entre 3,5 y 4,1% por década[25]. Así, como comenta Renaud (2007), los impactos del cambio climático "se dejarán sentir probablemente en todo el tejido biológico, económico y social del Ártico y del mundo"[26].

Se espera que en esta región aumenten las precipitaciones (como media, ha aumentado cerca del 8% por encima del siglo pasado), que los inviernos sean más cortos y cálidos y que se pierda durante largos periodos de tiempo gran parte de la cubierta de nieve y hielo[27], que, según la "*National Snow and Ice Data Center*", en 2007 y 2012 en esta región llegó a sus mínimos[28].

La pérdida de la cubierta de hielo y nieve trae severas consecuencias tanto para los ecosistemas árticos como para el resto del planeta, como comenta Duarte (2007) "la estabilidad de estos medios y la supervivencia de su megafauna dependen, en gran medida, de la existencia de amplias placas de hielo, las cuales sirven como zonas de cría para organismos clave en el ecosistema […] o como plataforma de caza, descanso y transporte para […] osos, focas, morsas y otros animales, incluido el hombre"[29].

22 IPCC, "Cambio climático 2007: Informe de síntesis"… *op. cit.*

23 FERRIS, E., *A Complex Constellation: Displacement, Climate Change and Arctic… op. cit.*

24 JOY, S., *Impacts of a warming Artic: Artic Climate Impact Assessment… op. cit.*

25 IPCC, *Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Summary for Policymakers*, IPCC, Ginebra, 2013.

26 RENAUD, P., CARROLL, M., AMBROSE, W., "Efectos del calentamiento global en… *op. cit.,* p. 141.

27 JOY, S. *Impacts of a warming Artic: Artic Climate Impact Assessment… op. cit.*

28 NATIONAL Snow and Ice Data Center. Quick Facts on Arctic Sea Ice. Recuperado el 26 de agosto 2013, de <http://nsidc.org/cryosphere/quickfacts/seaice.html>.

29 DUARTE, C. M., "Introducción: calentamiento global y ecosistemas polares", en Duarte, C. M (ed.). *Impactos del calentamiento global sobre los ecosistemas polares*, 1ª edición, Fundación BBVA, España, 2007. p. 16.

Así, algunas de las consecuencias de dicho deshielo son[30]:

- Disminución del albedo[31]. La pérdida de cubierta de nieve y hielo revela suelos oscuros, incrementándose la absorción de radiación solar y, por lo tanto, el calentamiento del planeta.
- El derretimiento del hielo glacial y la escorrentía de los ríos añadirá más agua dulce a los océanos, contribuyendo a la elevación del nivel del mar y, posiblemente, ralentizando la corriente oceánica que trae calor desde los trópicos hasta los polos, afectando a la climatología regional. Es probable que, por ejemplo, el Glaciar "*Grand Union"* (oeste de Alaska) haya desaparecido por completo en el año 2035 si continúa retrocediendo a la velocidad actual.
- Implicaciones para la biodiversidad de todo el mundo, especialmente para las especies migratorias, algunas de las cuales dependen para criar y alimentarse de los suelos en el Ártico. Muchas de las especies cambiarán su rango de distribución. Se espera que los bosques se sitúen más al norte, llegando a las zonas anteriormente dominadas por la tundra, y en más altas elevaciones. Además, la reducción de la capa de hielo marino afectará a especies dependientes de mismo como los osos polares, las focas y algunas aves marinas, llevando a algunas especies a la extinción.

Otra de las consecuencias del derretimiento de las capas de hielo y nieve, con fuertes implicaciones para las poblaciones que viven en las costas de Alaska, es la erosión de las mismas, que se ha duplicado en los últi-

[30] JOY, S., *Impacts of a warming Artic: Artic Climate Impact Assessment… op. cit.* HINZMAN, L.; BETTEZ, N.; BOLTOM, W.; CHAPIN, F.; DYUGEROV, M.; FASTIE, C.; GRIFFITH, B.; HOLLISTER, R.; HOPE, A.; HUNTINGTON, H.; JENSEN, A.; JIAN, G.; JORGENSON, T.; KANE, D.; KLEIN, D.; KOFINAS, G.; LYNCH, A.; LLOYD, A.; MCGUIRE, A.; NELSON, F.; OECHEL, W.; OSTERKAMP, T.; RACINE, C.; ROMANOVSKY, V.; STONE, R.; STOW, D.; STURM, M.; TWEEDIE, C.; VOURLITIS, G.; WALKER, M.; WALKER, D.; WEBBER, P.; WELKER, J.; WINKER, K.; YOSHIKAWA, K., "Evidence and Implications of Recent Climate Change in Northern Alaska and other Arctic Regions", en*Climatic Change,* 2005, núm. 72, p. 251-298. WASSMANN, P., "Implicaciones del cambio climático en los procesos y ecosistemas pelágicos del Ártico", en Duarte, C. M. (ed.) *Impactos del calentamiento global sobre los ecosistemas polares,* 1ª edición, Fundación BBVA, España, 2007.

[31] El albedo es el porcentaje de radiación que una superficie refleja del total de la radiación que inicialmente le llega, representa, por lo tanto, la reflectividad de la superficie. Cuando la energía solar llega a una superficie cubierta con nieve, cerca del 95% de la luz solar se refleja (AHRENS, C. D., *Meteorology Today: An Introduction to Weather, Climate, and the Environment,* 9ª edición, Brooks/Cole, Estados Unidos, 2009, p. 46).

mos 50 años[32]. Cuando el hielo, que actúa como barrera natural de protección ante las tormentas que se originan en el mar de Bering y de Chukchi[33], se derrite, las olas golpean la costa directamente, generando una severa y rápida erosión[34], que se ve favorecida por el derretimiento del permafrost[35] cuyas temperaturas han aumentado en los últimos cincuenta años[36], dándose el mayor aumento en los últimos 20[37]. La erosión es la causa principal de desplazamientos en los pueblos nativos de Alaska[38] ya que, entre otros motivos, afecta infraestructuras básicas, como son los hogares, carreteras, tuberías, aeropuertos y similares.

Los pueblos costeros del mar de Chukchi, como Shishmaref o Kivalina, estaban históricamente protegidos del embate de las tormentas de finales del otoño gracias al hielo marino cercano a la costa y en alta mar. Sin embargo, en la última década, estos pueblos han sido objeto del embate

32 HINZMAN, L.; BETTEZ, N.; BOLTOM, W.; CHAPIN, F.; DYUGEROV,... *op. cit.* JONES, B. M., ARP, C. D., JORGENSON, M. T.; HINKEL, K. M.; SCHMUTZ, J.; FLINT, P., "Increase In The Rate And Uniformity Of Coastline Erosion In Arctic Alaska", en *Geophysical Research Letters,* 2009, Vol. 36, núm. 3.

33 LYNCH, A.; BRUNNER, R., "Context and climate change: an integrated assessment for Barrow, Alaska", en *Climatic Change*, 2007, núm. 82, p. 93-111. KARL, T.; MELILLO, J.; PETERSON, T., (eds) *Global Climate Change Impacts in the United States,* Cambridge University Press, 2009. BRONEN, R., "Climate-Induced Displacement of Alaska Native Communities". Brookings LSE – Projects on Internal Displacement, 2013.

34 FERRIS, E. *A Complex Constellation: Displacement, Climate Change... op. cit.*

35 El permafrost (aquel suelo con temperaturas por debajo de los 0ºC por lo menos durante dos años consecutivos, está formado por el lecho de roca, sedimentos, suelo, material orgánico y hielo) es de gran importancia para los ecosistemas del Ártico, además de sostener físicamente los ecosistemas, controla la temperatura y la humedad del suelo, regula la hidrología subsuperficial, las zonas de las raíces y la microtopografía, además, juega un papel importante a la hora de sostener las infraestructuras (MARKON, C. J.; TRAINOR, S. F.; CHAPIN, F. S. (eds), *The United States National Climate Assessment, Alaska Technical Regional Report,* U.S. Geological Survey, Circular nº 1379, 2012).

36 Según un estudio de los años'70, las temperaturas del permafrost del norte de Alaska ya se habían incrementado entre 2 y 4 ºC en los últimos 50 – 100 años (LACHENBRUCH, A.; MARSHAL, B., "Heat Flow in the Arctic", en *Arctic*, 1969, núm. 22, p. 300-311).

37 LETTENMAIER, D.; MAJOR, D.; POFF, L., RUNNING, S., "Water Resources", en P. Backlund, Janetos, P.; Schimel, A.; Hatfield, D.; Boote, J.; Fay, K.; Hahn, P.; Izaurralde, L.; Kimball, B.; Mader, T., (eds.), *The Effects of Climate Change on Agriculture, Land Resources, Water Resources and Biodiversity in the United States*, *Synthesis and Assessment Product 4.3,* U.S. Department of Agriculture, Washington, D. C., 2008.

38 BRONEN, R., *Climate-Induced Displacement of Alaska Native Communities*... *op. cit*., p. 5.

pleno de estas olas de tormenta y de inundaciones debido a la disminución de la cubierta de hielo a finales de otoño[39].

Otro de los impactos del cambio climático con fuertes repercusiones para la región del Ártico es la acidificación de los océanos[40], que, así como el aumento de la temperatura en la región, está afectando en mayor medida al ártico que al resto del planeta[41] debido a su pH relativamente bajo, a la baja temperatura de las aguas polares comparada con otras aguas y a su baja capacidad buffer resultado del derretimiento del hielo del mar[42]. Según Fabry *et al* (2009), ya se han detectado cambios químicos en el agua del mar en las altas latitudes y se espera que sigan intensificándose en las próximas décadas[43].

Además, se ha demostrado un incremento en la frecuencia de las tormentas en el Ártico desde 1997, así como cambios en el origen y el recorrido de las mismas. Entre 1997 y 2004 doce tormentas causaron grandes daños a lo largo de la costa ártica[44].

Como vemos, estos impactos también traen consecuencias para las personas que viven en el Ártico, que han de adaptarse a las nuevas condiciones. Según Hinzman *et al* (2005), los humanos en esta región se ven afectados por el clima de diversas maneras, por ejemplo, las estrategias y utensilios para cazar, pescar, transportarse y construir están diseñados para unas condiciones particulares de temperatura y humedad y seguramente no serán tan funcionales ante un clima cambiante[45].

[39] MARKON, C. J., TRAINOR, S. F., CHAPIN, F. S. (eds.), *The United States… op. cit*.

[40] Desde comienzos de la Revolución Industrial, el pH medio de la superficie de las aguas oceánicas ha disminuido de 0,1 unidades a unas 8,2-8,1, lo que implica un incremento de 20% en acidez y cuyas consecuencias son importantes para los organismos *marinos y los que dependen de los mismos* (MARKON, C. J., TRAINOR, S. F., CHAPIN, F. S.(eds.), *The United States… op. cit.*).

[41] VAN TUYN, P. "America's Arctic: climate change impacts on indigenous peoples and subsistence", en Abate, R., Kronk, E. A., *Climate Change and Indigenous Peoples*, 1ª ed., Edward Elgar Publishing, Reino Unido, 2013.

[42] MARKON, C. J.; TRAINOR, S. F.; CHAPIN, F. S. (eds.), *The United States National Climate… op. cit.*

[43] FABRY, V.; MCCLINTOCK, J.; MATHIS, J.; GREBMEIER, J., "Ocean acidification at High Latitudes: The Bellwether", en *Oceanography*, 2009, Vol. 22, núm. 4, p. 161-171.

[44] JOY, S., *Impacts of a warming Artic: Artic Climate Impact Assessment… op. cit.*

[45] HINZMAN, L.; BETTEZ, N.; BOLTOM, W.; CHAPIN, F.; DYUGEROV, M.,… *op. cit.*

2 Reasentamiento de las comunidades más vulnerables

Como se comentaba en el apartado anterior, los impactos del cambio climático tienen consecuencias para las poblaciones de Alaska. Desde el ACNUR comentan que "los efectos relacionados con el cambio climático ya han dado lugar a la reubicación de comunidades inuit en las regiones polares y han afectado a sus medios de vida tradicionales"[46].

Las comunidades nativas están experimentando los efectos acumulativos del cambio climático y, en ciertas circunstancias, se ven forzadas a la reubicación de la comunidad, total o parcialmente[47]. Las comunidades ancestros de las actuales migraban a lo largo de la costa y hacia el interior, en busca de caza y pesca y huían de las condiciones climáticas excesivamente adversas de ciertos momentos del año[48]. Sin embargo, algo que caracteriza y que tienen en común estas poblaciones actualmente es el hecho de, en el pasado, haber sido comunidades nómadas y de, debido a las políticas estatales, haber pasado en las últimas décadas a sedentarias[49]. En el informe

[46] ACNUR, "Informe anual del alto comisionado de las Naciones Unidas para*…" op. cit*. p. 19.

[47] GAO, "Alaska native Villages, limited progress has been made on relocating villages threatened by flooding and erosion". Report to Congressional Requesters, 2009. SAKAKIBARA, C., "Our home is drowning: Iñupiat storytelling and climate change in Point Hope, Alaska", en *Geographical Review*, 2008, Vol. 98, núm. 4, p. 456-475.

[48] MOVE, "Moving and Inupiaq Village: negotiating relocation and Socio-environmental Changes in Kivalina, Arctic Alaska", Moved by the State, 2010. MARINO, E., "The long history of environmental migration: Assessing vulnerability construction and obstacles to successful relocation in Shishmaref, Alaska", en *Global Environmental Change*, 2012, núm. 22, p. 374-381. BRONEN, R., *Climate-Induced Displacement of Alaska… op. cit*.

[49] En el estudio de LYNCH y BRUNNER (2007), en el que analizan el caso concreto de la ciudad de Barrow, hacen patente la idea de que el desarrollo y la sedentarización de las comunidades pueden ser negativos. Comentan como, a partir de los años '70, las poblaciones que antes estaban dispersas y se organizaban en pequeños asentamientos comenzaron a asentarse en Barrow de manera acelerada debido a la atracción de la reciente producción de petróleo, que atrajo migrantes del resto del país. Se construyeron infraestructuras para el transporte de las aguas residuales, para hacer llegar la electricidad, etc. Sin embargo, tras analizar la vulnerabilidad de la población y comparar el antes y el después de este desarrollo, esta ciudad es ahora más vulnerable que antes. Según los autores, ahora son más vulnerables a fenómenos específicos como son la erosión de la costa y las inundaciones (LYNCH, A.; BRUNNER, R., *"Context and climate change: an integrated… op. cit*.). Además, no solo es el caso de los pueblos de Alaska, ya que el Gobierno Canadiense, por ejemplo, aplicó semejantes medidas a partir de los años '50 cuyas consecuencias fueron que "en apenas dos generaciones, una población indígena que hasta entonces había sido autosuficiente en un clima extremo se convirtió en una minoría pequeña

del IPCC de 2007 hacen referencia a este hecho, apesar de que lo habitantes del Ártico demuestran una gran resistencia y capacidad de adaptación, algunas de las respuestas tradicionales a los cambios ambientales han sido comprometidas debido a los cambios socio-políticos recientes, como las políticas de sedentarización, o las tendencias culturales de las nuevas generaciones, que conllevan las pérdida de los conocimientos de adaptación tradicionales[50].

Según un informe de la "*U.S. Government Accountabilty Office*" (GAO), en 2003 más de 200 comunidades nativas de Alaska se estaban viendo afectadas, de una forma u otra, por las inundaciones y la erosión y, en al menos 31 de ellas, la situación era preocupante y requería actuaciones inminentes, en 12 de las mismas la reubicación era necesaria, en parte o totalmente[51]. De estas, la comunidad de Newtok era la que mayores progresos había realizado en 2009 y se indicaba que en Kivalina y Shishmaref, junto con Shaktoolik y Koyukuk, también era urgente comenzar con las actuaciones necesarias[52].

Pese a que en las tres comunidades el proceso ha sido más o menos similar: identificación de un nuevo lugar donde reubicarse, aprobación de los residentes en cuanto a la nueva ubicación y documentación que confirme la necesidad de la reubicación y la idoneidad del nuevo emplazamiento, solo Newtok ha comenzado el proceso de traslado[53]. Esto se debe a que la reubicación es complicada, tanto a la hora de tomar decisiones (¿se ha de reubicar a la comunidad entera? ¿cuál es la mejor localización para mudarse? ¿cómo ha de llevarse a cabo?) como a la hora de la financiación**.** Se estima que el coste de reubicar las tres comunidades aquí mencionadas ronda los 500 millones de dólares[54]. Además, un reto a la hora de desarrollar nuevas infraestructuras y comunidades es cómo diseñar estructuras adecua-

y empobrecida, carente de recursos y habilidades para integrarse en un sistema económico desconocido para ellos" (SOLÀ, O., *Desplazados medioambientales. Una nueva realidad,* 1ª edición, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2012, p. 61).

50 IPCC,"Cambio climático 2007: Informe de síntesis…"*op. cit.*

51 GAO,"Alaska native Villages, limited…" *op. cit.*

52 *Ibid.*

53 BRONEN, R.; CHAPIN, S., "Adaptive governance and institutional strategies for climate-induced community relocations in Alaska", *PNAS*, 2013, Vol. 110, núm. 23, p. 9320-9325.

54 MARINO, E., 'The long history of environmental migration: Assessing vulnerability*… op. cit.*

das para un ambiente que cambia tan rápidamente. Son necesarias nuevas directrices para desarrollar infraestructuras resilientes, sostenibles y que se pueden abordar económicamente que satisfagan las necesidades de las comunidades ahora y en el futuro[55].

2.1 Shishmaref

Shishmaref es un pequeño pueblo Iñupiat con cerca de 600 personas situado en una "isla barrera" en el Mar de Bering, en la isla que lleva por nombre Sarichef[56]. En Shishmaref, las tormentas, cada vez mayores, producen grandes olas que están erosionando las playas y ayudan al derretimiento del permafrost, haciendo que aumente el deshielo. De media, la isla está perdiendo entre 1,5 y 3 metros de costa cada año, con algunos episodios en los que se han dado pérdidas de más de 30 m[57]. Los ya comentados efectos combinados de la reducción del hielo marino[58], el descongelamiento del permafrost y las tormentas marinas, han dado lugar a significativas pérdidas de infraestructuras en la comunidad y esto ha conllevado la recolocación o el abandono de hogares y otras infraestructuras[59]. En esta comunidad la migración es algo inevitable[60].

En 1997, debido a la fuerte erosión de la costa, 14 hogares tuvieron que ser reubicados[61]. Pese a que se ha considerado que los habitantes de esta comunidad sean reubicados en un ambiente más urbano, la reconstrucción completa de las infraestructuras y la reubicación del pueblo en un área deshabitada es la opción preferida por los habitantes de Shishmaref[62].

---

55 MARKON, C. J.; TRAINOR, S. F.; CHAPIN, F. S. (eds), *The United States… op. cit.*

56 HUFFORD, G.; PARTAIN, J. L., "Climate Change and Short-term Forecasting for Alaska Northern Coasts", Comunicación para la AMS Forum: *Living in the Coastal Zone. Session 2, Undestanding and Communicating Change,* Estados Unidos, 11 de enero de 2005. MARINO, E., 'The long history of environmental migration: Assessing *… op. cit.*

57 HUFFORD, G.; PARTAIN, J. L., *Climate Change and Short-term Forecasting… op. cit.*

58 En condiciones normales, la congelación del hielo marino en Shishmaref ocurre durante la tercera semana de octubre, en 2002 no ocurrió hasta Navidad (*Ibid*.).

59 IPCC,"Cambio climático 2007: Informe de síntesis…" *op. cit.*

60 MARINO, E., 'The long history of environmental migration: Assessing vulnerability*… op. cit.*

61 GREGG, R. M. (a), "Relocating the Village of Kivalina, Alaska Due to Coastal Erosion". Case study on a project of the Kivalina Relocation Planning Committee, 2010.

62 MARINO, E., "Imminent Threats, Impossible Moves, and Unlikely Prestige: Under-

Así, en 2001 se creó la "*Shishmaref Erosion and Relocation Coalition*" para representar a la comunidad en las actividades de reubicación y tras varios años de debate, seleccionaron la comunidad de "*Tin Creek"* como su lugar preferido para vivir[63]. Desde 2001 han comenzado a centrarse en la reubicación de la comunidad pero la falta de financiación ha ralentizado el proceso[64]. En 2010 se hizo otro análisis de lugar al que podrían trasladarse, a unos 17 km de la localización actual y que era adecuado tanto para satisfacer las necesidades de la comunidad en cuanto a sus actividades de subsistencia como en los futuros impactos del cambio climático[65].

Se estima que el coste de la reubicación de la comunidad ronda entre los 100 y los 200 millones de dólares[66]. Mientras tanto, se están construyendo infraestructuras que protejan a la población, como, por ejemplo, diques que la salvaguarden de las tormentas marinas y del efecto de las olas, pero se trata de proyectos que requieren una gran inversión[67]. Entre 1973 y 2009, los gobiernos estatales, federales y de las comunidades habían invertido unos 16 millones de dólares en la protección de la línea de costa para disminuir la erosión de la misma[68].

2.2 Newtok

Newtok se sitúa cerca del Río Ninglick, en la región del Delta Yukon--Kuskokwim. Se trata de una comunidad nativa de Alaska, conocidos como Qaluyaarmiut[69]. Las mareas de tempestad en áreas costeras, exacerbadas

standing the Struggle for Local Control as a Means Towards Sustainability", en Oliver-smith, A.; Shen, X. (eds), *Linking Environmental Change, Migration and Social Vulnerability,* Studies of the University: research, counsel, education, Publication Series of UNU-EHS, núm. 12/2009.

63 GAO (United States Government Accountability Office)."Alaska native Villages, limited…*", op. cit.*

64 GREGG, R. M. (b), "Relocating the Native Village of Shishmaref, Alaska Due to Coastal Erosion". Case study on a project of the Shishmaref Erosion and Relocation Coalition, 2010.

65 BRONEN, R.; CHAPIN, S., "Adaptive governance and institutional strategies for…, *op. cit.*

66 GAO (United States Government Accountability Office*)."*Alaska native Villages, limited…*" op. cit.*

67 GREGG, R. M. (b), *Relocating the Native Village of Shishmaref… op. cit.*

68 BRONEN, R.; CHAPIN, S., "Adaptive governance and institutional strategies for … *op. cit.*

69 FEIFEL, K.; GREGG, R. M., "Relocating the Village of Newtok, Alaska due to Coastal Erosion". Case study on a project of the Newtok Planning Group, 2010.

por retrasos en el desarrollo de hielo marino, han afectado severamente las instalaciones en Newtok, haciendo que hubiera de reubicarse a la comunidad entera[70].

Este pueblo, con cerca de 350 habitantes, fue declarado como zona de desastre debido a inundaciones en 2004, sufriendo más en 2005[71]. Durante los episodios de inundaciones de 2005 las aguas rodearon totalmente el pueblo, convirtiéndolo en una isla durante varios días[72].

Newtok fue una de las primeras comunidades en considerar su reubicación[73]. Los habitantes de Newtok votaron tres veces los temas de reubicación, la última tuvo lugar en 2003 y decidieron mudarse a un lugar en la Isla Nelson, donde no existe ningún tipo de infraestructura previa[74]. Así, en 2003 la comunidad negoció un acuerdo para el intercambio de tierra con el "*US Fish and Wildlife Service"*, y, en 2010, ya estaban bastante avanzados en cuanto a la reubicación de la comunidad[75]. En 2006 construyeron tres casas en la nueva zona, y, en 2009 continuaron con la construcción de infraestructuras pioneras[76].

2.3 Kivalina

Kivalina se sitúa en otra isla del Mar de Chukchi y, desde 1905 se estableció como un asentamiento sedentario, fue en este año cuando se construyó la primera escuela[77]. En esta población, de cerca de 400 habitantes (en 70 hogares), en octubre de 2006 la mayoría de sus habitantes tuvieron que ser evacuados por culpa de una tormenta marina[78].

Ya en 1953 se hizo una votación pública para decidir si se procedía a la reubicación de la comunidad o no, los resultados fueron 50/50, lo mismo ocurrió en 1963. No fue hasta 1992 que los residentes decidieron

70 MARKON, C. J.; TRAINOR, S. F.; CHAPIN, F. S. (eds.), "*The United States…, op. cit.*

71 GAO, "Alaska native Villages, limited…*", op. cit.*

72 *Ibid.*

73 FEIFEL, K.; GREGG, R. M., *Relocating the Village of Newtok,…, op. cit.*

74 BRONEN, R.; CHAPIN, S., "Adaptive governance and institutional strategies for…, *op. cit.*

75 FEIFEL, K.; GREGG, R. M., "*Relocating the Village of Newtok,…, op. cit.*

76 BRONEN, R.; CHAPIN, S., "Adaptive governance and institutional strategies for… *op. cit.*

77 MOVE, "Moving and Inupiaq Village: negotiating relocation…*", op. cit.*

78 GAO, "Alaska native Villages, limited…*", op. cit.*

finalmente comenzar con el proceso de reubicación[79]. En 2009 todavía no habían tomado una decisión firme debido a las diferentes opiniones de los grupos de población implicados en el problema[80].

La "*US Army Corps of Engineers*", en 2006, publicó el Plan de Reubicación de Kivalina. En este informe se analizaban y comparaban varias alternativas (no actuar, mejorar el pueblo y reubicar la comunidad), la tercera opción fue la preferida y más favorable debido a las comentadas razones ambientales y a los aspectos socioeconómicos[81]. En la actualidad tienen problemas en cuanto a donde reubicar a la comunidad, la opción en primer momento más adecuada resultó no serlo cuando se estudió con detenimiento, mientras que la segunda opción no es aceptada por la comunidad al no permitirles continuar con sus actividades de subsistencia y estilo de vida tradicional[82]. Además de los problemas en cuanto a la nueva localización, los habitantes de Kivalina[83] se enfrentan a la falta de la financiación suficiente, a la superpoblación y a la pobreza[84].

Según Bronen Y Chapin (2013), las agencias gubernamentales gastaron 15,5 millones de dólares en proyectos de control de la erosión para intentar proteger Kivalina[85]. En enero de 2012, los residentes de Kivalina votaron para construir una nueva escuela 11,7 km. alejada de su localización actual[86]. En agosto de ese mismo año se declaró estado de emergencia en la comunidad debido a las precipitaciones inusualmente fuertes, que hicieron que se elevara el nivel de las aguas de los ríos más cercanos al pueblo e inundaron el vertedero del pueblo, extendiendo los residuos contaminados e infectando el suministro de agua de la comunidad[87].

---

79 GREGG, R. M. (a), "Relocating the Village of Kivalina, Alaska Due to…", *op. cit.*

80 MOVE, "Moving and Inupiaq Village: negotiating relocation…", *op. cit.*

81 GREGG, R. M. (a), "Relocating the Village of Kivalina, Alaska Due to…", *op. cit*

82 *Ibid.*

83 Kivalina, en febrero de 2008, presentó una demanda frente a nueve compañías de petróleo, 14 empresas eléctricas y a una de carbón en búsqueda de la compensación económica que permitiera reubicar a la comunidad (NARF. Eroding Alaska Town sues 24 oil and energy companies for destruction caused by global warming. *Justice*, NARF newsletter, 2008); estos esfuerzos fueron en vano (BRONEN, R.; CHAPIN, S., "Adaptive governance and institutional strategies for…, *op. cit.*).

84 GREGG, R. M. (a), "Relocating the Village of Kivalina, Alaska Due to…", *op. cit*

85 BRONEN, R.; CHAPIN, S., "Adaptive governance and institutional strategies for…, *op. cit.*

86 *Ibid.*

87 BRONEN, R., *Climate-Induced Displacement of Alaska Native Communities*…, *op. cit*.

III ¿SON LOS HABITANTES DE ESTAS COMUNIDADES DE ALASKA REFUGIADOS O DESPLAZADOS AMBIENTALES?

Como se comentó anteriormente en este artículo, EL-Hinnawi (1985) fue uno de los pioneros en tratar el tema de los movimientos de población debidos a la degradación ambiental, él los denominó "refugiados ambientales"[88]. Tras él, otras muchos autoras y autores[89] han utilizado la expresión "refugiado" para denominar estas personas, es el caso, por ejemplo, de Sakakibara (2008), que se refiere a las personas que se deben desplazar debido a los impactos del cambio climático en el Ártico como "refugiados climáticos", y hace referencia a que la mayoría de los mismos son poblaciones indígenas y a que su reubicación será probablemente inevitable[90].

En el año 2006, el gobierno de las islas Maldivas propuso[91] enmendar la Convención de Ginebra sobre la Protección de los Refugiados[92] 1951)

88 Los definió como "aquellas personas que se han visto obligadas a abandonar su hábitat tradicional, de manera temporal o permanente, debido a un desequilibrio ambiental (natural y/o provocado por las personas) que ha puesto en peligro su existencia y/o gravemente afectado su calidad de vida" EL-HINNAWI, E., *Environmental Refugees… op. cit.* p. 4.

89 *Ibid*. JACOBSON, J., *Environmental Refugees: a Yardstick of Habitability*, World Watch Paper, núm. 86, Washington, DC, World Watch Institute, 1988. NNUU, "Programa 21 de las Naciones Unidas", Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las NNUU, División de Desarrollo Sostenible, 1992. MYERS, N.; KENT, J., *Environmental Exodus: An Emergent Crisis in the Global Arena,* The Climate Institute, Washington DC, 1995. BLACK, R., "Environmental Refugees, myth or reality*?", en New Issues in Refugee Research*, Working Paper núm. 34, University of Sussex, Brighton, 2001. BORRÀS, S., "Refugiados Ambientales: el nuevo desafío del derecho internacional del medio ambiente", en *Revista de Derecho*, Vol. 19, núm. 2, 2006, p. 81-108. BENISTON, M., "El cambio climático y sus repercusiones: crecientes factores de estrés para las sociedades humanas", en *International Review of the Red Cross*, 2010, núm. 879, p. 329-341. BIERMANN, F.; BOAS, I., "The case of protecting climate refugees", en Biermann, F.; Patteberg P.; Zelli, F., *Global Climate Governance Beyond 2012: Architecture, Agency and Adaptation,* 1ª edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2010. SARSHAR, M., *Environmental refugees*, National Law University, Delhi, 2011. WELZER, H., *Guerras climáticas: Por qué mataremos (y nos matarán) en el siglo XXI,* 1ª edición, Katz Editores, Argentina, 2010.

90 SAKAKIBARA, C., "Our home is drowning: Iñupiat storytelling... *op. cit*. p. 457.

91 BIERMANN, F.; BOAS, I., 'The case of protecting climate... *op. cit.*

92 La Convención de Ginebra de 1951 fue el primer tratado internacional cuya finalidad consistía en otorgar protección legal y asistencia a los refugiados. Esta Convención fue enmendada en 1967, modificando las limitaciones en cuanto a quién podía solicitar el estatus de refugiado (SARSHAR, M., *Environmental refugees… op. cit.).*"Convención sobre el Estatuto de los Refugiados", adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951. Serie tratados de Naciones Unidas, núm. 2.545, Vol. 189, p. 137.

para ampliar la definición legal de refugiado, con el fin de incluir la figura de los refugiados ambientales[93]. Además, en la Quinceava sesión de la Conferencia de las Partes (COP 15) de la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático[94] (CMNUCC), conocida como Conferencia de Copenhague, el Ministro de Finanzas de Bangladesh[95] propuso la misma idea comentando que si la Convención de Ginebra había sido revisada por otros motivos, esta vez podía modificarse para incluir a los refugiados ambientales[96]. Por otra parte, asociaciones ecologistas, como *Ecologistas en Acción* demandan revisar urgentemente el concepto jurídico de refugiado para poder ampliarlo a nuevas realidades sociales, como son las que resultan del deterioro del medio ambiente[97].

Sin embargo, a pesar de ser la denominación más comúnmente utilizada[98], no es la más adecuada, como comentan desde el ACNUR "el uso de esta terminología podría socavar el régimen jurídico internacional para la protección del refugiado y crear confusión respecto a la relación entre cambio climático, degradación ambiental y migración" (ACNUR, 2008, p. 8). En la misma línea, según Jane Mcadam (2010), "mientras que el tér-

93 BIERMANN, BOAS, 2010, citando a: "Republic of the Maldives, Ministry of Environment, Energy and Water, 2006. Report on the First Meeting on Protocol on Environmental refugees: Recognition of Environmental Refugees in the 1951 Convention and 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees", (Male, Maldives, 14 - August 2006).

94 Quinceava sesión de la Conferencia de las Partes (COP 15), Copenhague, 7 – 18 de diciembre de 2009. (FCCC/CP/2009/11).

95 En una entrevista para el periódico *The Guardian*, el Ministro de Finanzas de Bangladesh afirmaba que "*The convention on refugees could be revised to protect people. It's been through other revisions, so this should be possible*". The Guardian, 4 diciembre, 2009. Recuperado el 18 de septiembre de 2013, de <http://www.guardian.co.uk/environment/2009/nov/30/rich-west-climate-change?INTCMP=SRCH>.

96 KELLEY, J., "Climate Change and Small Island States: A drift in a raising Sea of Legal Uncertainty", en *Sustainable Development Law & Policy*, 2011, Vol. 11, núm. 2, p. 55-57. KRALER, A.; CERNEI, T.; NOACK, M., *Climate refugees. Legal policy responses to environmentally induced migration,* European Parliament's Committee on Civil Liberties, Bruselas, 2011.

97 ECOLOGISTAS EN ACCIÓN. "Refugiados ambientales: el gran desafío del Derecho Internacional y de la lucha contra la desertificación". Recuperado el 24 de septiembre de 2013 de <http://www.ecologistasenaccion.org/spip.php?article8976>.

98 La Doctora Érika Pires Ramos utiliza en sus tesis doctoral (presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sao Paulo, Brasil, 2011) el término "refugiado ambiental", pero comenta que lo utiliza en el sentido más amplio posible, incluyendo los movimientos de población tanto internos como internacionales (RAMOS, É., *Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional*. Tesis doctoral, Facultad de Direito da USP, 2011).

mino "refugiado" describe solo una estrecha subclase dentro de todos los migrantes forzados del mundo, normalmente se aplica, inadecuadamente, a aquellas personas que se movilizan [...] debido a razones climáticas o ambientales [...] no se trata solo de un error en materia jurídica, también es conceptualmente poco preciso"[99].

Esta definición de refugiado viene determinada por la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) y su Protocolo (1967)[100]. Dicha Convención establece en su artículo 1 las cuatro condiciones para que a una persona se la pueda considerar refugiada:

- La persona debe estar fuera de su país de nacionalidad o de residencia habitual.
- La persona debe temer ser perseguida.
- Las razones de temer la persecución deben basarse en motivos de raza, nacionalidad, religión, pertenencia a un grupo social particular u opinión política.
- El temor debe ser fundado.

De estos cuatro aspectos, vemos que el primero, relacionado con el lugar al que se dirige la persona, ya no es aplicable en el caso de las comunidades que se enfrentan a la pérdida de sus hogares y resto de infraestructuras en Alaska. En el caso de Shishmaref, Newtok y Kivalina se trata de personas que, debido a la degradación ambiental causada por los impactos del cambio climático se ven forzadas a reubicar sus comunidades en lugares más o menos lejanos pero siempre dentro, no solo del mismo país, sino del mismo Estado, con lo cual, ya no encuadraría dentro de lo que en Derecho internacional se entiende bajo el concepto de "refugiado".

Por otro lado, como comenta FERRIS (2013) la mayoría de las personas que se movilizan en la región Ártica lo hace dentro de las fronteras de su propio país y, por lo tanto, han de ser considerados desplazados internos y no refugiados[101]. Y no solo en el caso del Ártico, la mayoría de las personas que se movilizan debido a la degradación ambiental lo hace a

[99] MCADAM, J., "Refusing 'refugee' in the Pacific: (de)constructing climate-induced displacement in international law", en Piguet, E.; Pécoud, A.; De Guchteneire, P., *Migration and Climate Change*, 1ª edición, Cambridge University Press, Reino Unido, 2011, p. 102.

[100] "Protocolo relativo al Estado de los Refugiados", adoptado en Ginebra el 31 de enero fe 1967. Serie tratados de Naciones Unidas, núm. 8.791, v. 606, p. 267.

[101] FERRIS, E., *A Complex Constellation: Displacement, Climate Change..., op. cit.*

lugares cercanos a su región de origen[102]. Así, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) explica al respecto que el movimiento se da en todos los niveles (interno, regional o internacional) pero que se espera que la mayoría sean internos, la mayoría de zonas rurales a urbanas[103]. A su vez, las Naciones Unidas, en un informe sobre migración internacional y desarrollo, de 2012, especifica que "la mayor parte de la migración relacionada con el medio ambiente se produce a distancias relativamente cortas, y solo rara vez a través de las fronteras internacionales"[104].

Por otro lado, tampoco es fácil adaptar en el contexto de las migraciones climáticas el segundo aspecto, el temor a ser perseguidos,ya que en el caso que nos ocupa es muy difícil definir al persecutor. ZARTNER (2001) comenta que cuando un gobierno no hace nada por prevenir que ocurra tal degradación ambiental que haga que sus ciudadanos tengan que migrar, se podría considerar que el persecutor es el gobierno mismo[105]. Conisbee Y Simms (2003) van más allá y opinan que cuando se desarrollan políticas a pesar de que se sabe a ciencia cierta que tienen consecuencias negativas para el medio ambiente el daño es intencional, así que en este caso los gobiernos también podrían considerarse los persecutores[106]. En el caso de los Estados Unidos, uno de los principales emisores de gases de efecto invernadero a lo largo de la historia[107], bien se le podría considerar persecutor pero la viabilidad y la aplicabilidad de estas ideas no es del todo útil.

---

[102] FINSLAY, A., "Migrant destinations in an era of environmental change", en *Global Environmental Change*, S21, p. S50-S58, 2011. OIM, "Diálogo Internacional sobre la Migración, taller intermedio relativo a Cambio Climático, Degradación Ambiental y Migración", Ginebra, 2011. GEMENNE, F., "How they become the human face of climate change. Research and policy interactions in the birth of the 'environmental migration' concept", en Piguet, E.; Pécoud, A.; De Guchteneire, P., *Migration and Climate Change*, 1ª edición, Cambridge University Press, Reino Unido, 2011. LEAL-ARCAS, R., "Climate Migrants: Legal options". *Procedia – Social and Behavioral Sciences*, 2012, núm. 37, p. 86-96.

[103] OIM, "Expert Seminar: Migration and the Environment, International Dialogue on Migration", núm. 10, Ginebra, 2008.

[104] NNUU, Migración Internacional y desarrollo. Informe del Secretario General. Sexagésimo período de sesiones, 3 de agosto de 2012. p. 8.

[105] ZARTNER, D., "Stemming the flow of environmental displacement: creating a convention to protect and preserve the environment", en *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, núm. invierno 2001, p. 1-29.

[106] CONISBEE, M.; SIMMS, A., *Environmental Refugees.The Case for Recognition*, 1ª edición, New Economics Foundation, Reino Unido, 2003.

[107] En 2010 Estados Unidos era el segundo país emisor de CO2 a nivel mundial, después de China y seguido por la India (IEA, CO_2 *Emissions From Fuel Combustion, Highlights*, 2011).

En cuanto al tercer aspecto, el de incluir la degradación ambiental en las causas, no sería excesivamente complicado pero ha de tenerse en cuenta que el simple hecho de incluir en la definición las causas climáticas no solucionaría el problema, ya que también haría falta la creación de una base más sólida de protección que la sustentara tanto desde el punto de vista de los derechos humanos, como desde la protección ambiental[108].

Puede decirse que, en el caso que nos ocupa (y en otros muchos) la denominación "refugiados ambientales" no es la más adecuada y que la proposición de enmendar la Convención de Ginebra de 1951 para que incluya las causas ambientales no sería la mejor opción. Hay que sumar el punto de vista del ACNUR, que, en un informe de 2008 manifiesta que "el ACNUR considera que con cualquier iniciativa para modificar esta definición se correría el peligro de una renegociación de la Convención de 1951, que en el entorno actual puede dar lugar a una reducción de las normas de protección del refugiado e incluso socavar todo el régimen de protección de refugiado"[109].

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que estas personas sí que cuadran dentro de la denominación de "desplazados", establecida los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de 1998[110] ya que en su definición se incluye:

> [...] personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de [...] catástrofes naturales o provocadas por el ser humano (artículo 2).

Según el *Norwegian Refugee Council,* desde la Asamblea General de las Naciones Unidas, así como el Representante General de la Secretaría de los Derechos Humanos de los Desplazados Internos de las Naciones Unidas, han clarificado que esta definición cubre todos los desplazamientos causados por el cambio climático[111].

---

[108] HORN, B., "What is the status of 'environmental refugee" under international and Australian law?", en *Civil Liberties*, 2006.

[109] ACNUR, "Cambio climático, desastres naturales y desplazamiento humano*...", op. cit..* p. 9.

[110] UN doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998.

[111] NORWEGIAN REFUGEE COUNCIL, "Future floods of refugees. A comment on climate change, conflict and forced migration", 2008.

A pesar de que podría pensarse que la aplicación de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internosse trataría del marco más apropiado para proteger en general a las personas que se desplazan debido al cambio climático, surgen ciertos inconvenientes. Uno sería, como comenta KOSER (2008), que los derechos de la mayoría de los ya 25 millones de personas internamente desplazadas debido a conflictos y a desastres naturales se encuentran vagamente protegidos, así que la protección bajo el mismo régimen de millones de personas más seguramente no será la adecuada[112]. Además, para que estos Principios sean legalmente vinculantes, los Estados han de incorporarlos a su ordenamiento interno y solo unos pocos países lo han hecho hasta el momento[113]. Biermann y Boas (2010) consideran que estos Principios no imponen obligaciones suficientemente fuerte[114].

Estados Unidos ha incorporado estos Principios a su ordenamiento interno[115] así que las personas que en Alaska se han movilizado o se movilizarán debido a los impactos climáticos antes comentados sí que son desplazadas internas y, al menos, cuentan con las garantías que los Principios señalados otorgan dentro de las fronteras estatales, "tienen toda la gama de garantías de los derechos humanos por el Estado", además, "tendrían derecho a beneficiarse de una mayor asistencia y protección como grupo vulnerable"[116].

En base a lo comentado algunos abogan por el uso de la denominación "desplazados ambientales" para designar a estas personas. Por ejemplo Zartner (2002), que incluye dentro de los desplazados ambientales a grupos tan diversos como los Yanomami de Brasil, los Ucranianos que huyeron tras el accidente de Chernóbil, los indios afectados por el accidente de Bhopal, Etíopes, Ruandeses y Somalís que, afectados por la sequía, carecen de una agricultura que les pueda mantener y migran, etc[117]. En la Universidad de Limoges (Francia) también utilizan esta denominación y definen a los desplazados ambientales como "individuos, familias o

[112] KOSER, K., "Gaps in IDP protection", en *Forced Migration Review,* 2008, núm. 31, p. 17.

[113] GEMENNE, F, "How they become the human face of climate change. Research… *op. cit.* KRALER, A.; CERNEI, T.; NOACK, M., *Climate refugees. Legal…, op. cit.*

[114] BIERMANN, F.; BOAS, I., "The case of protecting climate refugees'…, *op. cit*.

[115] INTERNAL DISPLACES MONITORING CENTRE. Guiding Principles on Internal Displacement. Recuperado el 18 de septiembre 2013, de <http://www.internal-displacement.org/8025708F004D404D/(httpPages)/168DF53B7A5D0A8C802570F800518B64?OpenDocument>.

[116] ACNUR, "Informe anual del alto comisionado de las Naciones…", *op. cit.* p. 21.

[117] ZARTNER, D., "Stemming the flow of environmental displacement…, *op. cit.*

poblaciones que se enfrentan de forma repentina o gradual a un desastre ambiental que impacta a sus condiciones de vida inexorablemente, ocasionando su desplazamiento forzado (en un primer momento o durante el desarrollo del desastre), desde su residencia habitual"[118].

A su vez, no se puede olvidar la importancia de la Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de los Desplazados Internos en África[119], conocida como "Convención de Kampala", en la que se define a los desplazados internos como "personas o grupos de personas que se ven forzadas u obligadas a huir, a abandonar sus hogares o lugares de residencia habitual como resultado de [...] catástrofes naturales o producidas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera de Estado internacionalmente reconocida" (art. 1). Se trata de la primera norma internacional obligatoria, vincula a los Estados de África a proteger a las personas afectadas por, entre otros motivos, catástrofes naturales o proyectos de infraestructuras que supongan traslados forzosos[120].

Tras este análisis podemos extraer que la modificación de la Convención de Ginebra de 1951 no es la mejor opción para garantizar los derechos de los migrantes por motivos climáticos y que, al estar su situación incluida en los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos (al menos en Estados Unidos) podrían denominarse con mayor acierto "desplazados ambientales". Aun así, los derechos de las personas que han de reasentarse en otras regiones debido a la degradación ambiental causada por el cambio climático, como los de las comunidades nativas de Alaska, no están, hoy en día, lo suficientemente garantizados.

IV OTRAS OPCIONES DE PROTECCIÓN: HACIA UNA NUEVA CONVENCIÓN

Además de la modificación de la Convención de Ginebra, otra de las opciones propuestas ha sido la de la adopción de un nuevo Protocolo a la

[118] COURNIL, C., "The Question of the Protection of 'Environmental Refugees' from the Standpoint of International Law', en Piguet, E. *et al*., *Migration and climate change*, 1ª edición, UNESCO, Reino Unido, 2011, p. 359-386.

[119] "Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de los Desplazados Internos en África" (Convención de Kampala), Kampala (Uganda), 22 de octubre de 2009.

[120] BOLAÑOS, J., "Convención de Kampala: el duro camino hacia la protección efectiva de los Refugiados Africanos, Instituto Español de Estudios Estratégicos", Documento Informativo, 2012.

CMNUCC. Biernmann y Boas (2010) defienden que se debe de adoptar el Protocolo sobre el Reconocimiento, la Protección y el Reasentamiento de los Refugiados Climáticos (Protocolo sobre los Refugiados Climáticos)[121]. Este Protocolo a la CMNUCC se sustentaría en cinco principios básicos: (1) recolocación y reasentamiento planificados; (2) reasentamiento en lugar de asilo temporal, en algunos casos será imposible el retorno; (3) derechos colectivos para las poblaciones locales, los migrantes que se trasladarán generalmente lo harán en grupo, poblaciones de una ciudad, región, etc.; (4) asistencia internacional de medidas estatales, la comunidad internacional deberá apoyar a los estados a la hora de atender a estos migrantes; y (5) cargas compartidas, el cambio climático es un problema global tanto en causantes como en sus consecuencias, como se visto anteriormente, los países industrializados tienen la responsabilidad de proteger a las víctimas climáticas[122]. Esta opción sería una de las opciones más rápidas y su principal aspecto positivo es que se podría integrar dentro de los instrumentos que ya propone la CMNUCC, no haría falta crear una estructura totalmente nueva e independiente.

Sin embargo, esta idea no acaba de ser lo suficientemente aceptada por la Comunidad Internacional. Así, la opción que últimamente está ganando partidarios es la de la creación de un instrumento jurídico independiente y específico para las personas que aquí tratamos. Alentados por los conocidos como "Acuerdos de Cancún"[123] (2010), en los que, dentro del Marco de Adaptación, se promueve que las Partes tomen las medidas necesarias para "la adopción de medidas para mejorar el entendimiento, la coordinación y la cooperación en lo que respecta al desplazamiento, la migración y el traslado planificado como consecuencia del cambio climático, cuando corresponda, a nivel nacional, regional e internacional", surgen iniciativas tanto desde el ámbito académico como desde organismos gubernamentales. Parece que cada vez hay una mayor necesidad de alejarse de las aproximaciones tradicionales a la hora de tratar el problema de los movimientos de población y el cambio climático, como comenta Williams

[121] Título original: *Protocol on Recognition, Protection and Resettlement of Climate Refugees (Climate Refugee Protocol).* BIERMANN, F.; BOAS, I., "The case of protecting climate refugees…, *op. cit*.

[122] BIERMANN, F.; BOAS, I., "The case of protecting climate refugees'…, *op. cit*.

[123] Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 16º período de sesiones, Cancún, del 29 de noviembre al 10 de diciembre de 2012. Decisiones adoptadas por la Conferencia de las Partes: Decisión 1/CP.16: Acuerdos de Cancún: resultado de la labor del Grupo de Trabajo Especial sobre la cooperación en el marco de la Convención.

(2008) "lo que se requiere es un análisis innovador y contemporáneo de la situación"[124].

Así, desde el "*German Advisory Council on Global Change"* recomiendan que los esfuerzos de la comunidad internacional deben centrarse en crear una convención multilateral que trate el tema de las migraciones ambientales y opinan que todo el proceso de negociación debería estar liderado por el ACNUR[125].

Por otra parte, desde la Universidad de Limoges (Francia) desarrollan el conocido como "*Proyecto Limoges*" en el que han propuesto un texto a modo de borrador de una posible convención en la que se reconozca a los desplazados por causas ambientales o climáticas[126]. Intentan, mediante una aproximación holística, reunir en un texto las medidas necesarias para mejorar la situación de los desplazados. Dentro de estas medidas se centran en la prevención, la protección y el reasentamiento de estas personas basándose en los principios de responsabilidades comunes pero diferenciadas, el principio de solidaridad, el de no discriminación, el de protección efectiva, el de acceso a la información, a la participación y el derecho a desplazarse. También sugieren la creación de: una nueva agencia internacional, la que se denominaría "Agencia Mundial para las personas desplazadas por el medio ambiente", vinculada a las Naciones Unidas, y con un fondo de financiación específico denominado "Fondo Mundial para los Desplazados Ambientales", cuyas recaudaciones provendrían de donaciones voluntarias de los Estados y de actores privados, además de contribuciones obligatorias fundamentadas en una tasa por la contaminación de la que cada Estado es responsable[127].

Otro de los promotores de la creación de una nueva convención es David Hodkinson, quien trabaja en el desarrollo del proyecto para la creación de una nueva convención: la "*Convention for Persons Displaced by Climate Change*"[128]. Argumenta a favor de esta nueva Convención que las leyes convencionales de los refugiados no son suficientes para proteger a las

[124] WILLIAMS, A., "Turning the Tide: Recognizing Climate Change Refugees in International Law", en *Law and Policy*, Vol. 30, núm. 30, 2008, p. 514.

[125] GERMAN ADVISORY COUNCIL ON GLOBAL CHANGE.(2008). "World in Transition - Climate Change as a Security Risk".

[126] CRIDEAU, CRDP. "Draft Convention on the International Status of Environmentally-Displaces Persons" (segunda versión, mayo 2010), en *Reveu Européene de Droit de l'Environment*, Facultad de Derecho de la Universidad de Limoges, 2011.

[127] COURNIL, C., "The Question of the Protection of 'Environmental…, *op. cit.*

[128] HODKINSON, Convención para las Personas Desplazadas por el Cambio Climático. Recuperado el 18 de septiembre de 2013, de <http://www.ccdpconvention.com>.

personas desplazadas por el cambio climático, además opina que adaptar otros marcos jurídicos es arriesgado y no lo considera adecuado[129].

Otra de las iniciativas más recientes es la de los Principios de Nansen. Estos, no adoptados en la actualidad de manera oficial, son el resultado de la Conferencia Nansen sobre Cambio Climático y Desplazamiento en el siglo XXI (Noruega, 2011). En 2012, Noruega y Suiza lanzaron, basándose en dichos principios, la conocida como "iniciativa Nansen", que, según Walter Kälin[130], se formó para "crear consenso –de abajo a arriba– entre los Estados interesados acerca del mejor modo de abordar los desplazamientos entre fronteras en el contexto de los desastres de evolución lenta que se producen repentinamente"[131]. Como vemos, se pretende proteger a las personas desplazadas por desastres naturales, incluyendo a los causados por el cambio climático. Según el plan de trabajo de la iniciativa[132], para comenzar con el proceso, se llevarán a cabo al menos 5 reuniones a nivel subregional entre 2013 y 2014 en los que se reunirán representantes estatales, organizaciones internacionales, ONGs, la sociedad civil y otras personas interesadas.

V CONSIDERACIONES FINALES

Shishmaref, Newtok y Kivalina son ejemplos de cómo los efectos del cambio climático están alterando las condiciones de vida de las personas hasta el punto de verse en la situación de abandonar sus hogares. Si bien los movimientos migratorios se caracterizan por no tener una sola causa, en los casos aquí tratados se puede establecer un vínculo más o menos claro y directo entre cambio climático y movimiento de población.

Estas tres comunidades tienen en común un pasado nómada, el haberse visto forzadas al reasentamiento, y el, hoy en día, carecer de los recursos económicos para poder enfrentarse a la reubicación de sus pueblos.

[129] HODKINSON, D.; YOUNG, L., "In the face of looming catastrophe: a Convention for Climate Change Displaced Persons", en *A Convention for Persons Displaced by Climate Change*, 2012.

[130] Representante de la Secretaría General de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de los Desplazados Internos en 2004.

[131] KÄLIN, W., "De los Principios de Nansen a la Iniciativa Nansen", en *Forced Migrations Review*, núm. 4, 2012, p. 48-49.

[132] THE NANSEN INITIATIVE: Work Plan Nansen Initiative. (2013, 29 de abril). Recuperado el 24 de septiembre de 2013, de <http://62.50.76.173/sites/default/files/Nansen%20Initiative%20Work%20Plan_1.pdf>.

En todo caso, se ha de tener en cuenta que cuando consigan la financiación pertinente, los movimientos de población ocurrirán dentro de las fronteras estatales, las comunidades prefieren reubicarse allá donde puedan mantener sus estilos de vida tradicionales y con las condiciones ambientales más similares a su lugar de origen. Así, si bien se les ha denominado "refugiados climáticos", vemos como, tras lo expuesto, los movimientos son en su mayoría intra-estatales y la definición del persecutor es del todo complicada, no aplicando así para la denominación de refugiado establecida por la Convención de Ginebra de 1951 a estos casos. La denominación "desplazados climáticos" resulta más adecuada en estos casos,

Tras aceptar este hecho, han sido varias las propuestas a la hora de establecer cuál es el marco jurídico más efectivo que garantice los derechos de quienes se movilizan empujadas o empujados por la degradación ambiental. Entre ellos, se ha destacado la creación de una nueva convención, la adopción de un nuevo protocolo a la CMNUCC y otras como la Iniciativa Nansen. Si bien todas las opciones tienen sus ventajas y desventajas, es cierto que, al menos, demuestran que poco a poco el tema aquí tratado comienza a recibir la atención que requiere.

Comunidades enteras alrededor del mundo, desde las tratadas en este artículo en Alaska hasta los habitantes de algunas de las pequeñas islas del Océano Pacífico, como Tuvalu o Kiribati, están siendo forzadas a reubicarse debido a los efectos del cambio climático, es de vital importancia centrar los esfuerzos de la comunidad internacional en buscar la manera de proteger a estas personas, pero no ha de olvidarse el dedicar esfuerzos también a la principal causa de estos desplazamientos: el cambio climático. Las medidas necesarias tanto de mitigación como de adaptación han de ser llevadas a cabo sin demora.

REFERENCIAS

ACNUR. (2008). "Cambio climático, desastres naturales y desplazamiento humano: la perspectiva del ACNUR". Recuperado el 10 de octubre de 2013 de <http://www.refworld.org/docid/4a2673cc2.html>.

ACNUR. (2009). "Informe anual del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e Informes de la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos". Recuperado el 10 de octubre de 2013 de <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7033.pdf?view=1>.

AHRENS, C. D., *Meteorology Today: An Introduction to Weather, Climate, and the Environment,* 9ª edición, Brooks/Cole, Estados Unidos, 2009.

BENISTON, M., "El cambio climático y sus repercusiones: crecientes factores de estrés para las sociedades humanas", en *International Review of the Red Cross*, núm. 879, 2010, p. 329-341.

BIERMANN, F., BOAS, I. "The case of protecting climate refugees", en Biermann, F., Patteberg P., Zelli F., *Global Climate Governance Beyond 2012: Architecture, Agency and Adaptation,* 1ª edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

BLACK, R., "Environmental Refugees, myth or reality*?",* en *New Issues in Refugee Research*, Working Paper núm. 34, University of Sussex, Brighton, 2001.

BOLAÑOS, J. (2012). "Convención de Kampala: el duro camino hacia la protección efectiva de los Refugiados Africanos". Recuperado el10 de octubre de 2013 de <http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_informativos/2012/DIEEEI76-2012_ConvencionKampala_JBM.pdf>.

BORRÀS, S., "Refugiados Ambientales: el nuevo desafío del derecho internacional del medio ambiente", en *Revista de Derecho*, Vol. 19, núm. 2, 2006, p. 81-108.

BRONEN, R., "Climate induced community relocations: creating an adaptive governance framework based in human rights doctrine", en *NYU Review of Law Social Change*, núm. 35, 2011, p. 356-406.

BRONEN, R. (2013). "Climate-Induced Displacement of Alaska Native Communities". Brookings LSE – Projects on Internal Displacement. Recuperado el10 de octubre de 2013 de <http://www.brookings.edu/~/media/Research/Files/Papers/2013/1/30%20arctic%20alaska%20bronen/30%20climate%20alaska%20bronen%20paper.pdf>.

BRONEN, R., CHAPIN, S., "Adaptive governance and institutional strategies for climate-induced community relocations in Alaska", en *PNAS*, Vol. 110, núm. 23, 2013, p. 9320-9325.

CASTILLO, J. M., *Migraciones Ambientales, huyendo de la crisis ecológica en el siglo XXI,* 1ª edición, Virus Editorial, España, 2011.

CASTILLO, M., "Cambio climático y derechos humanos: el asunto de los Inuit ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en Giles, R. (ed.), *Cambio Climático, Energía y Derecho Internacional, Perspectivas de Futuro*, 1ª edición, Aranzadi, España, 2012.

COCHRAN, P.; HUNTINGTON, O.; PUNGOWIYI, C.; TOM, S.; CHAPIN F.S.; HUNTINGTIN, H.; MAYNARD, N.; TRAINOR, S.; "Indigenous frameworks for observing and responding to climate change in Alaska", en *Climatic Change*, Vol. 120, núm. 3, 2013, p. 557-567.

CONISBEE, M., SIMMS, A., *Environmental Refugees.The Case for Recognition*, 1ª edición, New Economics Foundation, Reino Unido, 2003.

COURNIL, C., "The Question of the Protection of 'Environmental Refugees' from the Standpoint of International Law", en Piguet, E. *et al*.: *Migration and climate change*, 1ª edición, Cambridge University Press, Reino Unido, 2011.

CRIDEAU, CRDP, "Draft Convention on the International Status of Environmentally-Displaces Persons" (segunda versión, mayo 2010), en *Reveu Européene de Droit de l'Environment*, Facultad de Derecho de la Universidad de Limoges, 2011.

DESONIE, D., *Climate: Causes and Effects of Climate Change*, 1ª edición, Chelsea House, Estados Unidos, 2008.

DUARTE, C. M., "Introducción: calentamiento global y ecosistemas polares", en Duarte, C. M (ed.), *Impactos del calentamiento global sobre los ecosistemas polares*, 1ª edición, Fundación BBVA, España, 2007.

ECOLOGISTAS EN ACCIÓN.(2007, septiembre). "Refugiados ambientales: el gran desafío del Derecho Internacional y de la lucha contra la desertificación". Recuperado el 24 de septiembre de 2013, de <http://www.ecologistasenaccion.org/spip.php?article8976>.

EL-HINNAWI, E., *Environmental Refugees*, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Nairobi, 1985.

FABRY, V.; MCCLINTOCK, J.; MATHIS, J.; GREBMEIER, J., "Ocean acidification at High Latitudes: The Bellwether", en *Oceanography*, 2009, Vol. 22, núm. 4, p. 161-171.

FEIFEL, K.; GREGG, R. M. (2010). "Relocating the Village of Newtok, Alaska due to Coastal Erosion". Case study on a project of the Newtok Planning Group.Recuperado el10 de octubre de 2013 de <http://www.cakex.org/case-studies/relocating-village-newtok-alaska--due-coastal-erosion>.

FERRIS, E. (2013)."A Complex Constellation: Displacement, Climate Change and Arctic People".Recuperado el 10 de octubre de 2013 de <http://www.brookings.edu/~/media/Research/Files/Papers/2013/1/30%20arctic%20ferris/30%20arctic%20ferris%20paper.pdf>.

FINSLAY, A., "Migrant destinations in an era of environmental change", en *Global Environmental Change*, 2011, S21, p. S50-S58.

FLORIDES, G.; CHRISTODOULIDES P., "Global warming and carbon dioxide through sciences", en *Environmental International*, 2009, Vol. 35, p. 390-401.

GAO (United States Government Accountability Office*).* (2009)."Alaska native Villages, limited progress has been made on relocating villages threatened by flooding and erosion".Report to Congressional Requesters. Recuperado el 10 de octubre de 2013 de <http://www.gao.gov/new.items/d09551.pdf>.

GEMENNE, F., "How they become the human face of climate change. Research and policy interactions in the birth of the 'environmental migration' concept", en Piguet, E., Pécoud, A.; De Guchteneire, P., *Migration and Climate Change*, 1ª edición, Cambridge University Press, Reino Unido, 2011.

GERMAN ADVISORY COUNCIL ON GLOBAL CHANGE.(2008). "World in Transition. Climate Change as a Security Risk".Recuperado el 10 de octubre de 2013 de <http://www.wbgu.de/fileadmin/templates/dateien/veroeffentlichungen/hauptgutachten/jg2007/wbgu_jg2007_kurz_engl.pdf>.

GREGG, R. M. (a). (2010). "Relocating the Village of Kivalina, Alaska Due to Coastal Erosion*".* Case study on a project of the Kivalina Relocation Planning Committee.Recuperado el 10 de octubre de 2013 de <http://www.cakex.org/case-studies/2773>.

GREGG, R. M. (b). (2010). "Relocating the Native Village of Shishmaref, Alaska Due to Coastal Erosion". Case study on a project of the Shishmaref Erosion and Relocation Coalition. Recuperadoel10 de octubre de 2013 de <http://www.cakex.org/case-studies/2770>.

HINZMAN, L.; BETTEZ, N.; BOLTOM, W.; CHAPIN, F.; DYUGEROV, M.; FASTIE, C.; GRIFFITH, B.; HOLLISTER, R.; HOPE, A.; HUNTINGTON, H.; JENSEN, A.; JIAN, G.; JORGENSON, T.; KANE, D.; KLEIN, D.; KOFINAS, G.; LYNCH, A.; LLOYD, A.; MCGUIRE, A.; NELSON, F.; OECHEL, W.; OSTERKAMP, T.; RACINE, C.; ROMANOVSKY, V.; STONE, R.; STOW, D.; STURM, M.; TWEEDIE, C.; VOURLITIS, G.; WALKER, M.; WALKER, D.; WEBBER, P.; WELKER, J.; WINKER, K.; YOSHIKAWA, K., "Evidence and Implications of Recent Climate Change in Northern Alaska and other Arctic Regions", en*Climatic Change,* 2005, núm. 72, p. 251-298.

HODKINSON, D., YOUNG, L., "In the face of looming catastrophe: a Convention for Climate Change Displaced Persons", en *A Convention for Persons Displaced by Climate Change*, 2012.

HODKINSON, A Convention for Persons Displaced by Climate Change. Recuperado el 18 de septiembre de 2013 de <http://www.ccdpconvention.com>.

HORN, B., "What is the status of 'environmental refugee" under international and Australian law?", en *Civil Liberties*, 2006.

HOUGHTON, J., *Global Warming: The Complete Briefing*, 4ª edición, Cambridge University Press, Reino Unido, 2009.

HUFFORD, G., PARTAIN, J. L.(2005, 11 de enero)."Climate Change and Short-term Forecasting for Alaska Northern Coasts". Comunicación para la AMS Forum: Living in the Coastal Zone. Session 2, Undestanding and Communicating Change. Recuperado el 10 de octubre de 2013 de <https://ams.confex.com/ams/Annual2005/techprogram/paper_83001.htm>.

IEA. (2011). "CO_2 Emissions From Fuel Combustion, Highlights". Recuperado el 10 de octubre de 2013 de <http://www.iea.org/co2highlights/co2highlights.pdf>.

INTERNAL DISPLACES MONITORING CENTRE. Guiding Principles on Internal Displacement. Recuperado el 18 de septiembre 2013, de <http://www.internal-displacement.org/8025708F004D404D/(httpPages)/168DF53B7A5D0A8C802570F800518B64?OpenDocument>.

IPCC. (2007). "Cambio climático 2007: Informe de síntesis". Contribución de los Grupos de trabajo I, II y III al Cuarto Informe de evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático [Equipo de redacción principal: Pachauri, R. K. y Reisinger, A. (directores de la publicación)]. Recuperado el10 de octubre de 2013 de <http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/syr/ar4_syr_sp.pdf>.

IPCC. (2013)."Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Summary for Policymakers. Recuperado el10 de octubre de 2013 de <http://www.ipcc.ch/report/ar5/wg1/#.UlcQ9FB3YVc>.

JACOBSON, J., "Environmental Refugees: a Yardstick of Habitability", en *World Watch Paper*, núm. 86, World Watch Institute, Washington, DC, 1988.

JONES, B. M.; ARP, C. D.; JORGENSON, M. T.; HINKEL, K. M.; SCHMUTZ, J.; FLINT, P., "Increase In The Rate And Uniformity Of Coastline Erosion In Arctic Alaska", en *Geophysical Research Letters,* 2009, Vol. 36, núm. 3.

JOY, S., *Impacts of a warming Artic: Artic Climate Impact Assessment,* Cambridge University Press, Reino Unido, 2004.

KÄLIN, W., "De los Principios de Nansen a la Iniciativa Nansen", en *Forced Migrations Review*, núm. 4, 2012, p. 48-49.

KARL, T.; MELILLO, J.; PETERSON, T. (eds), *Global Climate Change Impacts in the United States,* Cambridge University Press, 2009.

KELLEY, J., "Climate Change and Small Island States: A drift in a raising Sea of Legal Uncertainty", en *Sustainable Development Law & Policy*, Vol. 11, núm. 2, 2011, p. 55-57.

KOSER, K., "Gaps in IDP protection", en *Forced Migration Review,* 2008, núm. 31, p. 17.

KRALER, A.; CERNEI, T.; NOACK, M., *Climate refugees. Legal policy responses to environmentally induced migration,* European Parliament's Committee on Civil Liberties, Bruselas, 2011.

LACHENBRUCH, A., MARSHAL, B., "Heat Flow in the Arctic", en *Arctic*, núm. 22, 1969, p. 300-311.

LEAL-ARCAS, R., "Climate Migrants: Legal options", en *Procedia – Social and Behavioral Sciences*, núm. 37, 2012, p. 86-96.

LETTENMAIER, D.; MAJOR, D.; POFF, L.; RUNNING, S., "Water Resources", en Backlund, P.; Janetos, P., Schimel, A., Hatfield, D., Boote, J., Fay, K., Hahn, P., Izaurralde, L., Kimball, B., Mader, T., (eds), *The Effects of Climate Change on Agriculture, Land Resources, Water Resources and Biodiversity in the United States*, *Synthesis and Assessment Product 4.3.,* U.S. Department of Agriculture, Washington, D. C., 2008.

LYNCH, A., BRUNNER, R., "Context and climate change: an integrated assessment for Barrow, Alaska", en *Climatic Change*, 2007, núm. 82, p. 93-111.

MARINO, E., "The long history of environmental migration: Assessing vulnerability construction and obstacles to successful relocation in Shishmaref, Alaska", en *Global Environmental Change*, 2012, núm. 22, p. 374-381.

MARINO, E., "Imminent Threats, Impossible Moves, and Unlikely Prestige: Understanding the Struggle for Local Control as a Means Towards Sustainability", en Oliver-Smith, A.; Shen, X. (eds.), *Linking Environmental Change, Migration and Social Vulnerability,* Studies of the University: research, counsel, education. Publication Series of UNU-EHS, núm. 12/2009.

MARKON, C. J.; TRAINOR, S. F.; CHAPIN, F. S. (eds). (2012). "The United States National Climate Assessment, Alaska Technical Regional Report".U.S. Geological Survey Circular nº 1379. Recuperado10 de octubre de 2013 de <http://accap.uaf.edu/sites/default/files/2012_NCA_Alaska_Chapter.pdf>.

MCADAM, J., "Refusing 'refugee' in the Pacific: (de)constructing climate-induced displacement in international law", en Piguet, E., Pécoud, A., De Guchteneire, P., *Migration and Climate Change*, 1ª edición, Cambridge University Press, Reino Unido, 2011. p. 102.

MOVE. (2010). "Moving and Inupiaq Village: negotiating relocation and Socio-environmental Changes in Kivalina, Arctic Alaska". Recuperado el10 de octubre de 2013 de <http://www.alaska.edu/move/projects/moving-an-inupiaq-village/>.

MYERS, N.; KENT, J., *Environmental Exodus: An Emergent Crisis in the Global Arena,* The Climate Institute, Washington DC, 1995.

NATIONAL Snow and Ice Data Center. Quick Facts on Arctic Sea Ice. Recuperado el 26 de agosto 2013 de <http://nsidc.org/cryosphere/quickfacts/seaice.html>.

NATIVE AMERICAN RIGHTS FUND (NARF), "Eroding Alaska Town sues 24 oil and energy companies for destruction caused by global warming", en *Justice* (NARF newsletter), Vol. primavera de 2008. Recuperado el 3 de octubre de 2010, de <http://narf.org/pubs/justice/spring08.pdf>.

NNUU, Migración Internacional y desarrollo. (2012, 3 de agosto). Informe del Secretario General. Sexagésimo período de sesiones. Recuperado el10 de octubre de 2013 de <https://www.un.org/es/ga/68/meetings/migration/resources.shtml>.

NNUU. (1992). Programa 21 de las Naciones Unidas. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las NNUU, División de Desarrollo Sostenible. Recuperado el10 de octubre de 2013 de <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21toc.htm>.

NORWEGIAN REFUGEE COUNCIL, *Future floods of refugees. A comment on climate change, conflict and forced migration*, NRC, Noruega, 2008. Recuperado el10 de octubre de 2013 de <http://www.nrcfadder.no/arch/img.aspx?file_id=9904602>.

OIM. (2011). "Diálogo Internacional sobre la Migración, Taller intermedio relativo a Cambio Climático, Degradación Ambiental y Migración". Recuperado el10 de octubre de 2013 de <http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/microsites/IDM/workshops/climate-change-2011/background_paper_S.pdf>.

OIM. *International dialogue on migration, No. 10.Expert Seminar: Migration and the Environment, International Dialogue on Migration*, OIM, Migration Policy, Research and Comunications Department (MPRC), Ginebra, 2008. Recuperado el10 de octubre de 2013 de <http://publications.iom.int/bookstore/free/IDM_10_EN.pdf>.

OIM. (2009). "Migration, Environment and Climate Change: Assessing the Evidence". Recuperado el10 de octubre de 2013 de <http://publications.iom.int/bookstore/free/migration_and_environment.pdf>.

RADEMACHER-SCHULZ, C.; AFIFI, T.; WARNER, K.; ROSENFELD, T.; MILAN, A.; ETZOLD, B.; SAKDAPOLRAK, P., "Rainfall variability, food security and human mobility. An approach for generating empirical evidence", en *Intersetions,* núm. 10, 2012. RAMOS, É., *Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional*. Tesis doctoral, Facultad de Direito da USP, 2011.

RENAUD, P.; CARROLL, M.; AMBROSE, W., "Efectos del calentamiento global en el bentos ártico y consecuencias en la cadena trófica", en Duarte, C. M. (ed.), *Impactos del calentamiento global sobre los ecosistemas polares*, 1ª edición, Fundación BBVA, España, 2007.

SAKAKIBARA, C., "Our home is drowning: Iñupiat storytelling and climate change in Point Hope, Alaska", en *Geographical Review*, 2008, Vol. 98, núm. 4, p. 456-475. SARSHAR, M., *Environmental refugees*, National Law University, Delhi, 2011.

SOLÀ, O., *Desplazados medioambientales. Una nueva realidad,* 1ª edición, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2012.

THE NANSEN INITIATIVE: Work Plan Nansen Initiative. Recuperado el 24 de septiembre de 2013 de <http://62.50.76.173/sites/default/files/Nansen%20Initiative%20Work%20Plan_1.pdf>.

VAN TUYN, P., "America's Arctic: climate change impacts on indigenous peoples and subsistence", en Abate, R.; Kronk, E. A*., Climate Change and Indigenous Peoples*, 1ª edición, Edward Elgar Publishing, Reino Unido, 2013.

WASSMANN, P., "Implicaciones del cambio climático en los procesos y ecosistemas pelágicos del Ártico", en Duarte, C. M. (ed.), *Impactos del calentamiento global sobre los ecosistemas polares,* 1ª edición, Fundación BBVA, España, 2007.

WELZER, H., *Guerras climáticas: Por qué mataremos (y nos matarán) en el siglo XXI,* 1ª edición, Katz Editores, Argentina, 2010.

WILLIAMS, A., "Turning the Tide: Recognizing Climate Change Refugees in International Law", en *Law and Policy*, Vol. 30, núm. 30, 2008, p. 514. ZALASIEWICZ, J., WILLIAMS, M., "A Geological History of Climate Change", en Letcher T., *Climate Change: Observed Impacts on Planet Earth*, 1ª edición, Elsevier, Gran Bretaña, 2009.

ZARTNER, D., "Stemming the flow of environmental displacement: creating a convention to protect and preserve the environment", en *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy,* núm. invierno2001, p. 1-29.

5

ESTADOS FALIDOS E REFÚGIO: APROXIMAÇÃO CONCEITUAL E OBSTÁCULOS PARA A REPATRIAÇÃO VOLUNTÁRIA

Elisa Moretti Pavanello

Mestre em Relações Internacionais pelo Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pesquisadora do Observatório de Direitos Humanos da UFSC. Bacharel em Ciências Sociais pela UFSC e Bacharel em Direito pela FAMEG/UNIASSELVI.

Liliana Lyra Jubilut

Doutora e Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. *LL.M.* em *International Legal Studies* pela *New York University School of Law.Visting Scholar* na *Columbia Law School*. Professora do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Católica de Santos. Membro do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos nas Relações Internacionais do CNPq/Brasil.

I INTRODUÇÃO

Este trabalho tem o objetivo de relacionar o enfraquecimento de um Estado e o conceito de Estado falido com a temática do refúgio. Essa relação apresenta dupla perspectiva, pois quando um Estado enfraquece como instituição social pode provocar o deslocamento de seus cidadãos em busca de refúgio, ao mesmo tempo em que, em face de um Estado falido, a repatriação de refugiados pode ficar prejudicada.

A correlação entre Estados falidos e refugiados faz parte da conjuntura da crise do Estado como instituição social, pois as lacunas na segurança, capacidade e legitimidade de um Estado, conforme a análise de Charles T. Call (2010)podem levar indivíduos a terem que abandonar seus lares em busca de proteção em outros Estados. Assim, a falência estatal pode ser entendida como uma das forças causais dos refugiados (BETTS, 2013).

Apesar da origem de deslocamentos que podem ser considerados como busca por refúgio ser muita antiga – remontando há milênios, e já aparecendo, por exemplo, na literatura (i) da Índia Antiga, (ii) da tradição Judaica Antiga, (i) e da tradição do Islamismo (MARFLEET, 2006, p. 97) – verifica-se que o instituto jurídico do refúgio é intrinsecamente relacionado ao sistema estatal (HADDAD, 2008, p. 47 e ss.), consagrado internacionalmente a partir da Paz de Westphalia (1648). Entretanto, a proteção jurídica aos refugiados é recente (JUBILUT, 2007, p. 24), surgindo no começo do século XX[1]e, sendo consagrada com o aprofundamento do conceito de refugiados após a Segunda Guerra Mundial por meio da Convenção sobre o *Status* de Refugiado de 1951 (Convenção de 51)[2], patrocinada pela Organização das Nações Unidas.

O desenvolvimento normativo do refúgio teve seguimento por meio do Protocolo sobre o *Status* de Refugiado de 1967, mas nenhuma dessas duas normas trazia um olhar sobre o contexto como possível causador de refúgio, adotando a lógica da identificação individual dos refugiados (HATHAWAY, 1991).

Essa definição do refugiado com base em seu contexto passou a existir regionalmente, por meio da Convenção Relativa aos Aspectos Específi-

[1] Sobre a evolução histórica do refúgio cf. FISCHEL DE ANDRADE, J. H. *Direito Internacional dos Refugiados:* Evolução Histórica (1921-1952). Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

[2] Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/dih/convencao_genebra_estatuto_refugiados.pdf>. Acesso em 1 de março de 2014.

cos dos Refugiados Africanos adotada pela Organização da Unidade Africana de1969 e da Declaração de Cartagena de 1984. É a partir daí que falar na aproximação entre refúgio e Estados falidos passa a ganhar força.

Contudo, além desse relacionamento de causa e efeito, as temáticas do refúgio e dos Estados falidos também se aproximam no que diz respeito a possíveis soluções, sobretudo no que tange a repatriação voluntária de refugiados.

A repatriação voluntária é uma das soluções duráveis com as quais a comunidade internacional busca lidar com a proteção aos refugiados (JUBILUT, 2007, p. 153-154). Mas, esse retorno somente poderá acontecer a partir do momento em que os Estados se fortalecerem como instituição social.

Assim, verifica-se que o relacionamento entre refúgio e Estados falidos é relevante tanto do ponto de vista causal quanto do ponto de vista de possíveis soluções, sendo essa aproximação que se pretende demonstrar no presente texto.

II ESTADOS FALIDOS: CRISE DO ESTADO COMO INSTITUIÇÃO SOCIAL

O tema dos Estados falidos começa a ganhar destaque no período da Guerra Fria, quando Estados recém-independentes tiveram que 'escolher' de qual lado da confrontação ideológica se enquadrariam (FRELICK, 1993). Tal posicionamento, contudo, acabou por não fortalecer esses Estados, mas sim a contribuir para o enfraquecimento de suas instituições sociais. Isso porque houve a manutenção de diferenças e crises políticas e econômicas existentes internamente nos novos Estados, as quais foram 'maquiadas' por meio de "alinhavo político-militar que permitiu neutralizar tensões e desequilíbrios regionais" (NASCIMENTO, 2012, p. 49). Parte de tal arranjo foi a implementação de pacotes de ajuda econômica das superpotências e de suas antigas metrópoles. Segundo Helman e Ratner,

> [...] a Guerra Fria prolongou a viabilidade de alguns dos recém-Independente e de outros Estados do Terceiro Mundo. Países com economias e governos subdesenvolvidos receberam infusões robustas de ajuda de seus antigos senhores coloniais, bem como das duas superpotências. [...] ajuda estrangeira foi fundamental na sustentação de

> um número de estados, com base em seu significado estratégico real ou imaginário na Guerra Fria (1992)[3].

O contexto global após a Guerra Fria trouxe à tona as debilidades dos Estados "tutelados" pelas duas superpotências. O fim da ajuda econômica e militar expôs tanto a real situação de fragilidade daqueles Estados quanto o agravamento das contradições internas que resultou na deflagração de conflitos étnicos e sociais que até então estavam 'latentes' (NASCIMENTO, 2010, p.19). Tais conflitos, em muitos casos, se agravaram, principalmente no continente africano e asiático (ROTBERG, 2003, p. 1), e ensejaram ao enfraquecimento dos Estados, denotando o aparecimento de Estados falidos.

Tradicionalmente se define o Estado como sendo dotado de população, território e soberania, e esta apresentando dupla perspectiva: a soberania interna (autonomia) e a soberania externa (independência) (JUBILUT, MONACO, 2010, p. 43). Do ente resultando da combinação de elementos espera-se um conjunto de atividades capazes de atingir os objetivos para os quais o mesmo foi criado.

Tais objetivos compõem as funções do Estado, e apesar de serem ainda muito debatidos (CHESTERMAN, 2005-2006, p. 4), parece haver uma percepção instintiva de que o Estado deve auxiliar na proteção dos indivíduos.

Para Robert Rotberg (2004, p. 3):

> A função primária de um Estado é fornecer o bem político da segurança – prevenir invasões e infiltrações transfronteiriças, e perda de território; eliminar ameaças domésticas ou ataques à ordem nacional e à estrutura social; prevenir crimes e quaisquer perigos relacionados à segurança humana doméstica; e permitir que os cidadãos resolvam suas diferenças com o Estado e com seus coabitantes sem recurso às armas ou a outras formas de coerção física [4].

[3] Cf. "*the Cold War prolonged the viability of some of the newly independent and other Third World states. Countries with seriously underdeveloped economies and governments received hefty infusions of aid from their former colonial masters as well as from the two superpowers.* [...] *foreign aid was critical in sustaining a number of states, based on their real or imagined strategic significance in the Cold War*". (Todas as traduções no texto são traduções livres das autoras)

[4] Cf. "*The state's prime function is to provide that political good of security–to prevent cross-border invasions and infiltrations, and any loss of territory; to eliminate domestic threats to or attacks upon the national order and social structure; to prevent crime and any related dangers to domestic human security; and to enable citizens*

Rotberg explica que o fornecimento dos bens políticos ocorre quando há medidas de segurança que permitem a previsibilidade, o reconhecimento, métodos de solução de controvérsias, a regulamentação das normas e dos costumes, um aparato judicial efetivo, liberdade de participação dos cidadãos no processo político, assistência médica, educação, provimento com infraestrutura como estradas, redes de comunicação, sistema bancário e desenvolvimento do comércio *(Ibid.,* p. 3).

Quando se verifica um processo de deterioração dessas funções percebe-se que "a capacidade daqueles Estados-nação de realizar positivamente para os cidadãos se atrofiou"[5] *(Ibid.,* p. 14) e pode-se falar em falência estatal.

A falência estatal pode ser definida de acordo com a concepção adotada das funções do Estado:

> Se o Estado é entendido como um veículo para cumprir um contrato social, então a falência estatal é a incapacidade de garantir os bens públicos básicos. Se o Estado é definido a partir de sua capacidade de exercer o monopólio do uso legítimo da violência em seu território, a falência estatal ocorre quando há o colapso das estruturas de autoridade. Ou se o Estado é constituído por suas capacidades legais, a falência estatal é a incapacidade de exercitar tais poderes de modo efetivo. (CHESTERMAN, 2005-2006, p. 4)[6]

Há várias formas de explicar as razões que levam um Estado a se tornar falido. Sanín cita os critérios elencados por Buzan (1991) que são: 1) altos níveis de violência política, 2) um papel conspícuo da polícia na vida cotidiana dos cidadãos, 3) conflito em grande escala acerca de qual a ideologia deveria ser a base organizadora do Estado, 4) falta de uma identidade nacional coesa ou a presença de identidades em conflito dentro do Estado; 5) ausência de uma hierarquia clara e respeitada de auto-

to resolve their differences with the state and with their fellow inhabitants without recourse to arms or other forms of physical coercion".

5 Cf. "*The capacity of those nation-states to perform positively for their citizens has atrophied*".

6 Cf. "*If the state is understood as the vehicle for fulfilling a social contract, then state failure is the incapacity to deliver on basic public goods. If the state is defined by its capacity to exercise a monopoly on the legitimate use of force in its territory, state failure occurs when authority structures break down. Or if the state is constituted by its legal capacity, state failure is the incapacity to exercise such powers effectively*".

ridade política; 6) um alto controle dos meios de comunicação por parte do Estado (2010, p. 93).

Sanín também cita instituições que criaram os critérios que mensuram o espectro da "força" dos Estados, culminando com os Estados falidos como: 1) o *Failed States Index* elaborado pelo *Fund for Peace* que tem três dimensões: a social, a política e a econômica, 2) os *Failed & Fragile States Country Indicators* desenvolvido pela Universidade de Carleton no Canadá que analisa a governabilidade, a economia, a segurança e o crime, o desenvolvimento humano, a demografia e o meio ambiente, e 3) o *Low Income Countries Under Stress* (LICUS) aplicado pelo Banco Mundial que examina a gestão econômica, as políticas estruturais, as políticas de inclusão social e a equidade e a gestão do setor público e das instituições (2010, p. 99).

Ademais, duas agências do governo norte-americano desenvolveram seus próprios critérios para definir Estados falidos: *USAID* e a CIA. A primeira verifica a segurança, a política, a economia e os aspectos sociais. Enquanto a segunda analisa as guerras revolucionárias, as guerras étnicas, os regimes adversos, as mudanças internas, os genocídios e a política. Há ainda a instituição Brookings que formulou o *State Weakness Index* no tocante à política, à economia social e à segurança. Esses critérios são os mesmos do *Center for Global Policy* da Universidade de Mason que elaborou o *State Fragility Index* (SANÍN, 2010, p. 99).

Há muita controvérsia em relação aos critérios adotados para medir se um Estado é ou não falido. Mas, para Sanín, os critérios são um mal necessário *(Ibid.,* p. 98), pois eles compilam os dados de todos os Estados e permitem avaliar a situação dos Estados e onde que pode ser melhorado *(Ibid.*).

A semelhança dos indicadores elaborados se encontra no fato de que, em muitos casos, a ocorrência de conflitos está vinculada com os Estados falidos. Esses conflitos se tornaram um grande fator de ameaça à funcionalidade das condições mínimas dos Estados que mostraram as lacunas relativas à segurança, a capacidade e legitimidade de acordo com Call (2010). Entretanto, na medida em que ocorre a persistência (CALL, 2010, p. 307) ou o prolongamento (DI JOHN, 2010, p. 50) da ausência do Estado em prover com suas funções básicas, o Estado pode vir a se tornar um Estado falido.

Essa situação de falência estatal, como mencionado, passou a ganhar destaque nas análises práticas e teóricas das relações internacionais, no contexto do pós- Guerra Fria.

Helman e Ratner, em 1992, analisaram o enfraquecimento das funções estatais perante os conflitos civis, que então existiam, afirmando que

> [...] O resultante conflito civil está interrompendo serviços governamentais essenciais, destruindo o abastecimento de alimentos e redes de distribuição, e trazendo economias a uma virtual paralisação; funcionários públicos corruptos e criminosos apenas agravam a miséria humana. (HELMAN; RATNER, 2010)[7/8]

Um ano depois, a expressão 'Estado Falido' foi introduzida na agenda da política internacional quando a Secretaria de Estado e Embaixadora norte-americana na Organização das Nações Unidas, Madeleine Albrigh, declarou no último parágrafo de seu discurso que "a decisão que nós devemos tomar é se devemos tirar os apoios e permitir que a Somália volte a cair no abismo ou manter o curso e ajudar a erguer o país e seu povo da categoria de um *Estado falido* para uma de democracia emergente" (NEW YORK TIMES, 1993, grifo nosso)[9]. Comentando o contexto da Somália, ela declarou ainda que Mohammed Farah Aidid usava bandidos para aterrorizar cidadãos, interrompia as atividades econômicas e obrigava milhares de pessoas a deixarem as suas casas (NEW YORK TIMES, 1993), exemplificando consequência da falência estatal. A partir de então começaram a surgir tentativas de explicar esse novo fenômeno do cenário estatal e de tentar conceituar Estados falidos.

1 Estados Falidos: Conceitos e critérios

A falência estatal não é algo novo nas relações internacionais (ZARTMAN, 1995, p. 1). Sob o prisma da economia política internacional é algo que remonta a época da colonização quando os europeus justificavam as suas

7 Cf.: "*The resulting civil strife is disrupting essential governmental services, destroying food supplies and distribution networks, and bringing economies to a virtual standstill; corrupt and criminal public officials only exacerbate the human misery*".

8 A menção a 'Estados falidos' surgiu em 1990 no livro *State Failure: The Impotence of Politics in Industrial Society de* Martin Janicke que analisa a relação entre Estados Falidos e a Economia Política internacional sob o prisma da estrutura industrial que cada vez mais depende de recursos públicos. Contudo, como no presente artigo, a questão dos Estados falidos está mais relacionada com a Política Internacional do que com a Economia Política Internacional, optou-se por destacar o artigo de Helman e Ratner de 1992 como marco de inauguração do tema sob aquele prisma temático.

9 Cf.: "*The decision we must make is whether to pull up stakes and allow Somalia to fall back into the abyss or to stay the course and help lift the country and its people from the category of a failed state into that of an emerging democracy*".

conquistas alegando que deveriam por um fim nos governo 'selvagens' e 'bárbaros' (DI JOHN, 2010, p. 48). Porém, como categoria analítica, ela é recente.

Apesar de existir certa pacificação sobre o seu significado, ainda não há um entendimento comum na doutrina sobre as definições[10] (CHESTERMAN, 2005-2006) e sobre os critérios que podem ser utilizados para medir a funcionalidade de um Estado.

Há varias nomenclaturas adotadas pela doutrina como 'Estados falidos' (HELMAN; RATNER, 1992/3), 'Estados colapsados' (ZARTMAN, 1995)[11] e 'Estado- nação falido' (ROTBERG, 2002)[12/13]. Nesse artigo se optou pelo uso da expressão 'Estados falidos' como forma de destacar a falha institucional estatal que é o aspecto que mais interessa no relacionamento desse conceito com a temática dos refugiados, uma vez que "é apenas por meio de uma compreensão matizada do Estado como uma rede de instituições que crises na governança podem ser compreendidas adequadamente e, talvez, evitadas ou corrigidas" (CHESTERMAN, 2005/2006, p. 4)[14].

A convergência conceitual no que tange a falência estatalreside no fato de que, como mencionado, o Estado falido não consegue mais prover com as funções básicas estatais, deixando a população civil refém da violência e desprovida de serviços necessários para a manutenção de suas vidas. Esses conceitos se relacionam com as lacunas na funcionalidade de um Estado que são: (i) a segurança, (ii) a capacidade e (iii) a legitimidade (CALL, 2010). A análise dessas três lacunas é um dos vários meios de buscar-se verificar se um Estado é ou não falido[15].

---

10 A própria nomenclatura para esse tipo de Estado, ou para Estados nessas condições não é pacífica, como se verá na sequência.

11 Para Zartman há um Estado falido quando se está diante de um contexto em que a estrutura, a autoridade, a lei, a ordem política desmoronam (1995, p. 1).

12 Para Robert I. Rotberg, "Estado-nação falido" aparece quando a violência se espalha pelo Estado, os padrões de vidas são deteriorados, a infraestrutura da vida comum debilita e a ganância dos governantes prevalece sobre a responsabilidade deles em melhorar a vida das pessoas (2002, p. 86).

13 Na realidade "[c]umpre aqui ressaltar que, apesar de tal expressão ter-se consolidado, a expressão "Estado falido" não é adequada posto que (i) tem carga pejorativa e (ii) não é o Estado que faliu, mas sim o seu governo; assim seria preferível falar em Estados com crise de legitimidade ou em colapso de instituições". (JUBILUT, 2010, p. 187)

14 Cf. "*But it is only through a more nuanced understanding of the state as a network of institutions that crises in governance may be properly understood and, perhaps, avoided or remedied*".

15 Hobsbwan afirma que "há de fato uma crise geral do poder estatal e legitimidade do Estado. [...]. Em casos extremos, como em partes da África, o Estado pode ter

A *lacuna de segurança* diz respeito aos conflitos prolongados que podem impactar todo o Estado e, assim, agravando e generalizando a violação de direitos humanos (CALL, 2010, p. 307). A concentração do monopólio do uso da força nas mãos do Estado é, como visto,uma das bases de sua legitimação como instituição social (WEBER, 1999, p. 540). Para Weber,

> O Estado moderno é uma associação de dominação institucional, que dentro de determinado território pretendeu com êxito monopolizar a coação física legítima como meio de dominação e reuniu para este fim, nas mãos de seus dirigentes, os meios materiais de organização, depois de desapropriar todos os funcionários estamentais autônomos que antes dispunham, por direito próprio, destes meios e de colocar-se, ele próprio, em seu lugar, representado por seus dirigentes supremos (1999, p. 529).

Desse modo, o Estado tem o dever de proteger à vida de seus cidadãos, pois tomou para si essa função quando 'desarmou' seus cidadãos. Contudo, quando ocorre a 'desmonopolização' da coerção física, isso pode acarretar o aumento do clima de insegurança dos indivíduos que estão sob sua tutela. Um dos resultados dessa insegurança pode ser a necessidade de fuga dos cidadãos para outros Estados.

A *lacuna de capacidade* está relacionada com a incapacidade do Estado de prover com as condições mínimas de serviços como a gestão das finanças públicas e a segurança e, os bens públicos como a educação primária e os cuidados básicos da saúde (CALL, 2010, p. 306) para a população. Observa-se que a capacidade pode variar conforme o regime político adotado pelo Estado como, por exemplo, em regimes religiosos fundamentalistas que se espera que o Estado intervenha na vida familiar e privada (CALL, 2010, p. 306).

E, a *lacuna da legitimidade*[16] faz alusão tanto às atitudes e crenças dos cidadãos perante o seu governo (SCHMELZLE, 2011, p. 7) quanto a uma parte da elite política e da sociedade que não observam as regras que regulamentam o exercício do poder (CALL, 2010, p. 308, *apud* HURD, 1999,

praticamente deixado de existir, ou pode, como na Colômbia, não exercer mais o poder sobre parte de seu território" (2008, p. 13-28).

[16] Não será analisada a diferença da aplicação entre as Ciências Políticas e Sociologia de um lado, e a teoria normativa política e filosofia de outro. Mas, para Schmelzle, não haveria dois conceitos distintos, mas sim o fato de que tanto a posição empírica quando a normativa estaria inserida no mesmo conceito. Cf. uma introdução sobre essa questão em: SCHMELZLE, 2011.

p. 381). Trata-se assim tanto de legitimidade subjetiva (sobre o título de poder), quanto de legitimidade objetiva (sobre a adequação do conteúdo das ações) e de legitimidade como fator de controle social (pela concordância com as ações) (JUBILUT, 2010, p. 63 e ss).

Embora cada uma das lacunas possua definição, operacionalização e lógica diferentes, mesmo assim, elas podem interagir uma com a(s) outra(s)[17] (CALL, 2010, p. 312). Entretanto, é importante ter ciência da necessidade de levar em consideração as características peculiares de cada Estado no momento em que se for examinar as referidas lacunas.

A partir do exposto, pode-se dizer que os Estados falidos são consequências de miríades de fatores locais e globais que quando não são resolvidos pelo Estado geram instabilidade e insegurança, impedindo a manutenção da ordem pública, da paz social e da infraestrutura.

Assim, verifica-se a existência de um Estado falido quando não há realização das ações básicas de governo, restando, portanto, a autonomia - conceito basilar da própria ideia de soberania- (JUBILUT, MONACO, 2010, p. 43) minimizada. Ou seja, quando o Estado deixa de cumprir funções basilares para o qual foi criado, perdendo sua capacidade de governança, ou sua soberania positiva (JUBILUT, 2010, p. 30).

Nesses casos, além das consequências institucionais é preciso verificar as consequências práticas para os indivíduos, que podem ser compelidos a deixar seus Estados em busca e proteção, e precisam então contar com ações da comunidade internacional nesse sentido, esfera na qual se destaca o refúgio.

3 REFUGIADOS: CONSEQUÊNCIAS HUMANAS DE CRISES

1 Refúgio: origem, normativa e conceito

O asilo enquanto busca de proteção devido a algum tipo de perseguição é constante na história da humanidade, havendo registros dele desde

[17] Charles T. Call cita exemplos das lacunas interagindo umas as outras, tais como os grupos armados que aparecem devido a uma brecha na lacuna da segurança, em que esta foi motivada pelas debilidades das instituições estatais (capacidade) ou por regras ilegítimas (legitimidade). Ou um conflito civil prolongado pode perder o apoio e a legitimidade de sua população, esgotando as capacidades do Estado. Ou, o governo tem legitimidade, mas não consegue prover com as capacidades, diminuindo sua legitimidade (CALL, 2010, p. 311).

a Antiguidade (JUBILUT, 2007, p. 35), tendo sido consagrado como um direito universalmente reconhecido após a Segunda Guerra Mundial[18].

O direito de asilo conta para sua efetivação com os institutos do asilo e do refúgio, sendo aquele um ato discricionário de proteção a pessoas perseguidas por questões políticas, e esse a aplicação de um direito reconhecido internacionalmente a pessoas com bem-fundado temor de perseguição (JUBILUT, 2007, p. 36 e ss), sobretudo a partir do século XX.

O refugiado se tornou um produto do sistema de Estados (DOWTY, 1987; ORCHARD, 2007) quando este surgiu devido a Paz de Westphalia de 1648 que marcou o início do sistema internacional (ORCHARD, 2007). O processo de construção de um Estado pode provocar a fuga de indivíduos (ORCHARD, 2007) por vários motivos, seja a perseguição realizada pelo próprio Estado seja pela incapacidade do Estado de evitar outras formas de perseguição. Assim, os refugiados se relacionam intrinsicamente com o Estado, sobretudo após a adoção da ideia de territorialidade e da possibilidade de controle fronteiriço.

De tais fatos decorre a necessidade de se passar do sistema discricionário do asilo para o sistema de consagração de um direito por meio do refúgio. O que se evidenciou no início do século XX, quando houve um expressivo movimento em massa de refugiados procedentes da Revolução Russa e do colapso do Império Otomano (ACNUR, 2000, p. 15) - sobretudo os armênios (1924), os assírios (1928), os turcos (1928) e os assírio-caldeus (1928) (MUSALO *et al*, 2002, p. 18) -, e que se ficassem à mercê de decisões discricionárias de Estados poderiam não contar com proteção internacional (JUBILUT, 2007, p. 43-44).

A primeira instrumentalização jurídica do instituto do refúgio foi elaborada pela organização internacional, a Liga das Nações, que elaborou a Convenção Relativa ao *Status* Internacional dos Refugiados de 1933 (doravante Convenção de 1933)[19]. Tal Convenção foi empregada como modelo, para os futuros instrumentos jurídicos concernentes aos refugiados, pois "consolidou os acordos anteriores e trouxe abrangentes disposições sobre questões tais como *status* pessoal, emprego, direitos sociais, e educação. Ela também restringiu a prática de expulsão" (UNHCR, 1992)[20].

[18] Cf. Declaração Universal dos Direitos Humanos - Artigo XIV.

[19] Disponível em: <http://www.wdl.org/pt/item/11580/>. Acesso em: 20 abr. 2014.

[20] Cf.: "[...]*consolidated the previous arrangements and contained comprehensive provisions on matters such as personal status, employment, social rights, and education. It also restricted the practice of expulsion*".

Com o advento da Segunda Guerra Mundial, milhões de pessoas foram forçadas a abandonarem suas casas e, consequentemente, seu Estado (ISAACS, 2007)[21]. A Convenção de 1933 mostrou ser insuficiente para assegurar a proteção aos refugiados diante das atrocidades cometidas nessa guerra e passou-se a pensar em um novo instrumento jurídico internacional de proteção.

Tal instrumento foi adotado no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), que pôs a questão dos refugiados como item prioritário na agenda da 1ª Sessão da Assembleia Geral em 1946 (UNHCR, 1992). Apontou-se a imprescindibilidade de elaborar uma robusta tutela jurídica relativa aos refugiados, que deixasse claro que a proteção não está restrita apenas ao âmbito interno, mas também, deve ser de responsabilidade internacional sob a égide de um órgão próprio de proteção (UNHCR, 1992).

Esse órgão é o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), criado em 1950[22], e patrocinador da materialização da referida tutela na Convenção de 51 que dispõe exclusivamente sobre os refugiados e que estabeleceu pela primeira vez uma definição geral para o termo de refugiado[23].

De acordo com a Convenção de 51 é refugiada toda pessoa que tenha bem-fundado temor de perseguição em função de sua raça, religião, nacionalidade, opinião política ou pertencimento a um grupo social, que esteja fora de seu território de origem[24], que necessite de proteção internacional (ou seja que não se enquadre nas cláusulas de cessação[25]) e que mereça tal proteção (ou seja que não venha a ser incluído nas cláusulas de exclusão)[26].

---

21 Por exemplo, estima-se que após a Segunda Guerra Mundial houve mais de 40 milhões de refugiados e deslocados internos na Europa (ISAACS, 2007, p. 42).

22 O ACNUR foi criado pela Assembleia Geral da ONU por meio da Resolução 428 (V), que aprovou seu Estatuto. Disponível em: <file:///C:/Users/Liliana/Downloads/Estatuto_ACNUR.pdf>.

23 Convenção de 51 – Artigo 1.2 - Que, em consequência de acontecimentos ocorridos antes de 1º de Janeiro de 1951, e receando, com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar (ACNUR, 1992).

24 Convenção de 51 – Artigo 1º, § 1º, c.

25 Convenção de 51 - Artigo 1º, § 3º.

26 Convenção de 51 - Artigo 1º, § 6º .

Apesar dessa definição ampla, a Convenção de 51 apresentava limitações tanto temporais[27], com relação aos eventos anteriores à 1º de janeiro de 1951, quanto, geográficas[28], referindo-se apenas ao continente europeu, resultando na possibilidade do não reconhecimento de milhares de refugiados posteriores a aquela data e provenientes de outros continentes.

Referidas limitações refletiram a atitude dos Estados que "não queriam assumir obrigações futuras, cujas extensões **não podiam ser previstas**"(UNHCR, 1992)[29].

Tais as referidas restrições se tornaram graves obstáculosaos refugiados oriundos, particularmente, dos processos de descolonização na África e Ásia. Logo, tornou-se imprescindível que a aplicação da Convenção de 51 fosse estendida. A solução jurídica foi à elaboração do artigo 1.2 do Protocolo de 1967 que excluiu o marco temporal de 1951, universalizando a abrangência do reconhecimento do *status* de refugiado[30].

2 Inovações regionais: análise do contexto para a determinação do *status* de refugiado

A partir desse momento, foram os instrumentos jurídicos regionais que se encarregaram da tarefa de inserir novos elementos à conceituação de refugiado. Sendo, de certa forma essa estratégia também a solução encontrada para lidar com a incapacidade do Estado diante dos efeitos da violência aos seus cidadãos[31].

A primeira organização regional que incluiu novos elementos para o reconhecimento do *status* de refugiado foi a Organização da Unidade Africana (OUA). Em 1969, o artigo 1.2 da Convenção da OUA ampliou a pro-

[27] Convenção de 51 - Artigo 1-B, 1, a: "Acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa" (ACNUR).

[28] Convenção de 51 - Artigo 1-B, 1, b: "Acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa ou alhures" (ACNUR).

[29] Cf.:*"not to assume obligations for the future, the extent of which could not be foreseen"*.

[30] Protocolo de 1967 - Artigo 1.2 – "Para os efeitos do presente Protocolo, o termo refugiado deverá, exceto em relação à aplicação do parágrafo 3 deste artigo, significar qualquer pessoa que caiba na definição do artigo 1º, como se fossem omitidas as palavras como resultado de acontecimentos ocorridos antes de 1º de Janeiro de 1951 e [...] e as palavras [...] como resultado de tais acontecimentos, no artigo 1-A".

[31] Observa-se que o Estado ou ele é incapaz ou não deseja assegurar a proteção de sua população civil. Mas, no presente artigo, o estudo objetiva observar a incapacidade do Estado.

teção para os refugiados provenientes de um Estado que sofra agressão, ocupação externa, dominação ou conflito civil[32].

Essa inserção é bastante relevante, pois abrange as pessoas que buscam refúgio em outros Estados devido à ocorrência de conflitos, mesmo que elas não estejam sendo perseguidas por causa da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em grupo social ou opinião política. Ou seja, é um primeiro momento de, no atual regime de refúgio[33], inversão da ótica de análise para a conceituação de refugiado, saindo-se de uma análise de motivos individuais para uma análise do contexto do qual provem o refugiado.

Tal tendência foi seguida pela Declaração de Cartagena de 1984 que, inspirada pela inovação da Convenção da OUA de 1969, introduziu o elemento da **grave e generalizada violação aos direitos humanos** como motivo para o reconhecimento do *status* de refugiado[34].

A Declaração de Cartagena não apenas passa a olhar para o contexto como motivo para o refúgio como ela própria é fruto de seu entorno: entre a década de 1970 e meados de 1980, o continente americano, particularmente, o centro-americano, viveu a deflagração de vários conflitos que resultaram na fuga de milhões de indivíduos (MOREIRA, 2005), sendo que dos dois milhões que fugiram (MOREIRA, 2005, p. 63), apenas 150

[32] Convenção da OUA - Artigo 1.2 "[...] qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade".

[33] De acordo com Hathaway (1991) no regime de refúgio entre 1935 e 1939, pode-se identificar a denominada fase da perspectiva social "quando se entendia os refugiados, ainda coletivamente, como "produtos" de ocorrências sociais ou políticas" (JUBILUT, 2007, p. 27)

[34] Declaração de Cartagena – 3ª conclusão: "Reiterar que, face à experiência adquirida pela afluência em massa de refugiados na América Central, se toma necessário encarar a extensão do conceito de refugiado tendo em conta, no que é pertinente, e de acordo com as características da situação existente na região, o previsto na Convenção da OUA (Artigo 1º, § 2) e a doutrina utilizada nos relatórios da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados, as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida**,** segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela **violência generalizada**, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública". (grifo nosso).

mil se enquadravam nos critérios de reconhecimento como refugiado da Convenção de 51 (ACNUR, 2000, p. 132). Para que aqueles não ficassem desamparados legalmente, foi inserida na Terceira Conclusão da Declaração de Cartagena a questão da violência generalizada como causa para o reconhecimento do *status* de refugiado, garantindo a ampliação da possibilidade de proteção e a assistência.

Para Jubilut e Carneiro, a Declaração de Cartagena "constrói a definição de refugiados sobre a situação objetiva e o ambiente político e social do Estado de origem como o principal critério de definição"[35] (2011, p. 67). Tal construção vai além do reconhecimento da condição individual dos refugiados (prevista na Convenção de 51), passando também a ser contextual *(Ibid.*) como, por exemplo, a partir da existência de conflitos armados. Assim, os dois documentos regionais se tornam complementares à e não excludentes da Convenção de 51 (PIOVESAN, 2001), o que não apenas não é proibido[36] mas pode levar a ampliação da proteção. Como afirma Ivor C. Jackson (1991, p. 411-412):

> O conceito de refugiado, tal como definido na Convenção e no Protocolo, é uma base jurídica apropriada para a proteção universal dos refugiados em todo o mundo. Isso não impede a aplicação do conceito de refugiado "mais extenso". Os dois conceitos de refugiados não devem ser entendidos como mutuamente exclusivos. O conceito "mais extenso" deve ser considerado como um aspecto da definição da Convenção e como um meio técnico efetivo de facilitar a sua ampla aplicação humanitária em situações grupais de larga escala.[37]

O acompanhamento das modificações pelas legislações regionais mostra que o conceito de refugiado é um conceito "vivo" que está em constante transformação. Ele não se restringe ao tempo e ao espaço, mas sim, procura ampliar o foco da proteção, a fim de assegurar proteção ao ser humano.

---

35 Cf. "[...] *builds the refugee definition upon the objective situation and the social and political environment of the country of origin as the main definition criterion*".

36 Na verdade o oposto da proibição aparece no artigo 5º da Convenção de 51 - "[n]enhuma disposição desta Convenção prejudica outros direitos e vantagens concedidos aos refugiados, independentemente desta Convenção".

37 Cf.: "*The refugee concept as defined in the Convention and the Protocol is an appropriate legal basis for protecting refugees throughout the world. This does not preclude the application of the 'broader' refugee concept. The two refugee concepts should not be regarded as mutually exclusive. The 'broader' concept should rather be considered as an aspect of the Convention definition and as an effective technical means of facilitating its broad humanitarian application in large-scale group situations".*

4 ESTADOS FALIDOS E REFÚGIO

1 Estados Falidos como causa de refúgio

Como visto a definição de Estados falidos, como situações em que há falha institucional sobre segurança, credibilidade ou legitimidade, e a possibilidade de reconhecimento do *status* de refugiado a partir do contexto no qual o refugiado está inserido, permitem verificar a aproximação entre essas duas categorias conceituais.

A extrema vulnerabilidade da população civil frente às violações de seus direitos fundamentais como à vida, a força a ir à busca de um "lugar seguro", pois o seu Estado não consegue mais ampará-la, devido à deficiência do mesmo em não conseguir exercer mais as suas funções.

Quanto mais falha a estrutura institucional do Estado mais provável será a necessidade de deslocamento de pessoas a fim de buscar maior segurança, e proteção à sua vida e às suas liberdades. Sendo esses três elementos basilares nas tentativas de definição de refugiado (sobretudo na Declaração de Cartagena[38]), verifica-se uma aproximação intrínseca entre a ideia de Estados falidos e de refugiados.

Para Piovesan, "a ameaça de violação ou a efetiva violação a direitos fundamentais resultam na busca de asilo. [...] a violação e colapso do Estado de Direito, a violência, os conflitos internos e a limpeza étnica constituem as causas principais que levam à solicitação de refúgio" (2001, p. 44). Ou seja, o colapso institucional do Estado pode ser considerado um dos mais relevantes aspectos "causadores" dos refugiados. Nesse sentido, e como se depreende de todo o exposto até aqui, a aproximação conceitual e causal de Estados Falidos e refúgio é inegável.

2 Estados Falidos como obstáculo à Repatriação Voluntária

Contudo, tal aproximação causal não é a única, existindo também relacionamento no que diz respeito às soluções duráveis para os refugiados, sobretudo à repatriação.

A repatriação ocorre quando os motivos que levaram as pessoas a buscaram proteção em outro Estado cessaram, e o retorno a seu Estado de origem, já que o mesmo se fortaleceu como instituição social, é possível.

[38] Cf. Declaração de Cartagena - Conclusão III, § 3.º

A repatriação[39] faz parte da solução durável da questão dos refugiados, sendo que as outras duas soluções adotadas pela comunidade internacional desde o final da Segunda Guerra Mundial são a integração[40/41]e o reassentamento[42/43].

A repatriação voluntária pode ser entendida como a solução durável preferencial (UNHCR, 1992), pois não apenas representa à volta ao lar, mas também implica no reestabelecimento do vínculo entre indivíduo e Estado de origem, fazendo com que a proteção internacional não seja mais necessária.

É importante destacar que a repatriação deve ser sempre voluntária. Para Collins (1996, p. 64) o adjetivo 'voluntária' que acompanha o substantivo 'repatriação', "refere-se a uma decisão livre e sem restrições de retornar para casa"[44]. Tal fato insere um componente de autonomia decisória a partir da perspectiva dos refugiados.

O contexto histórico mostra que, no passado a decisão de regressar ao Estado de origem de modo voluntário estava mais atrelada aos conflitos de independências nacionais associados à descolonização como no continente africano, do que com as condições locais para a sobrevivência dos indivíduos (COLLINS, 1996, p. 41). Agora, os refugiados passam a avaliar as condições atuais do Estado, baseando suas decisões mais "pelo seu estilo de vida como refugiados e quais são os potenciais benefícios que continuar

[39] Cf. Estatuto do ACNUR - artigos 1º, 8c e 9. Disponível em: <file:///C:/Users/Liliana/Downloads/Estatuto_ACNUR.pdf>

[40] Cf. Estatuto do ACNUR - artigos 1º e 8c.

[41] A integração ao país de acolhimento é a busca pela adaptação e inserção do refugiado à comunidade do Estado de acolhida. Para Mazão, o refugiado vai se "adaptando-se aos costumes locais e integrando-se à sociedade. Nestas situações os refugiados são estimulados a integrar as comunidades locais e com o tempo podem chegar a obter a cidadania permanente. Para que a integração local seja bem sucedida, é fundamental que os governos permitam e estimulem o acesso dos refugiados ao mercado de trabalho, educação, serviços de saúde e outros serviços básicos" (2011, p. 21).

[42] Cf. Estatuto do ACNUR - artigos 8-e e 9.

[43] O reassentamento é considerado a última alternativa, quando as duas primeiras (repatriação voluntária e a integração) já não são mais viáveis para assegurar à vida dos refugiados (ACNUR, 1998). Essa solução permite que "os refugiados, que não se integraram ou que não encontraram segurança no país de asilo, possam encontrar segurança em outro lugar" (MAZÃO, p. 21, 2011). Dessa forma, restou se realocarem para um terceiro país, o do reassentamento onde eles encontram-se seguros.

[44] Cf.: "*refers to a free and unhindered decision to return home*".

a viver exílio tem em detrimento de retornar para casa"[45] (COLLINS, 1996, p. 41), e nesse sentido, se a condição do Estado é a de um Estado falido tal retorno será prejudicado.

Caso a situação no Estado de origem ainda seja instável, o refugiado pode recusar em ser repatriado.

Verifica-se, assim, que para que a repatriação possa ser tanto viável quanto uma solução preferencial é preciso que o Estado seja fortalecido enquanto instituição social.

Para que ocorra o fortalecimento[46], é preciso antes estudar as peculiaridades de cada Estado, para depois saber como assegurar à proteção a população civil (segurança); aumentar a eficácia, a responsabilidade e o alcance das instituições do Estado (capacidade); e criar medidas de inclusão social e que a população aceite o sistema de governança nacional (legitimidade) (CALL, 2010, p. 307-314).

A análise das condições objetivas do Estado é imprescindível para o retorno, e apenas quando o Estado for capaz de prover com as condições mínimas de vida, os refugiados terão apoio para escolher pela repatriação voluntária.

Tal fato é relevante pois conforme o artigo 1.4 da Convenção de 51, os refugiados, quando retornam ao seu país, deixam de ser protegidos pelo regime internacional do refúgio[47]. Assim é indispensável que haja um procedimento adequado para o apoio à repatriação voluntária.

A Convenção da OUA (1969) foi a primeira a inserir normas sobre os procedimentos que devem ser adotados no repatriamento voluntário conforme o artigo 5º[48]. Tal artigo explicita os direitos e deveres do Estado

[45] Cf.: "*by their lifestyles as refugees and what potential benefits continued exile have over returning home*".

[46] A análise sobre o processo de fortalecimento de Estados falidos foi explicado de modo sumário, uma vez que o estudo deve ser específico a cada Estado. Todavia, nesse artigo procurou-se citar as medidas que poderiam ser tomadas de modo geral para tornar o Estado viável para receber os repatriados.

[47] Convenção de 51 - Artigo 1.4: "A Convenção de Genebra de 1951 deixará de ser aplicada nos seguintes casos: [...] (4) Se voltou voluntariamente a instalar-se no país que deixou ou fora do qual ficou com receio de ser perseguido".

[48] Convenção da OUA - Artigo 5º: "Repatriação voluntária
1 – O carácter essencialmente voluntário do repatriamento deve ser respeitado em todos os casos e não pode ser repatriado nenhum refugiado contra a sua vontade.
2 - Em colaboração com o país de origem, o país de asilo deve tomar as medidas adequadas para o regresso são e salvo dos refugiados que solicitam o seu repatriamento.

de origem relativos aos refugiados que decidem retornar. Os direitos fazem alusão ao respeito à decisão dos refugiados que optarem por não quererem regressar. Já, os deveres estão relacionados em facilitar a reinstalação, em não praticar qualquer sanção em virtude da fuga do indivíduo, garantindo a segurança e a retomada de uma vida normal e pacífica, e, em prover com toda a assistência necessária ao seu retorno.

Na perspectiva de relacionamento entre a repatriação e a ideia de Estados falidos, verifica-se que é relevante avaliar a real situação desse a fim de que aquela possa ser realizada.

Collins (2006) verificou que a escolha em retornar ao Estado de origem está atrelada a três fatores: informação, meios de subsistência e laços familiares.

As *informações* são imprescindíveis, pois elas fornecem a dimensão da real situação em que se encontra o Estado. Os principais elementos que as informações devem conter são sobre a segurança, o trabalho, a terra, a comida, a saúde, a educação e outros serviços sociais (COLLIN, 1996). Tais informações vão indicar se o Estado está apto ou não a receber novamente seus cidadãos.

Para Collins (*apud* NUNES; WILSON, 1996, p. 34),

> Assim que os refugiados se estabelecem no exílio, geralmente começa um processo de determinar quando a repatriação poderá ser possível. São os próprios refugiados e não os governos, as ONGS ou a ONU, que se tornam os principais atores nesse processo. Apesar do fato de que

3 - O país de origem que acolhe os refugiados que aí retomam deve facilitar a sua reinstalação, conceder todos os direitos e privilégios dos seus nacionais e sujeitá-los às mesmas obrigações.

4 - Os refugiados que voltam voluntariamente ao seu país não devem incorrer em nenhuma sanção por o terem deixado independentemente da razão que deu origem à situação de refugiado. Sempre que seja necessário, devem ser lançados apelos por intermédio dos meios nacionais de informação ou do Secretário-Geral da OUA, para convidar os refugiados a voltar ao seu país e dar-lhes garantias que as novas situações que vigoram em seus países de origem permitem que lá voltem sem qualquer risco e de lá retomar uma vida normal e pacífica, sem receio de serem incomodados ou punidos. O país de asilo deverá remeter aos refugiados o texto desses apelos, explicando-os claramente.

5 - Os refugiados que decidem livremente voltar à sua pátria em consequência dessas garantias ou por sua própria iniciativa, devem receber da parte do país de asilo, do país de origem bem como de instituições voluntárias, de organizações internacionais e intergovernamentais, toda a assistência possível susceptível de facilitar o seu regresso".

> pode ter havido uma ruptura extrema durante e imediatamente após as fugas de seus países de origem, refugiados, suas famílias e comunidades logo desenvolvem sofisticadas redes sociais em suas áreas de assentamento. Usando essas redes sociais, os refugiados procuram ativamente fontes de informação que consideram confiáveis, a fim de saber o que está acontecendo em sua terra natal.[49]

A contenção da violência é a condição primária para um verdadeiro retorno voluntário, pois "os refugiados geralmente tem pouco interesse em voltar a suas casas, se as condições não mudaram significativamente para melhor"[50] (COLLINS, 1996, p. 59). Ademais de que à segurança também está vinculada com a situação política interna no Estado de origem (CALL, 2010, p. 306-307).

As informações sobre a situação da infraestrutura também são fundamentais, pois durante um conflito interno, muitas instalações como escolas, hospitais, pontes e estradas foram destruídas total ou parcialmente (COLLINS, 1996). Para o ACNUR, a falta de investimento na infraestrutura e nos serviços básicos, implica em "um contexto onde não é assegurada a reintegração da população dos repatriados, onde não é garantida a sustentabilidade, e não podem ser excluídos novos movimentos populacionais em busca de meios de subsistência sustentáveis" (2008).

Um Estado que esteja exercendo suas funções, deve agir como um todo, não somente pensando na questão da infraestrutura, mas também dos serviços básicos, pois,

> [...] embora se espere que o forte investimento do governo na infraestrutura do país eventualmente gere novas oportunidades de subsistência para os repatriados, as necessidades imediatas destas pessoas também residem em áreas como educação, saúde, abastecimento de água e saneamento. (ACNUR, 2008)

---

[49] Cf.: "*As soon as refugees become settled in exile, there generally begins a process of determining when repatriation could be possible. It is the refugees themselves, not governments, NGOs or the UN, who become the principal actors in this process. Despite the fact that there may have been extreme disruption during and immediately following the flight from their homeland, refugees, their families and communities soon develop sophisticated social networks in their settlement areas. Using these social networks, the refugees actively seek out information sources that they consider reliable in order to learn about what is happening back home*".

[50] Cf.: "*refugees generally have little interest in returning home if conditions that have not changed appreciably for the better*".

Assim, as coletas de informações podem ser realizadas por meio de fontes informais, como os primeiros repatriados ou membros familiares que ainda se encontram lá. Ou, por meio de fontes formais como o ACNUR e ONGs que "podem fornecer informações com base mais ampla sobre a possibilidade de programas oficiais de repatriação e segurança regional"[51] (COLLINS, 1996, p. 48).

É condição precípua de um indivíduo ter acesso aos *meios de subsistência* para sobreviver. E, o regresso a um Estado que está apto a fornecer tais meios, é levado em consideração na escolha (COLLINS, 1996, p. 62) e deve ser um fator a ser trabalhado na reconstrução e/ou no fortalecimento de Estados falidos a fim de que a repatriação possa ocorrer.

A *família* é considerada o pilar fundamental da sociedade, pois é aonde que ocorre a realização da existência do indivíduo e da confraternização com os outros (SOARES, 2011). O princípio da unidade familiar aparece na Ata final da Conferência que adotou a Convenção de 51 recomenda que a família do refugiado seja protegida pelo Estado por meio de medidas positivas (SOARES, 2011), pelo que se verifica que a unidade familiar integra o rol de princípios do Direito Internacional dos Refugiados.

A família tem o direito de ser protegida pelo Estado e este deve fornecer todos os meios necessários para a manutenção e preservação das entidades familiares (SOARES, 2011). A decisão do regresso articula-se com o dever do Estado e o interesse dos refugiado sem reatar os laços familiares, pois,

> para a maioria dos refugiados, a unidade central da organização é o núcleo familiar, formando uma única unidade produtiva (*apud* Harrel-Bond, p. 53). Especialmente no exílio, a maioria dos refugiados busca manter laços entre os membros familiares, bem como, com os membros de seu grupo de parentesco. [...] as famílias de refugiados podem desempenhar um papel importante no momento do retorno a casa. Famílias que enviaram alguns membros para casa mais cedo a fim de explorar as condições podem estar dispostas a voltar para casa mais rapidamente, com o objetivo de reunir o núcleo familiar.[52] (COLLINS, 1996, p. 48-49)

[51] Cf.: "*can provide more broad-based information regarding the possibility of official repatriation programs and regional security*".

[52] Cf.: "*For most refugees, the central unit of organization is the immediate family forming a single productive unit (Harrell-Bond 1986, p. 6). Especially in exile, most refugees seek to maintain ties between family members, as well as members of their kin*

Assim, o papel preponderante da família na constituição do indivíduo é uma questão importante para os refugiados que buscam reatar a união familiar na volta ao lar que tiveram que abandonar tudo, para salvar as suas vidas.

A importância do regresso significa o fim do ciclo como refugiado. É a reconstrução da identidade do refugiado como cidadão em seu Estado de origem.

V CONSIDERAÇÕES FINAIS

A falência estatal ocorre quando o Estado deixa de cumprir com os requisitos de existência mínima, como a segurança, a capacidade e a legitimidade, que o legitimam como instituição social. Entre os possíveis resultados decorrentes do cenário de um Estado falido pode se inserir a fuga de seus cidadãos em busca de refúgio. Os Estados falidos podem assim ser causa de refugiados.

Situações de falência estatal podem ser entendidas como englobadas na ampliação do aparato legal aos refugiados por meio da Convenção da OUA de 1969 e da Declaração de Cartagena de 1984, quando o contexto de inserção dos refugiados passou a ser levado em consideração como fator causal dos deslocamentos e como motivo do reconhecimento do *status* de refugiado.

Contudo, a relação entre Estados falidos e refúgio vai além do relacionamento causal: a partir do momento, em que o Estado se fortalece e reassume o dever de cumprir com as suas obrigações, há chances dos refugiados de se repatriarem voluntariamente.

Assim, fortalecer os Estados a fim de não gerar refugiados ou de permitir o retorno dos mesmos é uma estratégia relevante para a proteção de seres humanos no contexto internacional, o que faz com que a aproximação dos temas dos Estados falidos e do refúgio precisem cada vez ser mais analisada.

REFERÊNCIAS

ACNUR. *A Situação dos Refugiados no Mundo 2000:* cinquenta anos de ação humanitária. Nova York: Oxford University Press, 2000.

group. [...] *refugees' families may play an important role in the timing of the return home. Families who have sent some members home early to scout conditions may be willing to return home more quickly in order to reunite the family unit*".

ACNUR. *Avaliação do Programa de Reintegração do ACNUR em Angola*, 2008.

ALBRIGHT; Madeleine K.*Yes,There Is a Reason to Be in Somalia*. *New York Times*, 10 de agosto de 1993.

BETTS, Alexander. *State fragility, refugee status and 'survival migration'. Forced Migration Review*, n. 43, maio de 2013.

BRADLEY, Megan. *Refugee Repatriation Justice, Responsibility and Redress.* Cambridge: Cambridge University Press. 2013.

CALL, T. Charles. Beyond the 'failed state': Toward conceptual alternatives. *European Journal of International Relations*, 17, 2, 2010, p. 303–326.

CHESTERMAN, S. From State Failure to State-Building: Problems and Prospects for a United Nations Peacebuilding Commission. *Journal of International Law and International Relelations*, 2, 2005-2006, p. 155 e ss.

COLLINS, John.*An analysis of the voluntariness of refugee repatriation in Africa*. Dissertação (Mestrado em Artes), Departamento de Geografia, Universidade de Manitoba, 1996.162 p.

DI JOHN, Jonathan. Conceptualización de las causas y consecuencias de los Estados fallidos: una reseña crítica de la literatura.Tradução de Michael Robert Forrest.*Revista de Estudios Sociales,* n. 37,2010. p. 46-86.

DOWTY, Alan. *Closed borders:* the contemporary assault on freedom of movement. New Haven: Yale University Press. 1987.

FISCHEL DE ANDRADE, J. H. *Direito Internacional dos Refugiados- Evolução Histórica (1921-1952)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

FRELICK, Jill. Preventing refugee flows: protection or peril. *World Refugee Survey,* 1993, p. 5-13.

HADDAD, Emma. *The refugee: a conceptual analysis- Between sovereigns*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008

HATHAWAY, James C. *The law of refugee status*. Canadá: Butterworths, 1991.

HELMAN, Gerald; RATNER, Steven.Saving failed states. *Foreign Policy*, n. 89, 2010.21 p.

HOBSBAW, Eric. *On Empire: America, War and Global Supremacy*. New York: Pantheon, 2008.

ISAACS, Ann Katherine. *Immigration and Emigration in Historical Perspective*. Edizioni Plus: Pisa University Press. 2007.

JACKSON, Ivor C. *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees*. *International Journal of Refugee Law*, v. 3, n. 3, 1991, p.403-413.

JANICKE, Martin. *State Failure: The Impotence of Politics in Industrial* Society. EUA: Penn State University Press, 1990.

JUBILUT, Liliana Lyra. *Não-intervenção e legitimidade internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

JUBILUT, Liliana Lyra.; CARNEIRO, Wellington P. Resettlement in Solidarity: a regional new approach towards a more humane durable solution. *Refugee Survey Quarterly,* 3, 2011, p. 63-86.

JUBILUT, Liliana Lyra; MONACO, Gustavo F. C. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Lex, 2010. (Coleção Sínteses Jurídicas Lex)

MAZÃO, Isabela de Oliveira. *Situações de refúgio prolongado e Estados falidos*. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Minas Gerais, 2011.

MOREIRA, Julia Bertino. A Problemática dos Refugiados na América Latina e no Brasil. *Cadernos PROLAM/USP*, ano 4, v. 2, 2005, p. 57-76.

MUSALO, Karen; MOORE, Jennifer; BOSWELL, Richard A. R*efugee Law and Policy: a comparative and international approach*. 2. ed. Durham: Carolina University Press, 2002.

MRFLEET, Philip. *Refugees in a Global Era*. New York: Palgrave MacMillan, 2006.

NASCIMENTO, Marcio Fagundes de. *Uma perspectiva sobre a privatização do emprego da força por atores não estatais no âmbito multilateral*. Brasília: FUNAG, 2010.

ORCHARD, Phil. *Refugees and the evolution of International Cooperation*. In: Canadian Political Science Association Annual Conference, 2007.

PIOVESAN, Flavia. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ARAUJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *O direito Internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. São Paulo: Renovar, 2001, p. 27-64.

ROTBERG Robert I. (ed.). *When States Fail Causes and Consequences*. New Jersey: Princeton University Press, 2004.

ROTBERG, Robert I. *Nation-State Failure: a Recurring Phenomenon*? 2003.

ROTBERG, Robert. I. The New Nature of Nation-State Failure. *The Washington Quarterly,* 2002, 25, 3, p. 85–96.

SANÍN, Francisco Gutiérrez. ¿Estados fallidos o conceptos fallidos? La clasificación de las fallas estatales y sus problemas.*Revista de Estudios Sociales*, 2010. p. 87-104.

SCHMELZLE, Cord. Evaluating governance: effectiveness an legitimacy in areas of limited statehood. *Governance Working Paper Series*, nº 26. Berlim: Research Center (SFB) 700, 2011.

SOARES, Carina de Oliveira. O princípio da unidade da família no direito internacional dos refugiados. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011.

UNHCR. *Resettlement Handbook*. Genebra: UNHCR Division of International Protection, 1998.

_____. *An introduction to the international protection of refugees* (RLD 1), 1992.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos a sociologia compreensiva.* V. II. Brasília: Editora da Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

ZARTMAN, William. Introduction: Posing the problem of state collapse. In: ZARTMAN, William. *The Disintegration and Restoration of Legitimate Authority.* Boulder: L. Rienner Publishers, 1995, p. 1-11.

6

AS VÍTIMAS DE TRÁFICO DE PESSOAS COMO UM DETERMINADO GRUPO SOCIAL NOS TERMOS DA CONVENÇÃO SOBRE O *STATUS* DE REFUGIADO DE 1951

Arisa Ribas Cardoso

Mestre em Direito Internacional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, na área de Direito e Relações Internacionais. Bacharel em Relações Internacionais e em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.
arisarc@gmail.com

Danielle Annoni

Professora de Direito Internacional e Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado da UFSC e do Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais, Mestrado, da UFSC. Coordenadora do Observatório de Direitos Humanos da UFSC.
danielle.annoni@gmail.com
www.direitoshumanos.ufsc.br
http://lattes.cnpq.br/6879670263291053

I INTRODUÇÃO

O tráfico de pessoas é um crime que faz vítimas em todos os cantos do mundo e viola os direitos humanos destas de maneira violenta e traumática. Estas vítimas, normalmente, já se encontram em situação de vulnerabilidade quando da sua captação. No momento em que conseguem se libertar dos traficantes e atingir autoridades estatais em um país estrangeiro, deparam-se, muitas vezes, com os mais diversos entraves burocráticos para a sua regularização e proteção. Neste sentido, a aplicação da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados a estas vítimas, pode ser em muitos casos a melhor opção em termos de respeito à dignidade e aos direitos humanos. Para isto, entretanto, é necessário a verificação dos requisitos impostos pela Convenção, dentre os quais o mais flexível e passível de enquadramento das vítimas é o fundado temor de perseguição por pertencimento a determinado grupo social.

Assim sendo, neste artigo busca-se verificar a possibilidade de enquadramento das vítimas de tráfico como determinado grupo social, nos termos da Convenção de 1951, conforme, especialmente as sugestões de interpretação desta pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados - ACNUR. Para isto, inicialmente é apresentada a definição de refugiado nos termos da Convenção, bem como discorrido sobre os requisitos para o reconhecimento desta condição. Em seguida é discutida a interpretação do termo "pertencimento a determinado grupo social" e feitas breves considerações sobre o gênero como determinado grupo social. É apresentado, então, o marco jurídico internacional atual sobre a questão do tráfico de pessoas, o que ele define como o crime e trata sobre a proteção às vítimas, para por fim verificar a aplicação da Convenção de 1951 às vítimas de tráfico de pessoas, em especial a possibilidade de reconhecê-las como um determinado grupo social.

II O REFUGIADO NOS TERMOS DA CONVENÇÃO DE 1951 E DO PROTOCOLO DE 1967

Pessoas deslocadas de seus locais de origem por motivos de perseguições, violência, guerras, existem desde os primórdios da história da humanidade. Ao longo do tempo, em especial nos últimos séculos, foram criados institutos jurídicos para proteger estas pessoas, bem como auxiliar no seu retorno, quando possível. O marco jurídico global atual, entretanto, é recente. A Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados foi concluída e assinada em 1951 e só entrou em vigor em 1954 (ACNUR, 2013). Assim,

antes de adentrar na questão específica objeto deste artigo é necessário compreender quem pode ser reconhecido[1] como refugiado, quem não tem direito a este reconhecimento, bem como os principais direitos e deveres a eles impostos na forma da Convenção.

A Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos refugiados foi criada com intuito de resolver o problema dos refugiados europeus da segunda guerra mundial. Havia, então, expressamente a previsão de que refugiado era quem havia sido reconhecido como tal nos termos das convenções anteriores sobre o tema, bem como da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados[2], ou quem:

> *2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él*. (CONVENCIÓN, 1951, p. 2)

Era expressa a delimitação temporal. Só eram refugiados aqueles que o fossem em razão de acontecimentos anteriores a 1º de janeiro de 1951. No artigo seguinte, há a delimitação espacial, que apresenta a alternativa de os Estados escolherem o âmbito de aplicação da Convenção. Segundo o artigo 1-B da Convenção, os acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 poderiam ser interpretados de duas diferentes formas: a) "acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa"; ou b) "acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa ou alhures". O país signatário deveria então optar por uma destas opções no momento da assinatura, ratificação ou adesão à Convenção.

---

1 *De acuerdo con la Convención de 1951, una persona es un refugiado tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado. Así pues, el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo. No adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado.* (ACNUR, 1992)

2 A Organização Internacional dos Refugiados havia sido criada em foi criada em caráter provisório em 1947, tendo encerrado suas atividades em 1949, dando lugar ao atual Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR. (BARBOSA & HORA, 2007)

Assim, apesar da possibilidade dos Estados estenderem o âmbito de aplicação da Convenção, a delimitação temporal impunha um caráter provisório à mesma. Com o passar do tempo, no entanto, foi-se percebendo que havia muitas outras pessoas que necessitavam de proteção como as dispostas no Estatuto, mas que não estavam abarcadas por ele, tendo em vista sua vulnerabilidade ser originaria de acontecimentos posteriores. Nesse sentido foi então elaborado o Protocolo de 1967 que, para os que o ratificassem, ampliavam a aplicação do Estatuto também aos acontecimentos posteriores a 1º de janeiro de 1951 e, portanto, tornava o instituto do refúgio nos termos da Convenção algo permanente[3].

Foram mantidas, entretanto, as demais delimitações para o reconhecimento da condição de refugiado. Logo, é necessário para o reconhecimento desta condição, segundo o artigo 1-A (2) da Convenção, o fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a determinado grupo social ou opiniões políticas; e, a pessoa estar fora do seu país de nacionalidade e não poder, ou em virtude do temor, não querer valer-se da proteção deste país. Estas condições são cumulativas, ou seja, a pessoas deve ter o temor de perseguição por algum dos motivos elencados, bem como estar fora do seu país e não poder, ou não querer, pelo temor, valer-se da sua proteção.

Para reconhecer um refugiado é necessário entender o que esses elementos de caracterização significam. O ACNUR, no seu *"Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados"*[4] apresenta algumas explicações e sugestões de interpretações para os agentes dos governos que vão acolher os refugiados.

Quanto ao primeiro elemento de reconhecimento, qual seja, o "fundado temor de perseguição" o Manual vai destacar que ele alia o elemento subjetivo "temor" com o objetivo "fundado". Assim, é necessário que, mais do que a pessoa declarar que possui medo de alguma perseguição, deve apresentar motivos fundados para isso, os quais, entretanto, devem ser sopesados levando-se em consideração as características pessoais do solicitante de refúgio, como o pertencimento a um grupo racial, religioso, na-

[3] Quanto à limitação espacial, o protocolo dispõe que sua aplicação não tem limitação espacial, exceto nos casos de países já parte da Convenção que optaram pela primeira interpretação. Desta forma, para a maioria dos países, deixou de existir as restrições temporais e espaciais do Estatuto.

[4] Daqui para frente referido apenas como Manual.

cional, social ou político, combinado com a situação do seu país de origem (ACNUR, 1992). No que concerne ao elemento "perseguição", não há uma definição unânime do que seria, mas de acordo com a Convenção de 1951, pode-se entender

> [...] *que toda amenaza contra la vida o la libertad de una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas es siempre persecución. También constituirían persecución otras violaciones graves de los derechos humanos por las mismas razones.* (ACNUR, 1992, p. 11)

Conforme já apontado, este fundado temor de perseguição deve se dar por motivo de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a determinado grupo social ou opiniões políticas, podendo, naturalmente, ser por mais de um concomitantemente. Segundo o Manual, raça deve ser entendido em seu sentido amplo, abarcando todas as etnias, bem como *"la pertenencia a un grupo social determinado de ascendencia común que constituye una minoría en el seno de una colectividad más amplia"* (ACNUR, 1992, p. 13). Quanto à religião, a perseguição

> [...] *puede adoptar diversas formas, por ejemplo, la prohibición de pertenecer a una comunidad religiosa, del culto en privado o en público, de la instrucción religiosa, o bien graves medidas de discriminación impuestas a las personas debido a la práctica de su religión o por pertenecer a una determinada comunidad religiosa.* (ACNUR, 1992, p. 14)

No que concerne à nacionalidade, esta não se refere apenas à cidadania, mas também ao pertencimento a um grupo étnico e/ou linguístico, podendo se confundir também com a raça. No que diz respeito ao pertencimento a determinado grupo social, o Manual é bastante vago e genérico, apontando apenas que:

> *77. Un "determinado grupo social" suele comprender* ***personas de antecedentes, costumbres o condición social similares****. Los temores alegados por una persona de ser perseguida por este motivo puede muchas veces coincidir con sus temores de serlo también por otros, por ejemplo, su raza, su religión o su nacionalidad.*
>
> *78. La pertenencia a ese determinado grupo social puede ser la causa fundamental de la persecución porque no se confía en la lealtad del grupo a los poderes públicos o porque se considera que las opiniones*

> *políticas, los antecedentes o la actividad económica de sus miembros, o la existencia misma del grupo social como tal, son un obstáculo a la política gubernamental.*
>
> *79. Generalmente, el mero hecho de pertenecer a determinado grupo social no será suficiente para justificar la reclamación de la condición de refugiado. Sin embargo, en ciertas circunstancias especiales, la mera pertenencia puede ser causa bastante para temer la persecución.* (ACNUR, 1992, p. 14, grifou-se)

Por fim, o Manual vai definir que a perseguição por opiniões políticas vai se dar quando o perseguido não é tolerado pelas autoridades em razão de suas opiniões (ACNUR, 1992).

Além destes motivos, outro requisito para o reconhecimento de um refugiado é que ele esteja fora do seu país de nacionalidade, que designa, segundo o ACNUR (1992) a cidadania. Isto é importante, pois não é possível que seja aplicada a proteção internacional enquanto a pessoa se encontra sob a jurisdição do Estado do qual é nacional[5] (ACNUR, 1992). Por fim, a pessoa não pode, ou não quer se valer da proteção do seu Estado. Isto pode ocorrer pelo Estado não ter condições de garantir a proteção ou se negue a garanti-la, ou ainda, por ser ele mesmo um dos agentes perseguidores, motivando o refugiado a não querer se manter sob sua jurisdição. Portanto, além do fundado temor de perseguição pelos motivos acima declinados, a pessoa necessita, obrigatoriamente, sair do país de sua nacionalidade e não poder ou não querer a proteção deste para pleitear o seu reconhecimento como refugiado.

É importante destacar que, além da Convenção de 1951, nos âmbitos regionais africano e americano, foram elaboradas uma convenção e uma declaração sobre refugiados que apresentam definições um pouco mais alargadas de quem pode ser reconhecido como tal. Estes documentos possuem um caráter complementar ao Estatuto dos Refugiados e não alteram ou restringem qualquer previsão deste.

Na África foi elaborada uma Convenção no âmbito da Organização da União Africana (OUA), em 1969, entrando em vigor em 1974. Nesta Convenção, além da definição da de 1951, no artigo I (2) há previsão de que

[5] Atualmente, entretanto, com o desenvolvimento da doutrina da "Responsabilidade de proteger" já se inicia um movimento no sentido de aceitar a proteção internacional a pessoas que estão em seus Estados em determinados casos, mas é ainda incipiente. No caso específico dos refugiado, a Convenção é expressa em condicionar o reconhecimento do *status* de refugiado a quem esteja fora de seu país.

são refugiados também as pessoas que deixam seu país em razão de agressão ou ocupação externa, dominação estrangeira, acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública na totalidade ou parte do seu país de origem ou de nacionalidade[6].

Já na América, o documento existente é apenas um declaração, conhecida como Declaração de Cartagena de 1984, ou seja, não tem um caráter vinculante, mas serve de norte para as interpretações do conceito de refugiado no continente. Neste documento foram reafirmadas a necessidade de reconhecimento e aplicação da Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, bem como aponta a necessidade de se expandir a definição de refugiado, como feito no âmbito da OUA, para as pessoas que saíram de seus países porque tiveram sua vida, segurança ou liberdade ameaçadas pela violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação massiva de direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública[7] (DECLARACIÓN, 1984).

Uma pessoa pode, apesar de preencher todos os elementos acima discorridos, não ser reconhecido como refugiado. A Convenção, além de trazer as características que a pessoa deve ter para ser um refugiado, elenca ainda, nos termos do artigo 1-D, E e F, as chamadas causas de exclusão da condição de refugiado. São elas: pessoas que já se beneficiam de alguma proteção de instituições da ONU que não o ACNUR[8]; quando

[6] O termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade. (CONVENÇÃO, 1969)

[7] *Tercera. Reiterar que, en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.* (DECLARACIÓN, 1984, p. 3)

[8] *D. Esta Convención no será aplicable a las personas que reciban actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del*

for considerada pelo país onde se instalou como detentora de direitos e obrigações relacionadas com a posse da nacionalidade neste país[9]; ou, haja razão para acreditar que cometeu crimes contra a paz, de guerra ou contra a humanidade, crimes graves de direito comum fora do país de refúgio, ou tornaram-se culpadas por atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas[10]. No primeiro caso, ela já estará contemplada com a ajuda internacional necessária para garantir seus direitos fundamentais. No segundo, as pessoas não são consideradas necessitadas da proteção do refúgio, uma vez que podem valer-se da proteção do país onde estão sem o reconhecimento deste *status* especial. No terceiro caso, a pessoa não é considerada merecedora dessa proteção internacional, visto que ela mesma é uma violadora de direitos humanos, devendo-se levar em consideração que no caso do cometimento de delitos comuns, estes devem ser considerados graves e ter previsão de punição severa, conforme o Manual do ACNUR (ACNUR, 1992).

Entendido quem é e quem não pode ser refugiado, pode-se passar a declinar quais são os principais direitos e deveres que eles possuem com base na Convenção de 1951. Basicamente, a obrigação dos refugiados é respeitar as leis do país em que se encontram[11]. Quanto aos direitos, eles têm direito a não sofrer discriminação pelo país onde estão sendo recebidos (art. 3º), de ter um tratamento como o do nacional no que concerne ao direito a liberdade de religião (art. 4º), à educação básica (art. 22) e ao acesso à assistência pública (art. 23), bem como de ter um tratamento, o

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. [...] (CONVENCIÓN, 1984, p. 3)

9 *E. Esta Convención no será aplicable a las personas a quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia reconozcan los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país.* (CONVENCIÓN, 1984, p. 3)

10 *F. Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar: a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada; c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.* (CONVENCIÓN, 1984, p. 3)

11 *Artículo 2. - Obligaciones generales. Todo refugiado tiene, respecto del país donde se encuentra, deberes que, en especial, entrañan la obligación de acatar sus leyes y reglamentos, así como las medidas adoptadas para el mantenimiento del orden público.* (CONVENCIÓN, 1984, p. 3)

mais favorável, ou ao menos equivalente ao de outros estrangeiros quanto ao exercício de profissões assalariadas (art. 17), não assalariadas (art. 18) e por profissionais liberais (art. 19), dentre outros.

Importante destacar, ainda, que a Convenção prevê, no artigo 31, que os Estados contratantes não poderão aplicar sanções aos refugiados que chegarem e estiverem em seu território em situação irregular, nos seguintes termos:

> *1. Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.*
>
> *2. Los Estados Contratantes no aplicarán a tales refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias; y tales restricciones se aplicarán únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país. Los Estados Contratantes concederán a tal refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para obtener su admisión en otro país.* (CONVENCIÓN, 1951, p. 9)

Ainda, os Estados contratantes da Convenção só poderão expulsar o refugiado que estiver regularmente em seu território, de acordo com o artigo 32, por motivos de segurança nacional ou ordem pública, devendo o fazer por meio de decisão judicial proferida em processo legal, no qual, a não ser que haja imperiosas razões de segurança, deve-se permitir que o refugiado apresente provas a seu favor, bem como recorrer da decisão[12].

[12] *Artículo 32. – Expulsión. 1. Los Estados Contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público. 2. La expulsión del refugiado únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, se deberá permitir al refugiado presentar pruebas exculpatorias, formular recurso de apelación y hacerse representar a este efecto ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente. 3. Los Estados Contratantes concederán, en tal caso, al refugiado un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país. Los Estados Contratantes se reservan el derecho a aplicar durante ese plazo las medidas de orden interior que estimen necesarias.* (CONVENCION, 1951, p. 9)

Por fim, uma das disposições mais importantes da Convenção, na qual está positivado o princípio do *non-refoulement*[13], o artigo 33 dispõe que:

> *1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.* (CONVENCIÓN, 1951, p. 9)

Este princípio é a pedra angular da proteção internacional dos refugiados. É em razão dele que os Estados não podem se negar a manter em seu território pessoas que solicitam o reconhecimento do *status* de refugiada enquanto durar o procedimento de averiguação desta condição. Em outras palavras, enquanto não for provado que aquela pessoa não é um refugiado, ou não merece reconhecimento de tal condição, nos termos da Convenção, ela deve ser mantida no território do país até ter sido averiguada a sua situação e, de forma nenhuma ser devolvida ao território onde, ao menos em tese, estava sofrendo algum tipo de perseguição.

Assim, compreendidos os pressupostos que permitem o reconhecimento de uma pessoa como refugiado, bem como as razões que excluem está condição, os deveres dos mesmos para com o Estado receptor, seus principais direitos, e, especialmente, os principais deveres do Estado contratante com relação ao refugiado, pode-se passar a uma análise mais detalhada do motivo específico de perseguição por pertencimento a um determinado grupo social, um dos conceitos mais abertos apresentados na Convenção de 1951.

III DETERMINADO GRUPO SOCIAL NOS TERMOS DA CONVENÇÃO DE 1951 E A PERSEGUIÇÃO POR MOTIVOS DE GÊNERO

O pertencimento a determinado grupo social é um dos motivos aceitos para o fundado temor que pode caracterizar um refugiado. Entretanto, dentre os motivos elencados na Convenção este é o menos claro e que permite maior amplitude de interpretação pelos Estados. Atualmente, muitos deles já reconhecem as mulheres, as famílias, as tribos, os grupos profissionais e os homossexuais como determinados grupos sociais, nos termos da

[13] Não devolução, em tradução literal.

Convenção (ACNUR, 2002b), mas outros ainda fazem interpretações bem mais restritas do termo.

Nesta seção, então, serão apresentadas e analisadas as definições e interpretações desse termo pelo ACNUR e por alguns órgãos de governos receptores de refugiados, bem como apresentada a interpretação proposta pelo ACNUR da Convenção com base em uma perspectiva da perseguição por motivos de gênero.

1 Determinado grupo social nos termos da Convenção de 1951

Como anteriormente exposto, o Manual do ACNUR para reconhecimento dos refugiados é bastante genérico ao comentar o pertencimento a determinado grupo social. Segundo este documento, um determinado grupo social é composto de "*personas de antecedentes, costumbres o condición social similares*" (ACNUR, 1992), sendo que estas características podem se confundir com as questões de raça, nacionalidade ou religião. De acordo com esta definição, poder-se-ia, em uma primeira análise, compreender que pessoas que compõem um determinado grupo social seriam aquelas que, por exemplo, fazem parte de uma determinada tribo, uma minoria étnica, uma casta, um clã, uma família, etc. Pode-se também incluir pessoas que tenham participado de um evento comum e ficado "marcadas" por aquilo, como ter participado de uma insurreição contra um governo, ou pessoas que eventualmente praticam algum tipo de atividade comum (*e. g.* ativistas de direitos humanos). E, em uma interpretação mais extensiva ainda, poder-se-ia incluir ainda grupos como as mulheres e os homossexuais em determinados países, por exemplo. Assim, muito embora sirva de norte para a compreensão deste termo, a definição do Manual do ACNUR acaba sendo muito ampla, permitindo aos países continuarem a fazer a interpretação que melhor lhes convier do termo.

Em complementação a este documento, o ACNUR lançou outras diretrizes de interpretação, dentre elas as *"Directrices sobre protección internacional: "Pertenencia a un determinado grupo social" en el contexto del Artículo 1-A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967"*, em 2002. Neste documento é alertado que embora necessite de delimitação, é necessário que a interpretação da expressão seja feita sempre levando em consideração o objeto e propósito da Convenção, não podendo, contudo, também ser visto como um termo que "resume tudo" (ACNUR, 2002b). Destaca-se, ainda, que *"el término 'pertenencia a un*

determinado grupo social' debe leerse de una manera evolutiva, abierta al carácter variado y cambiante de los grupos en las diferentes sociedades y a la evolución de la normativa internacional de los derechos humanos." (ACNUR, 2002b, p. 2). Neste sentido, é destacada a flexibilidade da expressão dentro dos propósitos da Convenção, bem como sua consonância com a evolução da sociedade e dos direitos humanos.

As interpretações feitas pelos Estados geralmente levam em conta o caráter de imutabilidade da característica que une determinado grupo ou o fato de ela ser tão essencial para a dignidade humana que ninguém deveria ser obrigado a renunciá-la. O caráter imutável pode ser inato, como a etnia ou sexo, ou não, como o fato de ter participado de um determinado acontecimento histórico. Quanto a uma característica ser essencial à dignidade humana, são as normas e princípios dos direitos humanos que vão auxiliar a identificá-las (ACNUR, 2002b, p. 3).

Este enfoque é adotado, por exemplo, pelos Estados Unidos. A Junta de Apelações de Imigrações dos Estados Unidos (*Board of Immigration Appeals*[14]) passou a adotar a seguinte definição de perseguição por pertencimento a um determinado grupo social, conforme Christensen (2011, p. 11):

> *[I]nterpretamos la frase 'persecución por motivos de pertenencia a un determinado grupo social' en el sentido de la persecución que se dirige hacia una persona que es miembro de un grupo de individuos, todos los cuales comparten una característica común e inmutable. La característica común podría ser innata como el sexo, el color o los lazos de parentesco, o en algunas circunstancias puede ser una experiencia pasada compartida, como un anterior rol de liderazgo militar o la tenencia de tierras. El tipo particular de características del grupo que calificarían bajo esta construcción queda por determinarse en cada caso. Sin embargo, cualquiera sea la característica común que define al grupo, debe ser una característica común que los miembros del grupo no puedan cambiar, o que no se les debería pedir que cambien porque es fundamental para sus conciencias o identidades individuales. Sólo cuando esto sucede, el simple hecho de la pertenencia al grupo puede ser comparable a los otros cuatro motivos de persecución bajo la Ley, es decir, algo que está más allá del poder de una persona cambiar o que es tan fundamental para su identidad o su conciencia que no se le debería requerir que cambie.*

[14] Mais informações podem ser encontradas no *site* deste órgão do governo: <http://www.justice.gov/eoir/biainfo.htm>.

Outro enfoque apontado pelas diretrizes do ACNUR (2002b, p. 3) *"examina si un grupo comparte o no una característica común que los convierta en un grupo conocido o que los distinga del resto de la sociedad en general. Este aspecto se refiere al enfoque de 'percepción social'."*. Em outras palavras, por este enfoque se verifica se, dentro de determinado contexto social, um grupo de pessoas que compartilha características em comum é distinguido do restante da comunidade de alguma forma, ou seja, se são vistos como um grupo diferente, em algum aspecto, pelos demais. Essa visão da sociedade, quando enseja algum tipo de perseguição, como, por exemplo, no caso dos homossexuais no Irã, é um elemento que pode servir para caracterizar a pessoa como refugiado, nos termos da Convenção, atendidos os demais requisitos.

Por fim, neste documento o ACNUR aponta a sua definição que reúne os dois enfoques mencionados:

> [...] *un determinado grupo social es un grupo de personas que comparte una característica común distinta al hecho de ser perseguidas o que son percibidas a menudo como grupo por la sociedad. La característica será innata e inmutable, o fundamental de la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos.* (ACNUR, 2002b, p. 4)

Destaca-se também que o temor e a perseguição não podem ser o elemento caracterizador de um determinado grupo social, mas sim a característica pela qual este grupo é perseguido. É nesse sentido o entendimento do Supremo Tribunal da Austrália, nas palavras de Christensen (2011, p. 12):

> *El Tribunal destacó tres principios que deben ser identificados antes de que un individuo pueda ser considerado como un miembro de un determinado grupo social. En primer lugar, el grupo debe ser "identificable por una característica o atributo común a todos los miembros del grupo," además "la característica o atributo... no puede ser el temor común de persecución," y finalmente, "la posesión de tal característica o atributo debe distinguir al grupo de la sociedad en general*.[15]

[15] É trazido nas diretrizes do ACNUR (2002b, p. 4-5), bem como no texto de Christensen (2011, p. 13) o exemplo dado pela corte australiana quando da análise da questão da perseguição e que é bastante elucidativo: "[...] *dado que la conducta persecutoria no define al grupo social, las acciones de los hostigadores pueden servir para identificar o aún provocar la creación de un determinado grupo social en la sociedad. Los hombres zurdos no forman un determinado grupo social, pero si fueran*

De acordo com estas definições, um grupo social pode ser algo muito amplo, como, por exemplo, as mulheres. Nesse sentido, o ACNUR salienta que não se pode exigir que o grupo se reconheça como tal, ou que haja uma união entre os membros do mesmo. Assim, também é importante perceber que nem todos os membros do grupo sofrem necessariamente a perseguição e são passíveis de serem reconhecidos como refugiados, ou necessitam estar nesta condição para que o solicitante tenha seu pedido aceito, até porque existem grupos, como as mulheres, que são numericamente muito grandes, mas, reconhecidos como tal, permitem que alguns membros, em situação peculiar, solicitem o refúgio com base no fato de pertencer a este grupo (ACNUR, 2002b).

Renato Zerbini Ribeito Leão (2007, p. 37), para ilustrar um entendimento do CONARE (Comitê Nacional para os Refugiados) sobre grupo social apresenta o seguinte caso de um jovem palestino:

> O contexto do conflito na Cisjordânia, com inúmeros atentados dos chamados "homens bomba", o solicitante, jovem e homem, foi por muitas vezes detido e reprimido pelas forças de Israel. Em consequência, não conseguia manter um trabalho fixo, pois frequentemente era detido por vários dias para averiguações. Dentro de uma realidade onde 99% dos homens bombas possuíam esse perfil, ademais de incondicionalmente imersos no contexto de violência da região, os homens jovens passaram a ser constantemente assediados numa presunção de culpabilidade.

E observa que:

> A importância deste caso para a discussão em análise reside no entendimento do CONARE acerca do fato de que o grupo social pode não ser estável, mas pode ser determinado pela percepção do agente perseguidor; neste contexto, os homens jovens. O CONARE entendeu que a perseguição pode não ser grave, como ameaça a vida, mas o assédio constante e as frequentes detenções arbitrárias a que o solicitante era submetido tornavam sua vida insuportável, equivalendo a uma perseguição, pois. Foi reconhecido como refugiado. (LEÃO, 2007, p. 37)

perseguidos por ser zurdos, ellos no dudarían en convertirse en un grupo reconocido en sus respectivas sociedades como un determinado grupo social. La persecución a la que son objeto por ser zurdos crearía una percepción pública de que ellos representan un determinado grupo social, pero sería la condición de ser zurdos y no los actos de persecución lo que los identificaría como un determinado grupo social.

Assim, pode-se perceber que o Brasil apresenta uma interpretação muito próxima da definição do Tribunal australiano, considerando que o grupo social não precisa ser estável, mas sendo relevante que seja visto como tal pelo agente perseguidor. Ou seja, é importante que a característica o distinga do restante da sociedade, especialmente na visão do agente perseguidor.

Outro ponto bastante importante da caracterização um determinado grupo social e que tem especial relevância para análise que será feita na próxima seção deste artigo é o fato de que, muitas vezes, a perseguição sofrida é fruto de ação de grupos privados ou pessoas determinadas, e não por agentes públicos ou pelo próprio governo. Nestes casos o ACNUR sugere que seja realizada a verificação da "relação causal". Para que seja verificada esta relação, é necessário perceber se a perseguição se dá em razão de algum dos cinco motivos elencados na Convenção. Os homossexuais, por exemplo, são muitas vezes perseguidos por grupos privados de setores mais conservadores e intolerantes da sociedade, bem como por grupos religiosos radicais, por pertencerem a este que pode ser caracterizado como um "determinado grupo social". Já as mulheres, por sua vez, são muitas vezes perseguidas pelos seus próprios familiares, pais, irmãos e cônjuges, de forma sistemática, o que pode caracterizar perseguição nos termos da Convenção, pois tem sua vida e liberdade ameaçadas, bem como outros direitos humanos, não havendo, em muitos lugares, atuação estatal no combate a estes abusos. Se isto se der em razão de ela ser mulher (como nos casos de proibição do estudo, imposição de práticas sexuais forçadas, etc.), este fato pode caracterizá-la como membro de um determinado grupo social. Por fim, é importante ainda averiguar se os atos praticados são "*deliberadamente tolerados por las autoridades, o si éstas se niegan a proporcionar uma protección eficaz o son incapaces de hacerlo*" (ACNUR, 2002b, p. 6). Nestes casos a perseguição não precisa necessariamente ocorrer em razão de um dos motivos da Convenção, mas se a omissão ou incapacidade do Estado for em razão de algum dos motivos, também a vítima poderá se enquadrar como refugiada, segundo o ACNUR (2002b).

2 A perseguição por motivos de gênero[16]

As mulheres e os homossexuais, nas interpretações do ACNUR, podem ser considerados como determinado grupo social em várias circuns-

[16] *Con el fin de comprender la naturaleza de la persecución por motivos de género, es de suma importancia definir y hacer una distinción entre los términos "género" y "sexo".*

tâncias, muito embora isto ainda não tenha sido amplamente reconhecido pelos Estados. O reconhecimento, especialmente das mulheres, como determinado grupo social, é importante também, em muitos casos, para o reconhecimento das vítimas e vítimas em potencial de tráfico de pessoas como grupo social, uma vez que mulheres e meninas compõem em torno de 75% (setenta e cinco por cento) das vítimas desse tipo de tráfico (UNODC, 2012, p. 7).

Segundo as diretrizes do ACNUR sobre perseguição por motivos de gênero[17] de 2002, este termo não tem um significado em si mesmo. Ele serve como parâmetro para a definição de uma variável relevante na determinação da condição de refugiado (ACNUR, 2002a, p. 2). É ponderado, ainda, que a adoção de uma interpretação da Convenção sob a perspectiva de gênero não quer dizer que, por exemplo, qualquer mulher seja merecedora do refúgio, pois qualquer solicitante, seja homem ou mulher, tem que demonstrar o fundado temor de perseguição pelos motivos de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a determinado grupo social ou pelas suas opiniões políticas[18] (ACNUR, 2002a, p. 3). Ou seja, muito embora em alguns casos o gênero, ou o sexo, possam caracterizar um determinado grupo social, em outras situações este fato é irrelevante perante a Convenção de 1951. Todavia, a existência desta interpretação é de suma importância para sensibilizar os agentes estatais para as questões de gênero, bem como elucidar dúvidas destes quando a alegação de perseguição recai sobre o tema.

Quando da análise do fundado temor de perseguição, o ACNUR aponta, mais uma vez a importância da averiguação das particularidades de cada caso. Destaca que no Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Penal já se preconiza que algumas práticas, como os abusos sexuais, deveriam ser consideradas como uma forma grave de

"Género" se refiere a la relación entre hombres y mujeres basada en la identidad, las condiciones, las funciones y las responsabilidades según han sido construidas y definidas por la sociedad y la cultura, asignadas a uno y otro sexo; por otro lado, el "sexo" está determinado por condiciones biológicas. El género no es estático ni innato, pero adquiere un sentido de base social y cultural a lo largo del tiempo. (ACNUR, 2002a, p. 2)

[17] *Directrices sobre protección internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967.*

[18] *Debidamente interpretada, la definición de refugiado abarca, por lo tanto, las solicitudes por motivos de género. Siendo así, no es necesario agregar un nuevo motivo a la definición contenida en la Convención de 1951.* (ACNUR, 2002a, p. 3)

abuso, equivalente à perseguição, assim como outros tantos que infligem enorme sofrimento físico e mental para as vítimas (ACNUR, 2002a).

Consta nas diretrizes que determinadas leis podem ser consideradas persecutórias, ou a aplicação de sanções ao seu descumprimento, quando de forma desigual sob uma perspectiva de gênero. Ainda, uma prática pode ser persecutória, mesmo quando há leis proibindo, como a mutilação genital feminina em muitos países, mas é uma prática tolerada pela sociedade e não punida pelo Estado. Podem haver ainda leis politicamente justificáveis, mas que violam de maneira contundente os direitos humanos, como a esterilização obrigatória, por exemplo. Todos estes casos podem ser considerados perseguição, desde que a pessoa demonstre o fundado temor deles. A discriminação, quando em padrões muito elevados e que cerceiem os direitos humanos, pode também ser considerada como perseguição (ACNUR, 2002a).

Quando trata da questão da solicitação de refugio baseada na orientação sexual, destaca-se que normalmente os solicitantes se referem a perseguições em razão da sua sexualidade e práticas sexuais, por se negar a aceitar o papel imposto ao seu sexo na sociedade. Normalmente se tratam de homossexuais, transsexuais e travestis que sofrem hostilidade pública excessiva, violência, abuso ou discriminação severa. Há casos, ainda, de países onde a homossexualidade é ilegal e a sua penalização pode ser equiparada a perseguição (ACNUR, 2002a, p. 5).

Como já destacado, o ACNUR ressalta que estes fatos não permitem, por si só, o reconhecimento da condição de refugiado. É necessário, na maioria dos Estados, que seja demonstrado o nexo causal, ou seja, além de se reconhecer que há uma perseguição, é necessário que ela ocorra por um dos motivos elencados na Convenção de 1951, ou que a incapacidade ou omissão do Estado em cessar a perseguição se dê por algum daqueles motivos (ACNUR, 2002a). Neste caso, normalmente, mas não obrigatoriamente, a solicitação se respalda no pertencimento a determinado grupo social,

> [...] *siendo las mujeres un claro ejemplo de subgrupo social definido por características innatas e inmutables, y que por lo general recibe un trato diferenciado al de hombres. Sus características también las identifican como grupo ante la sociedad, la cual las somete a diferentes tratos y normas en algunos países. Esta definición tamién abarca a homosexuales, transexuales y travestidos.* (ACNUR, 2002a, p. 9)

Estes aspectos são importantes para a compreensão da próxima seção, uma vez que grande parte das vítimas e vítimas em potencial de tráfico de pessoas também sofre perseguição em razão do gênero, sendo normalmente mulheres e meninas. Pode-se citar, como exemplo, os casos em que elas são vendidas ou dadas às organizações criminosas por seus próprios parentes (pais, tios, irmãos, etc.) por serem consideradas como inservíveis, como despesas para eles, como mercadoria, ou como vergonha, no caso de terem desrespeitado alguma norma social ou terem sido "desonradas". Em casos assim, pode-se notar um forte elemento de perseguição em razão do gênero, bem como o risco que a pessoa correria caso lhe fosse negado o refúgio e tivesse que retornar para casa.

IV AS VÍTIMAS DE TRÁFICO DE PESSOAS COMO UM DETERMINADO GRUPO SOCIAL

As vítimas de tráfico de pessoas se encontram, normalmente, em situações de extrema vulnerabilidade, tanto antes, quanto durante e depois dos fatos. No caso do tráfico internacional, é sempre necessário que o país que recebeu esta vítima esteja ciente desta situação de vulnerabilidade, bem como que ela pode dar ensejo ao reconhecimento da situação de refugiada, quando presentes os demais requisitos da Convenção de 1951. Internacionalmente as vítimas de tráfico têm alguns direitos previstos no Protocolo das Nações Unidas para prevenção, repressão e punição deste tipo de crime, o qual, entretanto, é bastante genérico nas suas disposições e mantém a discricionaridade do Estado para decidir como, quando e o que fazer com as vítimas do delito.

Assim sendo, nesta seção serão brevemente apresentadas algumas disposições do Protocolo sobre o tráfico de pessoas relevantes para o tema abordado, para, em seguida, ser verificada como se pode dar a aplicação da Convenção de 1951 às vítimas e às vítimas em potencial de tráfico de pessoas e, especialmente, quando e como elas podem ser caracterizadas como um determinado grupo social nos termos da Convenção.

1 O Protocolo das Nações Unidas relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas

O tráfico de pessoas é um tipo de crime que, apesar da pouca visibilidade, ocorre em todos os lugares do mundo em patamares variados e sig-

nificantes. Apenas pequena parte deste tipo de atos chega ao conhecimento das autoridades e permite a elaboração de estatísticas. Mesmo assim, o Escritório das Nações Unidas para as Drogas e o Crime (UNODC) conseguiu dados de 29.000 (vinte e nove mil) vítimas de tráfico de pessoas entre 2007 e 2010 ou mais recentemente, a partir dos quais conseguiu traçar estatísticas e padrões sobre esta criminalidade. Em 2009, 59% (cinquenta e nove por cento) das vítimas eram mulheres, 17% (dezessete por cento) meninas, 14% (quatorze por cento) homens, e 10% (dez por cento) meninos. Destas vítimas, em 2010, 58% (cinquenta e oito por cento) eram traficadas para fins de exploração sexual, 36% (trinta e seis por cento) para trabalho forçado, 0,2% (zero vírgula dois por cento) para remoção de órgãos, e 6% (seis por cento) para outros fins (UNODC, 2012).

Tendo em vista a preocupação da comunidade internacional com este tipo de crime, entrou em vigor em 2003 o Protocolo relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças, adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. No preâmbulo do documento consta a preocupação com a ausência de instrumentos internacionais relativos à matéria, deixando desprotegidas as pessoas vulneráveis a este tipo de crime.

O Protocolo tem como objetivos, conforme o artigo 2º, prevenir e combater o tráfico de pessoas, em especial de mulheres e crianças, proteger as vítimas e promover a cooperação entre os Estados para atingir estes fins. O artigo 3º traz a definição do que é Tráfico de Pessoas para efeitos do Protocolo:

> *a) Por "trata de personas"*[19] *se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas*

[19] Importante observar que em espanhol tráfico de pessoas é traduzido como "*trata de personas*", ou seja, o tipo de conduta em que se tem o intuito de exploração da pessoa traficada, enquanto "*tráfico de personas*" normalmente se refere ao que chamamos em português de contrabando de migrantes, quando há apenas a facilitação e o transporte de pessoas através das fronteiras de forma ilegal, mas não existe, a princípio, o objetivo de posterior exploração do migrante.

> *a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;* [...]. (PROTOCOLO, 2004, p. 44-45)

A partir desta definição pode-se entender o tráfico de pessoas como sendo "um processo pelo qual a pessoa é recrutada em sua comunidade e explorada pelos traficantes que utilizam o engano e/ou outra forma de coerção para atraí-las e controlá-las." (UNODC, 2012, p. 16, tradução livre). Ainda segundo o UNODC (2012), o crime de tráfico de pessoas é composto de três elementos: a ação, os meios e o propósito, sendo que, muito embora cada um tenha uma grande gama de manifestações, para a configuração deste crime os três devem estar presentes.

No que concerne especificamente à proteção às vítimas, o Protocolo vai trazer disposições nos seguintes sentidos: proteção da privacidade e intimidade, confidencialidade dos procedimentos judiciais, direito a informação sobre os procedimentos judiciais e administrativos aplicáveis, assistência para permitir a expressão das suas opiniões e preocupações durante o processo criminal contra os autores do crime, auxílio para recuperação física, psicológica e social, possibilidade de indenização pelos danos sofridos, tudo conforme o direito interno do Estado e as possibilidades dentro do seu sistema jurídico (art. 6º). Os Estados podem ainda elaborar leis que permitam a permanência das vítimas de tráfico em seu território em caráter temporário ou permanente, se entender cabível (art. 7º).

Quanto à elaboração de leis para permanência das vítimas de tráfico, muitos Estados já as têm, todavia, em vários casos, elas dispõem que a vítima poderá ficar no território por um tempo determinado ou, por exemplo, enquanto durar o processo criminal contra os traficantes, o que, em muitos casos, fere o disposto no artigo 7º (2) do Protocolo, que estabelece que: *"Al aplicar la disposición contenida en el párrafo 1*[20] *del presente artículo, cada Estado Parte dará la debida consideración a* ***factores humanitarios y personales****"* (grifou-se). Christensen (2011, p. 27) vai destacar que *"[l]a debilidad de esta disposición [art. 7º] reposa en la naturaleza sugerente de la protección como permiso para permanecer. Compete exclusivamente a los Estados Partes determinar si darían efecto a este aspecto de la protección y, en caso afirmativo, cómo lo harían.".* Ou seja, a concessão da permissão da

[20] *1. Además de adoptar las medidas previstas en el artículo 6 del presente Protocolo, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas legislativas u otras medidas apropiadas que permitan a las víctimas de la trata de personas permanecer en su territorio, temporal o permanentemente, cuando proceda.* (PROTOCOLO, 2004, p. 47)

vítima permanecer no território e por qual período, bem como a própria possibilidade de ela ficar, são questões que se mantêm no âmbito da discricionaridade dos Estados.

O Protocolo ainda dispõe, no artigo 8º, que deverá ser facilitada a repatriação da vítima de tráfico de pessoas, bem como que o Estado que a está devolvendo deverá levar em conta a segurança desta pessoa, o estado de qualquer procedimento judicial relacionado ao fato dela ser vítima de tráfico, e que isso ocorra, preferencialmente, de forma voluntária. (PROTOCOLO, 2004, p. 47). Por fim, importante destacar que consta ainda no Protocolo uma cláusula de salvaguarda (art. 14), a qual dispõe que:

> *Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo afectará a los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario y la normativa internacional de derechos humanos y, en particular, cuando sean aplicables, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, así como el principio de* non-refoulement *consagrado en dichos instrumentos.* (PROTOCOLO, 2004, p. 51)

Ou seja, deve ser garantido o já disposto nas demais normas de direito internacional, respeitando-se especialmente o Estatuto dos Refugiados e o princípio do *non-refoulement*.

1.1 As vítimas de tráfico de pessoas como determinado grupo social

O UNODC destaca, no seu Relatório Global sobre o Tráfico de Pessoas, que as vítimas, via de regra, se encontram em situação de vulnerabilidade no seu lugar de origem. Muitos dos fatores de vulnerabilidade apontados no relatório que podem levar alguém a ser vítima de tráfico de pessoas se confundem com os motivos para solicitação de refúgio, especialmente quando permitem a discriminação do resto da sociedade, muito embora estas pessoas não necessariamente sejam vítimas de perseguição. Todavia, os traficantes, aproveitam-se destes fatores de vulnerabilidade para fazerem suas vítimas e tornam-se, assim, eles mesmos, em muitos casos, o agente perseguidor.

> *Gender, age, migration status, ethno-linguistic background and poverty* [...] *are by themselves insufficient explanations of vulnerability, but*

> *they tend to become factors of vulnerability if they provide grounds for discrimination from the rest of the community. While anyone could become a trafficking victim, persons who lack protection, who are not integrated in the surrounding community and who are isolated by the national authorities or by the societies where they live are at greater risk of human trafficking. In these areas of discrimination and marginalization, traffickers find the space to exploit the vulnerable situation of potential victims.* (UNODC, 2012, p. 15)

Assim, tendo em vista toda a vulnerabilidade das vítimas de tráfico de pessoas, antes, durante, e depois dos fatos acontecidos, e a grande probabilidade delas terem sido ou virem a ser também vítimas de algum tipo de perseguição nos termos da Convenção, o ACNUR lançou diretrizes sobre esta questão. São as *"Directrices sobre protección internacional: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata."*, de 2006.

Já no início destas diretrizes vai se destacar a gravidade da questão:

> *Dependiendo de las circunstancias, la trata puede ser un delito contra la humanidad y, en el contexto de un conflicto armado, un delito de guerra. Una característica común de todas las formas de la trata de personas es que las víctimas son usadas como mercancía, se convierten en "propiedad" de los tratantes, por lo que no hay un mínimo respeto por los derechos humanos y la dignidad de las víctimas.* (ACNUR, 2006, p. 2)

Apesar da gravidade, uma pessoa vítima ou vítima potencial de tráfico de pessoas que busque o reconhecimento como refugiado deve se enquadrar nos requisitos da Convenção de 1951. Deve, primeiramente, demonstrar o fundado temor de perseguição, seja dos traficantes que a levaram para o estrangeiro, seja de traficantes que a exploraram em seu próprio país, de onde conseguiu fugir, ou seja, de criminosos de quem, por determinadas características, é uma potencial vítima ficando em seu país. Para a verificação deste fundado temor deve-se levar em consideração a opinião, os sentimentos e o perfil psicológico do solicitante, uma vez que a vítima de tráfico, em grande parte das vezes sofre graves violações aos direitos humanos, que normalmente podem se equivaler à perseguição, incluindo ameaças à liberdade e à vida, bem como outros danos graves e situações intoleráveis (ACNUR, 2006, p. 6). É destacado

pelo ACNUR (2006), ainda, que, mesmo que a situação de tráfico tenha cessado há tempo ou que tenha se configura em fato isolado e que dificilmente se repetiria, a situação traumática sofrida pela pessoa devido às graves violações aos direitos humanos, poderia, muitas vezes, levando-se em consideração o seu estado psicológico particular, tornar insuportável o retorno ao país de origem, sendo ela, então, merecedora do reconhecimento da condição de refugiada.

Outra situação bastante plausível para o reconhecimento da vítima de tráfico como refugiada é o fato de haver sempre grandes chances de ela vir a sofrer alguma represália ou se converter novamente em vítima se retornar ao seu local de origem. Há um risco especial ainda para aquelas vítimas que cooperaram com as autoridades nas investigações e ações de combate ao crime, sendo que as represálias podem também se voltar contra membros da família das vítimas. Ainda, quando a vítima teme enfrentar o ostracismo da sua comunidade, ou discriminação e castigo, estes podem, em determinadas circunstancias e graus, especialmente combinados com os traumas sofridos durante o tráfico, serem qualificados como perseguição. O próprio fato de se correr o risco de discriminação na sociedade de origem torna a pessoa vulnerável para voltar a ser traficada, o que pode gerar o fundado temor de perseguição (ACNUR, 2006, p. 7).

Destaca-se, do mesmo modo que *"[l]a captación forzada o engañosa de mujeres y niños para obligarlos a prostituirse o sufrir otros actos de explotación sexual constituye una manifestación de violencia por motivos de género, lo cual podría llegar a constituir persecución."* (ACNUR, 2006, p. 7). Assim, retomando o já discutido sobre a questão de gênero, verifica-se que o ACNUR reconhece o que o tráfico também é uma questão que pode caracterizar a mulher como um determinado grupo social, pois por sua natureza, ou seja, uma característica imutável que a distingue do restante da sociedade – homens – sofre discriminação e é perseguida de forma a ser feita vítima de tráfico de pessoas, em especial para fins de exploração sexual, dentro de determinado contexto.

Como já destacado anteriormente, para a verificação da condição de refugiada da vítima de tráfico, é importante também verificar quem é o agente perseguidor e qual o tratamento dado a ela pelo país de origem da vítima. A incapacidade e a omissão no combate aos traficantes, levando-se em consideração os padrões mínimos elencados no Protocolo sobre tráfico de pessoas, bem como a tolerância a atos que tornem pessoas vulneráveis ao tráfico, quando fundados nos motivos da Convenção

de 1951, permitem o reconhecimento destas vítimas como refugiadas. Nestes casos, deve-se levar em consideração mais a efetividade das ações e leis, do que a formalidade, pois a simples existência de legislação que preveja o combate ao crime e a proteção às vítimas, quando não aplicado permite que seja reconhecido o fundado temor de perseguição naquele território, bem como ser o próprio Estado um agente de perseguição em alguns casos[21] (ACNUR, 2006).

Importante destacar também que, apesar de necessitar estar fora do seu país para o reconhecimento da condição de refugiado, a pessoa não precisa ter saído do seu local de origem em razão do temor de perseguição. O temor pode ser posterior à transposição da fronteira, que é o que ocorre em grande parte dos casos de tráfico internacional. É importante, entretanto, demonstrar que o temor de perseguição se dá em relação ao local de origem da vítima, pois, caso este se demonstre um local seguro para a mesma, o pedido de reconhecimento de refúgio deve ser negado. Nestes casos, porém, a situação deve primeiramente ser analisada com cautela, já que normalmente às redes criminosas de tráfico de pessoas são organizações complexas e difusas, havendo a presença de agentes de perseguição em vários níveis e nos mais diversos locais (ACNUR, 2006, p. 10).

Quanto ao nexo causal entre a situação de tráfico de pessoas e os motivos elencados na Convenção, estes são normalmente coadjuvantes, mas em muitos Estados é necessária a demonstração expressa de algum dos motivos da Convenção para o reconhecimento da condição de refugiado. O ACNUR destaca que o tráfico de pessoas ocorre principalmente por interesse econômico e a definição das vítimas se dá em relação ao seu valor e não por algum motivo como os elencados na Convenção de 1951. Entretanto, apesar de a maior motivação deste tipo de crime ser financeira, não se exclui a possibilidade de que os motivos para a escolha da vítima não estejam entre os elencados na Convenção, já que, como anteriormente mencionado, estas estão normalmente em situação de vulnerabilidade e esta vulnerabilidade pode ser decorrente da sua raça, religião, nacionalidade, pertencimento a determinado grupo social ou opiniões políticas[22].

[21] *Puede haber también situaciones en las cuales las actividades vinculadas a la trata de personas son de facto toleradas o condonadas por las autoridades, o incluso facilitadas activamente por funcionarios estatales corruptos. En estas circunstancias, el agente de persecución bien podría ser el propio Estado, el cual se convierte en responsable, ya sea por acción o por omisión, por la falta de protección a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción.* (ACNUR, 2006, p. 9)

[22] *Por ejemplo, los Estados en los cuales han ocurrido situaciones de agitación social, transición económica o conflicto armado que han producido el quebrantamiento del*

As vítimas de tráfico de pessoas podem, então, solicitar refúgio quando demonstrar que possuem fundado temor de perseguição com base nos motivos elencados na Convenção de 1951. Esta perseguição pode se dar em razão da sua raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas, ou pertencimento a determinado grupo social, como as mulheres em algumas sociedades, ou as crianças desacompanhadas. Todavia, o próprio fato de ter sido vítima de tráfico de pessoas podem as converter em um determinado grupo social, pois esta é uma "*característica inmutable, común e histórica*" (ACNUR, 2006, p. 13). Já no caso das vítimas em potencial, o pertencimento a determinado grupo social, especialmente em razão do gênero, é normalmente a única opção para a solicitação de refúgio (CHRISTENSEN, 2011).

O fato de ter sido vítima de tráfico, sendo então uma característica imutável, comum e histórica, converte estas pessoas em um determinado grupo social que, assim como as mulheres, no caso do gênero, não necessitam todas estarem sujeitas ao mesmo temor de perseguição nem se reconhecerem como grupo. Inclusive, as vítimas deste tipo de crime muitas vezes não o admitem, especialmente nos casos de exploração sexual, devido à vergonha e aos traumas sofridos. Nestes casos é de suma importância a sensibilidade dos agentes governamentais para que se compreenda a situação da mesma.

Ainda, quando levado em consideração a determinação de um grupo social com base na percepção social, pode-se verificar que, em muitos casos, as vítimas de tráfico de pessoas, especialmente para exploração sexual, serão possíveis vítimas de discriminação e ostracismo em sua comunidade de origem pelo fato de terem sido vítimas de tráfico, o que as converterão em um grupo determinado perante esta sociedade.

Conforme a interpretação do CONARE, trazida por Leão (2007), de determinado grupo social, este pode começar a existir a partir do momento que o agente perseguidor o reconheça como tal. Para as organizações criminosas de tráfico de pessoas, as vítimas em liberdade convertem-se em um perigo para os mesmos, devido à possibilidade de denunciá-los. Assim sendo, a partir do momento que estas vítimas conseguem fugir de seus algozes são normalmente vistas como ameaças e a perseguição é quase inevitável. Entretanto, mais uma vez convém destacar que não necessariamente estas

orden público son más propensos a la pobreza, las privaciones y el desorden de la población civil. De esta manera, surgen oportunidades para la delincuencia organizada para aprovechar la falta de capacidad o voluntad de las autoridades estatales para mantener el orden público, en especial la falta de garantía de seguridad adecuada para algunos grupos específicos o vulnerables. (ACNUR, 2006, p. 11)

pessoas vão alegar isto quando solicitarem o refúgio, pelo próprio medo da perseguição. Assim, para a análise das solicitações de refúgio das vítimas de tráfico, é importante também levar em consideração os moldes como são perpetrados estes crimes e as estruturas das organizações criminosas, normalmente transnacionais e em forma de redes que podem ameaçar a vida e a liberdade daquela pessoa se devolvida ao seu local de origem.

O avanço da criminalidade transnacional e a falta de proteção às vítimas de tráfico de pessoas foram motivos para a elaboração do Protocolo para combate a este tipo de crime. Entretanto, este documento não apresenta elementos contundentes de proteção às vítimas, sendo suas prescrições muito mais diretrizes do que determinações, mantendo-se os Estados com plena discricionaridade para tratar as vítimas. Tendo em vista a ressalva do artigo 14 do Protocolo e todo o sistema de proteção de refugiados existente e aceito por grande parte da comunidade internacional, o reconhecimento das vítimas de tráfico como refugiadas, nos termos da Convenção, é uma medida de demonstração de respeito aos direitos humanos, sendo para isto necessário certo grau de sensibilidade dos agentes estatais na análise dos pedidos, pois muitas vezes, em um primeiro momento, os motivos elencados na Convenção não são aparentes.

V CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito internacional dos refugiados e o sistema de proteção dos mesmos já se encontra em um grau bastante avançado de reconhecimento e aplicação pela comunidade internacional. Por outro lado, o tráfico de pessoas só recentemente foi abarcado de forma específica por um documento internacional amplamente aceito. Todavia este documento ainda é bastante genérico e pouco contundente nas disposições tanto relativas ao combate, como à proteção às vítimas do crime, mantendo os Estados como soberanos para tratarem do assunto. Neste sentido, tendo em vista todas as violações aos direitos humanos que envolvem o tráfico de pessoas e o seu caráter transnacional, a aplicação do instituto do refúgio às vítimas é uma possibilidade real para a garantia da sua dignidade.

Muito embora nem toda vítima de tráfico de pessoas mereça o refúgio, a análise dos pedidos quando por este motivo deve ser criteriosa e sensível. O pertencimento a determinado grupo social é o motivo para perseguição elencado na Convenção de 1951 que mais gera divergência na sua interpretação. O próprio ACNUR destaca a necessidade de ser criterioso ao aplicar este conceito, mas sempre levar em consideração a evolução

da sociedade e dos direitos humanos. É sob esta ótica, dos direitos humanos, que os pedidos de refúgio das vítimas de tráfico de pessoas devem ser analisados. Da mesma forma deve-se observar a evolução da criminalidade transnacional e a incapacidade da maioria dos países em combatê-lo e, muitas vezes, a própria omissão no combate ou conivência destes com a criminalidade, por interesses políticos, religiosos, ideológicos, etc., ou ainda por simples interesse econômico.

Assim sendo, tendo em vista a situação de vulnerabilidade, bem como a estrutura da maior parte das organizações criminosas transnacionais, a perseguição a uma vítima de tráfico de pessoas é sempre plausível. O fato de esta perseguição não se dar por motivo de raça, nacionalidade, religião ou opinião política, não pode descartar a possibilidade do refúgio, uma vez que o simples fato de ser vítima de tráfico, identificada como tal pela comunidade no país de origem, ou pelos traficantes, tornam-nas um determinado grupo social passível de refúgio nos termos da Convenção de 1951.

REFERÊNCIAS

ACNUR. (2006). *Directrices sobre protección internacional*: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata. Recuperado no dia 9 fevereiro 2013, de <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=487e105b2>.

ACNUR. (2002). *Directrices sobre protección internacional*: La persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967. Recuperado no dia 9 fevereiro 2013, de <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1753.pdf?view=1>.

ACNUR. (2002). *Directrices sobre protección internacional*: Pertenencia a un determinado grupo social en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967. Recuperado no dia 9 fevereiro 2013, de <http://www.acosomoral.org/pdf/pertenencia.pdf>.

ACNUR. (1992). *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Recuperado no dia 3 fevereiro 2013, de <http://www.unhcr.org/refworld/publisher,UNHCR, HANDBOOK,,3ae6b33e4,0.html>.

ACNUR. (2013). *O que é a Convenção de 1951?*. Recuperado no dia 10 fevereiro 2013, de <http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/o-que-e-a-convencao-de-1951/>.

BARBOSA, L. P.; HORA, J. R. S. da, *A Polícia Federal e a proteção internacional dos refugiados*. Monografía apresentada para conclusão do XX Curso Superior de Polícia (atualizada em 2007), em ACNUR Brasil, Brasília, 2006. Recuperado no dia 3 fevereiro 2013, de <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5267.pdf?view=1>.

CHRISTENSEN, T. M., *Trata con fines de explotación sexual*: Protección de las víctimas en la legislación nacional e internacional de asilo. Nuevos temas en la investigación sobre refugiados. Informe de investigación núm. 206, em Servicio de Evaluación y Elaboración de Políticas, ACNUR, Ginebra, Suiza, abril de 2011. Recuperado no dia 26 janeiro 2013, de <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7514.pdf?view=1>.

CONVENÇÃO da Organização da Unidade Africana (OUA) que rege os aspectos específicos dos Problemas dos Refugiados em África, adoptada pela Conferência dos Chefes de Estado e do Governo aquando da Sexta Sessão Ordinária, Adis-Abeba, 10 de setembro de 1969, Nações Unidas, Recolha de Tratados Nº 146 981. Recuperado no dia 2 fevereiro 2013, de <http://www.cidadevirtual.pt/acnur/acn_lisboa/e-oua.html>.

CONVENCIÓN sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas, Ginebra, Suiza, 28 de julio, 1951, Serie Tratados de Naciones Unidas, Nº 2545, v. 189, p. 137. Recuperado no dia 2 fevereiro 2013, de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0005>.

DECLARACIÓN de Cartagena sobre Refugiados, adoptado por el *Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados em América Central, México y Panamá*: Problemas Jurídicos y Humanitarios, Cartagena, Colombia, 1984. Recuperado no dia 3 fevereiro 2013, de <http://www.oas.org/dil/esp/1984_Declaraci%C3%B3n_de_Cartagena_sobre_Refugiados.pdf>.

LEÃO, R. Z. R., *O reconhecimento dos refugiados pelo Brasil*. Decisões comentadas do CONARE, em CONARE e ACNUR Brasil, Brasília, 2007. Recuperado no dia 13 fevereiro 2013, de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/5780>.

PROTOCOLO para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo, 2000) em CONVENCIÓN de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito, Viena, 2004, p. 43-54. Recuperado no dia 12 setembro 2012, de <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>.

PROTOCOLO sobre el Estatuto de lós Refugiados, Nova York, 31 janeiro 1967, Serie de Tratados de Naciones Unidas Nº 8791, v. 606, p. 267. Recuperado no dia 2 fevereiro 2012, de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0003>.

UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime).(2012, December). Global report on trafficking in persons. Recuperado no dia 12 dezembro 2012, de <http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf>.

7

A QUESTÃO DOS DESLOCADOS INTERNOS E A CONVERGÊNCIA DAS TRÊS VERTENTES DE PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA: DESAFIOS E POSSIBILIDADES

Camila Dabrowski de A. Mendonça

Doutoranda em Direito Internacional – PPGD/UFSC. Mestre em Direito e Relações Internacionais – PPGD/UFSC. Bacharel em Relações Internacionais – UNICURITIBA. Bacharel e Licenciada em História – UFPR. Pesquisadora do Observatório de Direitos Humanos da UFSC. Bolsista da CAPES.

Vanessa Iacomini

Professora e coordenadora do curso de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF. Líder do grupo de pesquisa em direito, saúde e bioética clínica – consentimento informado na relação médico-paciente: análise do contexto ético e jurídico sobre seus fundamentos. Presidente do Núcleo de Estudos em Direito Contemporâneo – NEDC. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Observatório de Direitos Humanos da UFSC. Integrante do Conselho de decisões das Nações Unidas. Integrante do Projeto da pós-graduação em direito da PUCSP sobre Mudanças Climáticas com apoio da Vale do Rio Doce. Presidente do Instituto Brasileiro de Biodireito.

1 INTRODUÇÃO

A questão dos deslocados internos é um tema de grande relevância atualmente devido ao grande número de pessoas que podem ser inseridas nessa categoria. Ao analisar a definição de "deslocado interno" partindo de uma visão clássica das três vertentes protetivas da pessoa humana, ou seja, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional dos Refugiados e o Direito Internacional Humanitário, tem-se a impressão de que a categoria se encontra em uma espécie de vácuo normativo. Porém, partindo de uma perspectiva que considera essas vertentes protetivas como convergentes e complementares, e não mais estanques e afastadas, pode-se buscar uma forma mais adequada e efetiva de proteção dos deslocados internos.

A primeira parte do presente trabalho será dedicada a apresentação da problemática dos deslocados internos, principalmente sua conceituação e as diferenças com a categoria de refugiados. Na sequência, serão apresentadas as três vertentes protetivas, para, na sequência, indicar tanto suas especificidades quanto os elementos convergentes, buscando assim destacar de que forma uma abordagem protetiva holística pode auxiliar na solução da questão dos deslocados internos.

2 A QUESTÃO DOS DESLOCADOS INTERNOS

Dentre os diversos problemas enfrentados pela comunidade internacional, a questão das pessoas deslocadas internamente ou, simplesmente, deslocados internos, tem chamado a atenção pelo grande número de pessoas que atualmente se encontram nessa situação: de acordo com o Internal Displacement Monitoring Centre[1] (IDMC), há atualmente cerca de 26 milhões de deslocados internos no mundo. Há diversas dificuldades ligadas a essa questão, envolvendo tanto questões ligadas à soberania estatal quanto às possibilidades de atuação da comunidade internacional.

Pessoas deslocadas internamente se caracterizam por permanecerem dentro do território de seu país de origem. Diferente do que ocorre com os refugiados, que cruzam as fronteiras nacionais e buscam asilo em outros Estados, o deslocado interno permanece no mesmo Estado, porém não em sua região original.

[1] Em tradução livre para o português, "Centro de Monitoramento de Deslocamento Interno".

Em decorrência da própria natureza da situação, as pessoas deslocadas internamente permanecem sob a jurisdição do mesmo Estado. Coloca-se, então, as dificuldades relativas à soberania nacional. Em primeiro lugar, em diversos casos de deslocamento interno, o Estado é o próprio responsável pela violação dos direitos de seus cidadãos e, por muito tempo, com base no princípio da não-intervenção, a comunidade internacional não agia, mesmo frente à graves violações (COHEN, 2006, p. 87).

Em segundo lugar, ainda usando a soberania estatal como uma barreira à intervenção internacional, os Estados não assumem que existem violações contra seus cidadãos. Essa postura torna difícil inclusive cálculo do número de deslocados internos no mundo atualmente[2] (NASCIMENTO, 2011, p. 120).

A principal resposta da comunidade internacional a essas questões foi a publicação, em 1998, dos *Princípios Orientadores Relativos aos Deslocados Internos.* Roberta Cohen (2006, p. 92) analisa o contexto no qual foram criados esses Princípios e afirma que a opção por essa forma de abordagem se deu por três motivos. Em primeiro lugar, no momento não havia apoio dos Estados para o desenvolvimento de um tratado internacional sobre o tema. Em segundo lugar, o desenvolvimento de um tratado tomaria muito tempo e a questão dos deslocados internos clamava por uma resposta mais célere. Por fim, a autora ressalta que já havia elementos de direito internacional suficientes para a proteção das pessoas deslocadas internamente, porém estavam dispersos em diversos documentos. Assim sendo, o conteúdo dos Princípios é baseado em outros instrumentos de direito internacional. Essa mesma característica é destacada pela autora como uma das razões da boa recepção dos Princípios pelos Estados: estes são coerentes com tratados já negociados e ratificados (COHEN, 2006, p. 93).

Destacou-se anteriormente que uma das principais problemáticas para lidar com a questão dos deslocados internos é que eles se encontram sob a jurisdição do seu Estado de origem, muitas vezes o responsável pelas violações sofridas pelas populações. O maior obstáculo para a atuação da comunidade internacional, é portanto, a própria soberania do Estado. Tendo em vista esse panorama, a abordagem adotada nos *Princípios Orientadores* é a de ressaltar a responsabilidade primária dos Estados na garantia do respeito aos seus cidadãos que se encontram na situação de deslocamento interno (NASCIMENTO, 2011, p. 124).

[2] Outro elemento que dificultam essa tarefa é a existência de diferentes critérios para definir as pessoas deslocadas internamente.

Para Cohen, a responsabilidade dos Estados conforme indicada nos Princípios, podendo-se destacar o Princípio 25[3], permite a aplicação da interpretação de "soberania como responsabilidade" (2006, p. 90). A autora indica que, segundo essa perspectiva, os Estados tem a responsabilidade primária e principal de proteger e promover assistência aos seus cidadãos que estão deslocados internamente, mas que, uma vez incapaz de cumprir essa responsabilidade, o Estado deve requisitar ajuda internacional. Caso o Estado não se comporte dessa forma, ou ainda, dificulte a ajuda internacional, a intervenção seria um direito da comunidade internacional, visando a proteção e o auxílio a população deslocada.

A noção de "soberania como responsabilidade" é apenas uma dentre diversas propostas para abordar a problemática dos deslocados internos. Uma outra proposta, baseada na semelhança da categoria de deslocados internos com a de refugiados, seria a expansão do conceito de refugiado. Porém, a grande objeção a essa ideia reside no elemento da saída da fronteira nacional, que não está presente no caso dos deslocados internos. Destaca-se também a questão do respeito à soberania, entendido aqui no sentido clássico. Outra objeção se refere à preocupação da comunidade internacional tanto no que diz respeito a uma possível sobrecarga do sistema de proteção aos refugiados, quanto a possibilidade do aumento de número de pessoas inseridas nessa categoria, cuja proteção é mais eficaz, aumentando, paralelamente, a responsabilidade de recepção, por parte dos Estados, desse grande número de pessoas (COHEN, 2006, p. 95).

3 AS TRÊS VERTENTES DE PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA

Ainda que a abordagem que enfoca a convergência das vertentes protetivas esteja no escopo do presente trabalho, as características peculiares

[3] Princípio 25
1. Cabe às autoridades nacionais o dever e a responsabilidade primárias de prestar a assistência humanitária aos deslocados internos.
2. As organizações humanitárias internacionais e os outros actores apropriados têm o direito de oferecer os seus serviços em apoio aos deslocados internos. Tal oferta não deve ser encarada como um acto inamistoso ou como interferência nos assuntos internos do Estado e deve ser considerada de boa fé. Não se deve, por isso, negar arbitrariamente o consentimento à sua actuação, particularmente quando as autoridades competentes estão incapacitadas ou não estão dispostas a prestar a assistência humanitária necessária.
3. Todas as autoridades competentes devem garantir e facilitar a livre passagem da assistência humanitária e garantir às pessoas encarregadas de tal assistência um rápido e livre acesso aos deslocados internos.

de cada uma delas será apresentada previamente, para que, na sequência, se destaque os elementos convergentes entre elas.

3.1 O Direito Internacional dos Direitos Humanos

A ideia da existência de direitos humanos se apresentou de diversas formas ao longo da história da humanidade, porém, a consolidação da proteção dos Direitos Humanos se deu apenas com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 17). Essa proteção é complementada posteriormente, com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966.

De forma bastante sintética, Micheline Ishay (2004, p. 3) afirma que direitos humanos são direitos de todos os indivíduos, uma vez que esses fazem parte da espécie humana [4]. Complementando essa ideia, a autora indica que os direitos humanos são universais e compartilhados igualmente por todos.

Uma das tentativas de explicar o desenvolvimento histórico e as conquistas ligados aos Direitos Humanos se deu por meio da divisão dos mesmos em "gerações" ou "dimensões", às quais se relacionam direitos específicos, bem como os documentos que possibilitaram sua consolidação, seguindo o desenvolvimento histórico. Nesse sentido, a teoria dimensional dos direitos humanos, segundo Danielle Annoni (2008, p. 63-69), identifica três dimensões de direitos.

A primeira é relativa aos direitos civis e políticos, conquistados por meio da Declaração Americana de 1776 e da Declaração Francesa de 1789. São considerados direitos individuais e "se apresentam como *direitos negativos*, uma vez que exigem do Estado sua mera abstenção" (ANNONI, 2008, p. 62, grifo no original).

A segunda dimensão dos direitos humanos se consolida apenas no século XX e compreende os direitos sociais, econômicos e culturais. Ainda com um vínculo profundo com os Estados, estes direitos procuram garantir o "comprometimento e responsabilidade do Estado" (ANNONI, 2008, p. 66), bem como sua atuação efetiva.

[4] *Human rights are rights held by individuals simply because they are a part of the human species.*

A terceira geração de direitos é relativa não mais à individualidade, mas a toda a humanidade. Nesse sentido, podem ser destacados o direito à paz, a um meio ambiente equilibrado, à qualidade de vida, dentre outros (ANNONI, 2008, 67).

Para Cançado Trindade, contudo, a teoria dimensional leva ao entendimento de que esses direitos se substituem a medida que são criados. Para o autor, o que ocorre é justamente o contrário: a medida que são criados, os direitos se complementam e se fortalecem (CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 24-25). Além da universalidade, indicada por Ishay, Cançado Trindade identifica outra característica dos direitos humanos, que é sua indivisibilidade. Para o autor, a visão sobre os direitos humanos não pode ser fragmentada, uma vez que os próprios direitos não o são. Apesar da conquista desses direitos haver ocorrido em diferentes momentos da história, todos são igualmente importantes, não havendo uma hierarquia ou prioridade entre eles.

Annoni (2008, p. 43-51) identifica cinco características dos direitos humanos: as já citadas universalidade e indivisibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade e, por fim, imprescritibilidade. Sobre a universalidade, ressalta o debate sobre a questão do relativismo cultural, segundo o qual a ideia de direitos humanos parte de cada cultura, invalidando a suposta universalidade dos mesmos. Quanto a indivisibilidade, complementa a perspectiva de Cançado Trindade ao afirmar que a efetivação dos direitos humanos não é possível de forma fragmentada. Já sobre a irrenunciabilidade, Annoni ressalta o vínculo dos direitos com a própria condição humana, assim sendo, "renunciar a tais direitos implicaria renunciar a condição de ser humano" (2008, p. 48). Da mesma forma que um indivíduo não pode dispor de seus direitos humanos, também não pode transferi-los, caracterizando sua inalienabilidade. A quinta característica, imprescritibilidade, evidencia a inexistência de um prazo para seu exercício, levando em conta, como ressalta a autora, as questões relativas ao direito de ação ou petição, diferente do direito humano material, que tem condições definidas para serem exercidos.

3.2 Direito Internacional Humanitário

Também denominado de Direito Internacional dos Conflitos Armados, o Direito Internacional Humanitário tem como principal objetivo regular diversas questões durante conflitos armados. Dentre essas questões

pode-se destacar (i) a proteção de não combatentes, isto é, da população civil e dos militares que, por diversos motivos, não estejam mais participando das hostilidades; e (ii) a limitação dos meios e métodos de empreender a guerra (KRIEGER, 2004, p. 223).

As primeiras conferências que trataram sobre temas humanitários ocorreram no fim do século XIX, com destaque especial para a primeira Conferência Internacional em Genebra, em 1863, que deu origem tanto à Cruz Vermelha, organismo que desde então desempenha um dos papéis mais relevantes na proteção e disseminação do ideais humanitários, quanto ao texto da Convenção de Genebra de 1864, cujo objetivo era aliviar a sorte dos militares feridos dos exércitos em campanha (KRIEGER, 2004, p. 233). Nos anos seguintes essa temática continuou a ser debatida, gerando outras Convenções. Após a Segunda Guerra Mundial as normas criadas até então foram revisadas, culminando no que conhecemos hoje como as quatro Convenções de Genebra de 1949 que tratam, respectivamente, (i) dos feridos e enfermos de exércitos, (ii) dos feridos, enfermos e náufragos, (iii) dos prisioneiros de guerra, e (iv) da proteção à população civil em tempos de guerra. As quatro Convenções tratam apenas de conflitos armados de caráter internacional, com exceção do artigo 3° comum a todas as quatro Convenções, que pode ser aplicado em um conflito armados de caráter não internacional (COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA, 2012, p. 2).

Com o desenvolvimento tecnológico o caráter dos conflitos armados se modificou. Visando responder à nova realidade, foram criados dois Protocolos Adicionais às quatro Convenções de Genebra, em 1977. O primeiro deles complementa as disposições das Convenções de 1949 a respeito da proteção da população civil em conflitos armados internacionais, incluindo nesse conceito as guerras de libertação nacional. Já o segundo protocolo de 1977 aborda os conflitos armados de caráter não internacional, desde que os grupos armados internos apresentem determinados requisitos, como uma estrutura organizacional e controle de parte do território (CICV, 2012, p. 2; KRIEGER, 2004, p. 236). Em 2005 foi adotado um terceiro Protocolo Adicional, o qual permite a adoção de um novo emblema distintivo – além da tradicional cruz vermelha e do crescente vermelho –, o cristal vermelho (CICV, 2012, p. 2).

3.3 O Direito Internacional dos Refugiados

A necessidade de se criar um ramo do Direito Internacional para tratar da questão dos refugiados surge após a Segunda Guerra Mundial e se

concretiza por meio da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. Acreditando que o fluxo de refugiados seria uma questão pontual, a Convenção foi criada com uma limitação temporal para a definição do status de refugiado: somente fatos ocorridos anteriormente a 1º de janeiro de 1951 poderiam levar ao reconhecimento da categoria de refugiado. Porém, frente a uma realidade distinta, isto é, ao aumento do fluxo de refugiados, a Convenção de 1951 foi emendada pelo Protocolo de 1967, que excluiu a limitação temporal (AGUIAR, 2001, p. 212-213; PIOVESAN, 2001, p. 32-34).

De acordo com o texto da Convenção de 1951 (artigo 1, § 2, b), já emendado pelo Protocolo de 1967, o conceito de refugiado se aplica a qualquer pessoa

> [...] que temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

Assim definido, o conceito exige que, para obter o status de refugiado, a pessoa solicitante deve comprovar que existe perseguição, por algum dos motivos elencados no texto legal. Outro elemento que deve ser destacado é o fato de que o solicitante do refúgio deva encontrar-se fora de seu país de origem, isto é, tendo efetivamente cruzado a fronteira nacional e se encontre no território de um outro Estado.

Uma das consequências da presença dos refugiados no territórios de outros Estados é o princípio do *non-refoulement*, ou não-devolução. Esse talvez seja o princípio mais basilar da proteção dos refugiados, uma vez que impede os Estados receptores de obrigar as pessoas a retornar aos seus Estados de origem, onde estavam sofrendo perseguições (CANÇADO TRINDADE, 2006, P. 335-341; CASELLA, 2001, p. 20; PIOVESAN, 2001, p. 47-48).

A partir da definição do que caracteriza um refugiado para a Convenção de 1951, Casella indica uma problemática emergente: nem sempre as causas de deslocamentos para além das fronteiras nacionais se enquadram na definição tradicional, que permite a categorização da pessoa como refugiado. Nesse sentido, o autor destaca os deslocamentos por questões ambientais e também por motivos econômicos, casos em que não há um agente perseguidor (CASELLA, 2001, p. 23-24).

As questões ambientais que podem obrigar o deslocamento de populações visando garantir sua sobrevivência são, normalmente, ligadas a alterações climáticas, dentre as quais pode-se destacar a desertificação, as enchentes, as tempestades intensas e o aumento do nível dos oceanos - que pode levar a submersão de pequenos Estados insulares (CLARO, 2012, p. 37-38).

As questões econômicas dizem respeito a distinção entre o refugiado econômico e o migrante. Para Casella, essa diferenciação se dá com base na necessidade do deslocamento, ou seja, enquanto o migrante se desloca em busca de melhores condições, uma vez que não se sente satisfeito com as condições do local que habita, o refugiado econômico é obrigado a se deslocar por não conseguir sobreviver nas condições em que se encontra (CASELLA, 2001, p. 24). Ainda que as situações das populações deslocadas por esses e outros motivos seja grave, essas pessoas continuam a não se enquadrar na definição clássica de refugiado, uma vez que não há fator de perseguição.

4 AS CONVERGÊNCIAS DAS TRÊS VERTENTES DE PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA

Apresentados os elementos principais de cada uma das três vertentes protetivas da pessoa humana, cabe, na sequência, destacar os elementos de convergência que podem ser observados entre as mesmas. O objetivo não é de esgotar as possibilidades, mas indicar elementos dessa convergência, seja pelos objetivos gerais, seja pela prática.

4.1 Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário

Ao analisar as características e a natureza histórica dos direitos humanos, pode-se dizer que, de uma forma geral, os direitos humanos são direitos cotidianos, especialmente na relação dos indivíduos com os Estados dos quais são súditos. É nesse sentido que se posiciona César Amorim Krieger, ao afirmar que os direitos humanos são o "ramo do Direito Internacional que trata da pessoa humana e seu relacionamento com os Estados" (2004, p. 25).

Christopher Greenwood (2008, p. 74), em sentido semelhante, ressalta que os direitos humanos operam no contexto do relacionamento jurídico entre um Estado e seus cidadãos, principalmente em tempos de

paz[5]. Porém, ressalta que também podem ser aplicados durante conflitos armados. Nesse mesmo sentido, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) afirma que o Direito Internacional dos Direitos Humanos está vigente o tempo todo, seja em tempos de paz, seja em situação de guerra. Sobre a mesma questão, Cançado Trindade (1997, p. 275) entende que

> Embora o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos tenham diferentes origens e distintas fontes históricas e doutrinárias, considerações básicas de humanidade são subjacentes a um e outro; embora historicamente tenha o primeiro se voltado originalmente aos conflitos armados entre Estados e o tratamento devido a pessoas inimigas em tempos de conflitos, e o segundo às relações entre o Estado e as pessoas sob sua jurisdição em tempos de paz, mais recentemente o primeiro tem-se voltado também a situações de violência em conflitos internos, e o segundo a proteção de certos direitos básicos também em diversas situações de conflito e violência.

Uma questão que se pode apontar com base nessa afirmação diz respeito a possibilidade de aplicação do Direito Internacional Humanitário em conflitos internos, possibilidade essa aberta por meio do artigo 3° comum a todas as quatro Convenções de Genebra de 1949 e do segundo Protocolo Adicional de 1977. Ao abranger os conflitos internos no seu escopo de atuação, o Direito Internacional Humanitário refuta a distinção, antes tão arraigada, de que apenas os Direitos Humanos regulavam a relação entre o Estado e sua população.

Sobre a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos em situações de conflito, cabe ressaltar a reflexão de Cançado Trindade sobre a importância da manutenção de direitos básicos, especialmente em casos de conflito armado, quando a população pode se tornar mais frágil, podendo ser atacada pelo próprio Estado que deveria garantir sua segurança. Nesse sentido, o autor identifica um núcleo de garantias fundamentais de Direitos Humanos no cerne dos Protocolos Adicionais de 1977 (CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 279).

Tendo origens distintas, essas duas vertentes de proteção da pessoa humana demonstram cada vez mais elementos de convergência, tanto por

[5] *Human rights Law is designed to operate primarily in normal peacetime conditions, and within the framework of the legal relationship between a state and its citizens*.

seu objetivo comum, que é a própria proteção da pessoa humana, quanto pela aproximação do seu escopo de aplicação.

4.2 Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Refugiados

Nos documentos que regulam o Direito Internacional Humanitário, especialmente nas Convenções de Genebra e em seus dois primeiros Protocolos Adicionais, podem ser encontradas diversas referências a refugiados. A violência decorrente de conflitos armados está entre as causas geradoras de fluxos de refugiados. Tendo dedicado-se à proteção das vítimas de conflitos armados, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), foi responsável também por prestar assistência a populações deslocadas em decorrência do conflito, com base nos documentos referidos anteriormente. Com a criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados(ACNUR), o CICV passou a exercer um papel complementar em relação aos refugiados nas situações de conflito armado, mantendo, contudo, a cooperação com o novo órgão.

4.3 Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Internacional dos Refugiados

A relação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Refugiados se dá de forma profunda, ao longo de todo o processo de refúgio. Conforme exposto anteriormente, os direitos humanos são inerentes aos seres humanos, portanto esses direitos devem ser respeitados sempre. O processo de refúgio, conforme Flávia Piovesan, se divide em quatro momentos distintos. O primeiro, anterior ao refúgio propriamente dito, se caracteriza pela violação dos direitos, ou seja, pela instauração da perseguição contra aquela pessoa por motivos políticos, sociais, culturais, etc. O segundo momento se dá quando a pessoa deixa seu país de origem e busca refúgio em outro Estado, que, com base no princípio do *non-refoulement*, deve conceder refúgio dentro das condições cabíveis. O terceiro momento é o do refúgio em si, no qual a pessoa se encontra sob a proteção do Estado que o acolheu, devendo ser tratada com dignidade e ter seus direitos básicos respeitados. O quarto e último momento é o de solução da situação de refúgio, que pode ser a repatriação, a integração no Estado em que o refugiado se encontra ou o reassentamento em um terceiro Estado (PIOVESAN, 2001, p. 44-49).

Independentemente do estágio em que se encontre, o refugiado deve ter seus direitos básicos respeitados. Essa é a posição também defendida por Cançado Trindade, ao defender a afirmação de "normas mínimas básicas" (2001, p. 319) para as pessoas em qualquer momento do processo de refúgio.

Mais do que o respeito devido aos direitos daqueles que buscam refúgio, Cançado Trindade preocupa-se também com as causas desse problema (1997, p. 272). O autor identifica as violações de direitos humanos, seja por políticas do próprio Estado contra sua população, seja em decorrência de conflitos armados internacionais ou não, como o grande motivador dos deslocamentos.

A proteção dos direitos humanos deve se dar não apenas durante o processo de refúgio, mas, principalmente, antes que ocorra qualquer violação, evitando, desta forma, que as populações sejam perseguidas e tenham que se deslocar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No que diz respeito as convergências entre a questão dos deslocados internos e as vertentes protetivas, quando consideradas individualmente, podemos delinear algumas conclusões.

Apesar da proximidade com o Direito Internacional dos Refugiados, ampliar um conceito bem estabelecido e que regula relações de natureza internacional para abarcar a questão dos deslocados internos não parece ser a melhor opção. O sistema de proteção aos refugiados funciona de forma bastante eficiente. Conforme apresentado anteriormente, uma ampliação do conceito de refugiado talvez fosse mais importante para deslocados internacionais por questões ambientais, econômicas ou outras não previstas pela Convenção de 1951, do que para a questão dos deslocados internos.

Já o Direito Internacional Humanitário, por sua própria natureza, pode ser aplicado quando a causa do deslocamento for um conflito armado, uma vez que a proteção da população civil é um dos objetivos desse ramo do Direito. A grande questão reside nos casos de conflitos internos, nos quais, em diversas situações, o Estado dificulta o acesso da ajuda humanitária à população necessitada.

Por fim, é no Direito Internacional dos Direitos Humanos que parece residir a solução mais efetiva para a problemática do deslocamento

interno. Conforme demonstrado anteriormente, a convergência das três vertentes protetivas parece ter seu ponto central em um núcleo de garantias fundamentais, proveniente dos direitos humanos. A universalidade e a indivisibilidade dos mesmos garante que esses direitos sejam de todas as pessoas, a todo tempo. Da mesma forma que a solução última para a questão dos refugiados é interromper as violações que geram seu deslocamento, a solução para a questão dos deslocados internos é o fim das violações aos direitos dos indivíduos.

A efetivação da proteção integral dos direitos humanos parece indicar a mesma direção que Cançado Trindade delineia quando se refere a humanização do direito internacional. Para o autor, é preciso "*uma limitación a la soberania estatal, em favor de la integridad y Del bien estar de la persona humana*" (2006, p. 341). Mais do que agir em seu próprio interesse, os Estados devem agir conforme o interesse das pessoas, respeitando os direitos humanos e propiciando condições para que a humanidade conviva em paz.

REFERÊNCIAS

AGIER, Michel. Refugiados diante da nova ordem global. *Tempo Social. Revista de sociologia da USP*. v. 18, n. 2. Nov. 2006.

AGUIAR, Renan. Lei 9.474/97: cláusula de inclusão e exclusão. In: ARAUJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (coords.). *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 211-232.

ANNONI, Danielle. *O Direito Humano de Acesso à Justiça no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. V. 1.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. V. 2.

CASELLA, Paulo Borba. Refugiados: conceito e extensão. In: ARAUJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (coords.). *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 17-26.

CLARO, Carolina de Abreu Batista. *Refugiados Ambientais*: mudanças climáticas, migrações internacionais e governança global. 113f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Sustentável) - Centro de Desenvolvimento Sustentável, Universidade de Brasília, Brasília. 2012.

COHEN, Roberta. Developing an International System for Internally Displaced Persons. *International Studies Perspectives*, v. 7, n. 2, mai. 2006. p. 87–101.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *O DIH e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.icrc.org/por/war-and-law/ihl-other-legal-regmies/ihl-human-rights/overview-ihl-and-human-rights.htm>. Acesso em: 09 de fev. 2013.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Resumo das Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 e dos seus Protocolos Adicionais*. 2012. Folheto.

GREENWOOD, Christopher. Relevance of Other Fields of International Law. In: FLECK, Dieter (ed.). *The Handbook of International Humanitarian Law.* Oxford: Oxford University Press, 2008.

INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTRE. *Global Statistics*. Disponível em: <http://www.internal-displacement.org/8025708F004CE90B/(httpPages)/22FB1D4E-2B196DAA802570BB005E787C?OpenDocument>. Acesso em: 09 de dez. 2012.

ISHAY, Micheline R..*The History of Human Rights:* from Ancient Times to the Globalization Era. Berkeley; Los Angeles; London: University of California Press, 2004.

KRIEGER, César Amorim. *Direito Internacional Humanitário:* o precedente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e o Tribunal Penal Internacional. Curitiba: Juruá, 2004.

MOONEY, Erin D. Principles of Protection for Internally Displaced Persons. *International Migration*, v. 38, n. 6, Special Issue 2, 2001. p. 81-101.

NASCIMENTO, Allan. Pessoas deslocadas internamente: da actuação do Estado soberano à intervenção da comunidade internacional. *Sociologia, Problemas e Práticas*. Lisboa : Mundos Sociais. (Maio-Agosto 2011) 117-134.

NOGUEIRA, Maria Beatriz. Proteção aos deslocados internos e o direito à assistência humanitária: caminhos convergentes. In: JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de Oliveira S. (Orgs.). *Assistência e Proteção Humanitárias Internacionais.* São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Princípios Orientadores relativos aos Deslocados Internos, 1999.

PIOVESAN, Flávia. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ARAUJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coords.). *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 27-64.

8

POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS NO MÉXICO: A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL

Dulce María García y García
Doutoranda em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Unversidade Católica do Paraná.
dulcemariagarcia@gmail.com

Danielle Anne Pamplona
Professora Titular da Graduação e Pós-Graduação *stricto sensu* (Mestrado e Doutorado em Direito) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Doutora em Direito pela UFSC.
danielle.pamplona@pucpr.br

1 INTRODUÇÃO

Desde a origem da humanidade o ser humano tem lutado para satisfazer as necessidades básicas de sobrevivência, desenvolvendo avanços tecnológicos que têm gerado impactos ambientais consideráveis. A exploração desmedida e a poluição ilimitada não eram considerados ameaças, já que se acreditava que os danos eram reparáveis e a natureza era inesgotável. Até o fim de século XIX o ser humano passa a ter consciência do dano ambiental gerado e, em consequência disso, surgem a ecologia, o direito ambiental e o socioambientalismo.

Hoje em dia, além dos problemas socioeconômicos e políticos que as nações enfrentam diariamente, a preservação ambiental tem conseguido ocupar um espaço prioritário na agenda estatal. A entropia ambiental já não é considerada mais uma questão meramente científica, a degradação do meio ambiente é de tal magnitude que há atuações globais para parar seu avanço.

O México não é exceção. Sendo um dos três países com maior diversidade biológica e cultural do mundo, com ecossistemas frágeis e ainda pouco conhecidos, o Estado tem estabelecido medidas para proteger as riquezas naturais e proporcionar um entorno ambiental adequado à população mexicana.

Historicamente, as politicas públicas mexicanas em matéria ambiental foram implementadas numa perspectiva setorial-econômica, relegando ao segundo plano a proteção dos ecossistemas e a preocupação em evitar sua deterioração. Recentemente as politicas ambientais no México estão se voltando para a sustentabilidade e medidas regulatórias mais rigorosas. Contudo, as atividades econômicas continuam prejudicando extremamente os ecossistemas mexicanos o que só é agravado com a indiferença ou ignorância da população.

Esta impassibilidade da população também se manifesta no processo de elaboração das politicas publicas, cuja participação social é limitada, em parte devido à ignorância e à apatia social, o que pode revelar os sintomas da falta de educação da população, além da possibilidade de que as pessoas simplesmente optem por se deixar representar ao invés de envolver parte de seu tempo em tais temas, eis que suas vidas têm outros interesses. A hipótese trabalhada aqui é de que esta apatia se dá, essencialmente, pela pouca relevância que o Estado dá à sociedade civil, um caso relevante é a desconsideração ás comunidades indígenas quando estão envolvidos os territórios pertencentes aos povos originários.

Deste modo, se revisarão as politicas publicas mexicanas em matéria ambiental analisando os efeitos que a educação ambiental produz, e como uma população instruída evita o exercício de praticas antidemocráticas concretizando para uma sociedade mais plural, democrática e igualitária. Ao final, se traçará um paralelo com algumas práticas no ambiente brasileiro, na tentativa de aumentar a qualidade de nossas estruturas.

2 AS CONDIÇÕES DO MEIO AMBIENTE MEXICANO

O México é um dos doze países classificados como "mega diversos" pela Comissão Nacional para o Conhecimento e Uso da Biodiversidade; é um dos países onde se cultivam mais de cento e vinte espécies de plantas cuja origem remonta à época pré-hispânica e conta com uma riqueza cultural exemplificada por meio de mais de trezentas línguas que se falam sobre seu território[1].

Muitas informações sobre a riqueza biológica e cultural dos ecossistemas que se têm atualmente deve-se às culturas indígenas, quem têm conservado e transmitido estes conhecimentos de geração em geração. Infelizmente e apesar de toda essa sabedoria, essas culturas não tem conservado a perspectiva de respeito à natureza, de uso racional e mensurado dos recursos naturais para garantir a existência de alimentação e a sobrevivência de todos.

Hoje em dia a perspectiva de respeito à natureza se vê ultrapassada pelas praticas capitalistas e consumistas. No México a superexploração de recursos naturais esta afetando não só o equilíbrio da biodiversidade, senão também a satisfação das necessidades básicas de alimentação e de fornecimento de água potável. E este desequilíbrio é aprofundado com o crescimento demográfico: nas áreas urbanas o território e os alimentos são escassos e os níveis de poluição mais altos que nas áreas rurais.

A população mexicana não tem sido propriamente informada nem conscientizada sobre a importância da proteção ao meio ambiente, nem o Estado tem apresentado vontade politica para encontrar uma formula apropriada de politica publica. Por enquanto, às condições do ar, de água e de terra não têm sido tratadas com a devida relevância, situação que dificulta a subsistência em determinadas regiões.

[1] MÉXICO, Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad. Dos Décadas De Historia 1992- 2012. Gobierno Federal, p. 13. Disponível em: <http://www.conabio.gob.mx>. Acesso em: 05 ago. 13.

Segundo os dados apresentados pela Comissão Nacional de Água - CONAGUA, a qualidade de água potável subministrada à população é excelente em 42,3% de ótima qualidade em 27.5%, aceitável em 18.9%, poluída em 7.5% e fortemente contaminada em um 3.8%[2]. Assim mesmo, segundo o Suprimento de Água e Monitoramento Sanitário[3], relatório da Organização Mundial de Saúde que avalia os níveis de água potável e seu fornecimento mundialmente, em 2011 o México contava com uma cobertura de água potável de 96% (sendo 97% urbana e 89% rural), estando em 83º lugar entre os 179 países avaliados. Os dados apresentam um avanço em relação ao ano de 2008, já que o México tinha uma cobertura de água potável de 94% (sendo 96% urbana e 87% rural). Em 2011, a população mexicana incrementou o alcance de água potável em um 28% em relação ao ano de 1995.

Contudo, cerca de 15% da extração total de água é realizada a partir de fontes não sustentáveis, em consequência a eficiência no uso da água permanece muito baixa[4] e o fornecimento de água potável é reduzida nos bairros empobrecidos e no norte do país, ainda que nessa área exista uma grande cobertura de rede de distribuição de água e esgoto. Assim mesmo, em matéria de saneamento, as principais carências se encontram na limitação de descargas e no tratamento das águas residuais urbanas, já que (em 2006) só se tratou um quarto das águas residuais[5]. No ano 2006 apenas o 36.1% das aguas residuais foram tratadas aumentando a 38.3% em 2007, 40.2% em 2008, 42.1% em 2009 e 42.6% em 2010[6].

Pese a existência de um grande corpo normativo que regula as descargas do saneamento como as Norma Oficial Mexicana[7] (NOM 001 SE-

[2] MÉXICO Comisión Nacional del Agua. Sistema Nacional de Información del Agua. SINA. Disponível em: <www.conagua.gob.mx>. Acesso em: 10 dez. 2013.

[3] World Health Organization. Progress on Sanitation and Drinking Water 2013 Update. Disponível em: <http://www.who.int>. Acesso em: 11 dez. 2013.

[4] OECD Evaluaciones de la OCDE sobre el Desempeño Ambiental: México 2013 Disponível em: <www.oecd.org>. Acesso em: 28 nov. 2014.

[5] GUEVARA SANGINES, Alejandro. Política Ambiental en México, Génesis, Desarrollo y Perspectivas. Revistas Información Comercial Española ICE. Marzo-Abril 2005. N.º 821. P 163-175. Disponível em: <http://www.revistasice.com>. Acesso em 28 nov. 2014.

[6] MÉXICO. Comisión Nacional del Agua. Experiencias en la Instrumentación de Acciones de Saneamento. Situación actual y principales proyectos de infraestructura en México. Subdirección General de Agua Potable, Drenaje y Saneamiento. Gerencia de Potabilización y Tratamiento. Octubre 2010. Disponível em: <http://www.conagua.gob.mx>. Acesso em: 28 nov. 2014.

[7] Normas Oficiales Mexicanas (NOM) são regulações técnicas de carácter obrigató-

MARNAT[8] 1996, NOM 002 SEMARNAT 1996, NOM 003 SEMARNAT 1997, NOM 004 SEMARNAT 2001) e a implementação do Programa Nacional Hídrico (PNH) 2007-2012 que conseguiu para o fim de período incrementar o tratamento de águas em um 46.5 % , se precisa acrescentar o orçamento para a construção de plantas de tratamento e outorgar suficientes recursos para a manutenção da sua infraestrutura[9]. Se existem recursos limitados para fornecer água potável, para o tratamento de água os recursos são ainda mais limitados.

Com respeito ao ar, diversas organizações governamentais e não governamentais analisam constantemente sua qualidade, identificando que o transporte é o principal responsável pela poluição devido à circulação de numerosos veículos antigos que consomem muito combustível e produzem gases que contribuem para a ocorrência do efeito estufa. Desde 2009 a Norma Oficial Mexicana (NOM 086 SEMARNAT-SENER-SCFI 2005) exige que o diesel vendido no país seja de baixo teor de enxofre, mais devido ao incumprimento da norma deputados solicitam a criação de um novo artigo que estabeleça uma data final para a distribuição do mencionado combustível. A proposta do grupo parlamentário solicita a Petróleos Mexicanos - PEMEX, a Secretaria de Energia - SE e a Secretaría de Meio Ambiente e Recursos Naturais - SEMARNAT que não ignorem as consequências econômicas, ecológicas e sobretudo de saúde que gera o diesel de alto enxofre através da emissão de partículas nocivas e contaminantes do ar[10].

Além do mais, vários pesquisadores do Centro de Investigação e dos Estudos Avançados do Instituto Politécnico Nacional - CINVESTAV, e insti-

rio. Regulam os produtos, processos o serviços, quando estes possam constituir um risco para as pessoas, animais e vegetais assim como para o meio ambiente em general, entre outros.

8 Secretaria do Meio Ambiente e Recursos Naturais.

9 DE LA PEÑA, María Eugenia. Tratamiento de aguas residuales en México. Sector de Infraestructura y Medio Ambiente. Nota técnica #IBD-TN-521. Banco Interamericano de Desarrollo. Mayo 2012. P 1-21. Disponível em: <http://www.iadb.org>. Acesso em 28 nov. 2014.

10 MÉXICO. Palacio Legislativo de San Lázaro. Con punto de acuerdo, por el cual se exhorta a los titulares de la Sener, de la Semarnat y de Pemex a establecer en la NOM-086-SEMARNAT-SENER-SCFI-2005 un artículo transitorio que fije nueva fecha para la distribución del diesel de ultra bajo azufre en todo el territorio nacional, a cargo de la diputada Minerva Castillo Rodríguez y suscrita por integrantes del Grupo Parlamentario del PRI. Gaceta Parlamentaria, Número 3755-XI, martes 23 de abril de 2013. Disponível em: <http://gaceta.diputados.gob.mx>. Acesso em: 07 set. 2013.

tuições como a Comissão de Direitos Humanos do Distrito Federal e organizações como "O Poder do Consumidor"[11], têm realizado estudos sobre a qualidade do ar na Cidade de México que têm demonstrado que nove de cada dez dias os limites estabelecidos pela Organização Mundial da Saúde - OMS são ultrapassados, questão que coloca em risco a vida da população e que vulnera a qualidade ambiental[12].

Com respeito à devastação de florestas, o México se encontra entre os primeiros países com maior área devastada do mundo, se perdem aproximadamente 155 mil ha por ano[13] devido a incêndios, exploração excessiva de madeiras, uso de solos para o pastoreio de gado, incêndios acidentais, extensão de áreas urbanas e principalmente para o uso agrícola. Esta situação provoca sérias consequências como a escassa disponibilidade de água, a perda de diversidade biológica, as altas temperaturas da terra que a sua vez provocam incêndios e altos níveis de gases que provocam o efeito estufa.

Guevara Sangines afirma que é possível conhecer o custo econômico do dano ambiental causado no meio ambiente mexicano, usando o Sistema de Contas Econômicas e Ecológicas do México - SCEEM[14] somando os custos de degradação com os custos de esgotamento, para obter o Produto Interno Neto Ecológico (Producto Interno Neto Ecológico - PINE). Segundo o sítio oficial do Instituto Nacional de Estatística e Geografia - INEGI para 2011 no setor econômico agricultura, gado, aproveitamento florestal, pesca e caça, o custo pelo esgotamento e degradação ambiental foi de $113, 620.058 (cento e treze milhões seiscentos e vinte mil pesos e cinquenta e oito centavos) pesos mexicanos, um equivalente a R$ 19,588.09 (dezenove milhões quinhentos e oitenta e oito mil e nove centavos)[15].

---

[11] *El Poder del Consumidor* é uma associação civil mexicana sem fins lucrativos que trabalha na defensa dos direitos como consumidor. As atividades da organização incluem o estudo de produtos, de serviços e de políticas públicas, a vigilância do desempenho das empresas, a identificação de opções favoráveis para os consumidores e a denúncia das práticas que afetam seus direitos. Disponível em: <http://www.elpoderdelconsumidor.org>. Acesso em: 05 set. 2013.

[12] MÉXICO. *Programas para Mejorar la Calidad del Aire SEMARNAT en Eco México Social.* Disponível em: <http://ecomexicosocial.blogspot.com.br>. Acesso em: 07 set. 2013.

[13] MÉXICO. INEGI - Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática. Estadísticas a propósito del Día Mundial Forestal 2013. Disponível em: <http://www.inegi.org.mx>. Acesso em: 07 set. 2013.

[14] GUEVARA SANGINES, *op. cit.*, p. 166.

[15] MÉXICO. INEGI - Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Sistema de Cuentas Nacionales. Disponível em: <http://www.inegi.org.mx>. Acesso em: 05 set. 2013.

O Estado Mexicano tem estabelecido normas jurídicas, instituições e políticas públicas para diminuir e sancionar as atividades econômicas que poluem o meio ambiente, e regular o aproveitamento dos recursos naturais sustentavelmente. Contudo, precisa-se avaliar se a direção das políticas públicas implementadas é a correta, já que os custos ambientais totais são altos e crescentes. A degradação causada pelo humano supera às causadas pela natureza tanto na duração como na dificuldade de ressarcimento.

3 PERCURSO HISTÓRICO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS MEXICANAS

De fato, as politicas públicas em matéria ambiental propriamente falando, são de uma origem recente, já que desde a promulgação da Constituição de 1917, as politicas públicas ambientais mexicanas eram setoriais, ou seja, atendiam as necessidades e demandas dos setores florestal, hidráulico, pesqueiro, etc.[16].

A primeira agenda ambiental estabelecida no México foi implementada nos anos 70 durante o governo do Presidente Luis Echeverría. A inclusão da questão ambiental foi o resultado da pressão exercida por acadêmicos, pesquisadores e um pequeno setor da sociedade civil na procura de uma ação estadual que protegesse o meio ambiente mexicano cada vez mais contaminado[17].

A primeira agenda ambiental foi criada em 1971 sob o viés de um esquema sanitário pela lei federal para Prevenir e Controlar a Contaminação Ambiental sob o controle da Secretaria de Salubridade e Assistência - SSA. Posteriormente, em 1976, a Subsecretaria de Assentamentos Humanos - SAHOP passou a ter o controle da agenda[18].

Durante o período presidencial de Miguel de la Madrid Hurtado, a problemática ambiental cobra sua verdadeira importância devido ao furor internacional sobre a proteção ambiental. Segundo Micheli, se incluiu pela primeira vez o tema ecológico como fator explícito no desenvolvimento social e econômico do país, e se planejaram estratégias para o uso adequado dos recursos naturais, a promoção de tecnologias eficientes e para evitar o

[16] VÁZQUEZ SÁNCHEZ, Miguel Ángel. Políticas Públicas Ambientales. Una reflexión. p. 15. Disponível em: <www.ecosur.mx>. Acesso em: 05 set. 2013.

[17] *Idem*.

[18] *Idem*, GUEVARA SANGINES, *op. cit.*, p. 167-168.

crescimento urbano nas zonas concentradas do Distrito Federal, Guadalajara e Monterrey[19].

O início da adoção de políticas ambientais não setoriais se deu com a publicação, em 1982, da Lei Federal de Proteção ao Ambiente. A agenda ambiental passa a ser regulada pela Secretaria de Desenvolvimento Urbano e Ecologia - SDUE em substituição à SAHOP. Em 1987, a Secretaria de Desenvolvimento Social - SEDESOL passou a ser o órgão encarregado das politicas ambientais, substituindo a SDUE[20].

A própria Constituição foi reformada para que fossem estabelecidas as responsabilidades em matéria ambiental. Assim, os artigos 23 e 73 passaram a prever a obrigação do Estado em tomar as medidas necessárias para manter o equilíbrio ecológico e a obrigação do Congresso em produzir leis ambientais que estabelecessem obrigações para que as autoridades dos diferentes níveis de governo colaborassem conjuntamente[21].

Durante o governo do Presidente Carlos Salinas de Gortari a agenda ambiental se fortalece com a edição da Lei Geral de Equilíbrio Ecológico e da Proteção do Ambiente, em 1988, e com a criação do Instituto Nacional de Ecologia - INE e da Procuradoria Federal de Proteção ao Meio Ambiente - PROFEPA, órgão de pesquisa científica e órgão de proteção ambiental, respetivamente[22].

No período presidencial de Ernesto Zedillo, é criada a Secretaria de Meio Ambiente e Recursos Naturais e Pesca - SEMARNAP, em 1994, responsável pelos recursos naturais na perspectiva sustentável, sendo parte da sua organização o Conselho Consultivo Nacional para o Desenvolvimento Sustentável entre outros conselhos consultivos nacionais, temáticos e regionais que constituem foros de participação social. Com o objetivo de atender a problemática ambiental de um jeito abrangente, em 2001 se elimina da competência da SEMARNAP o setor pesqueiro, atendendo, assim de maneira mais especializada a questão ambiental em órgão com poder decisório e responsabilidades próprias. A Secretaría de Meio Ambiente e Recursos Naturais – SEMARNAT, órgão governamental, é composto por órgãos como a Comissão Nacional de Água - CONAGUA, a Comissão Nacional Florestal - CONAFOR, o

[19] MICHELI, Jordy. Política Ambiental en México y su dimensión regional. El Colegio de Sonora. *Revista Región y Sociedad*, v. XIV, No. 23, 2002. Disponível em: <http://lanic.utexas.edu>. Acesso em: 10 out. 2013.

[20] VÁZQUEZ SÁNCHEZ, *op. cit.,* p 15, GUEVARA SANGUINES, *op. cit.*, p. 168.

[21] MICHELI, *op. cit.,* p.139.

[22] GUEVARA SANGUINES, *op. cit.*, p. 168.

Instituto Mexicano de Tecnologia da Água, a Comissão Nacional para o Conhecimento e Uso da Biodiversidade, o Instituto Nacional de Ecologia - INE e a Procuradoria Federal de Proteção ao Ambiente - PROFEPA. A partir da criação da SEMARNAT, se cria o Programa do Meio Ambiente 1995-2000 extraído do Plano Nacional do Desenvolvimento e da Lei de Planejamento com o objetivo de "alcançar o crescimento sustentável a partir da consolidação e integração da normatividade"[23].

Em 2001 foi reformado o artigo 4° da Constituição para adicionar o direito dos mexicanos a um meio ambiente adequado para o desenvolvimento[24], o qual elevou ao nível constitucional a obrigação do Estado de fornecer à população um espaço livre de poluição, onde a subsistência humana seja garantida.

O Programa de Meio Ambiente 1995-2000 propunha uma política ambiental normativa, com um fundamento sólido jurídico e técnico, trabalhando com a sociedade civil e com uma responsabilidade compartilhada, baseada no desenvolvimento sustentável:

> As condições econômicas e sociais aparecem como mediações iniludíveis entre a técnica e a conduta humana, por isso é preciso incidir sobre elas para promover o tipo de ação coletiva que requere o desenvolvimento sustentável. Em todo caso, o desenvolvimento sustentável implica reinterpretar o meio ambiente como um conjunto de recursos comuns cujo manejo demanda modificar e construir novas formas de organização social, estruturas de preços relativos, mercados, esquemas regulatórios e políticas públicas.[25]

Segundo Guevara Sangines[26], o Plano de Meio Ambiente 1995-2000 enumerava diversos instrumentos de ação, alguns como estabelecimento de áreas naturais protegidas, regulação direta para proteção da vida sil-

[23] GUEVARA SANGUINES, *op. cit.*, p. 168.

[24] Artigo reformado mediante decreto publicado no Diario Oficial de la Federación o 8 de fevereiro de 2012. "Toda pessoa tem direito a um meio ambiente são para seu desenvolvimento e bem estar. O Estado garantirá o respeito a este direito. O dano e deterioração ambiental gerará responsabilidade para quem o provoque em termos do disposto por a lei". Tradução das autoras. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Disponível em: <www.juridicas.unam.mx>. Acesso em 23 nov. 2014.

[25] MÉXICO. SEMARNAP. Programa de Medio Ambiente 1995-2000. Poder Ejecutivo Federal. Disponível em: <http://www.inecc.gob.mx>. Acesso em 27 out. 2013.

[26] GUEVARA SANGUINES, *op. cit.,* p. 168.

vestre, avaliação do impacto ambiental, Normas Oficiais Mexicanas - NOM, regulação direta de materiais e resíduos perigosos e de risco, regulação direta de atividades industriais, auditoria ambiental, verificação, controle e vigilância, entre outros.

Os instrumentos mencionados revelam que a estratégia implementada estava baseada na regulamentação, segundo Guevara Sanguinez o objetivo do Plano de Meio Ambiente era eliminar as externalidades negativas para o ambiente mas sem especificar a maneira como serão implementadas[27]. Apesar disso, o Plano de Meio Ambiente 1995-2000 representou um avanço no âmbito do governo federal em procurar os meios para proteger o meio ambiente e prever e aplicar sanções aos responsáveis pelos danos, além de ter contribuído para melhorar e fortalecer as políticas públicas subsequentes.

Posteriormente, surgiu o Plano de Meio Ambiente e Recursos Naturais 2001-2006 durante o sexênio do Presidente Vicente Fox, que previa politicas mais abrangentes, a partir de uma perspectiva diferente que previa maior participação social e com delineamentos de ações definidas que procuravam reforçar instrumentos do Plano anterior como a avaliação do impacto ambiental, as unidades de manejo para a conservação da vida silvestre, o manejo integral de bacias e investigação ambiental. Além disso, a transversalidade foi uma tática chave no plano, já que a interação com outras instituições associadas como a saúde, a ciência, a tecnologia, aumentava a eficiência das políticas[28].

Segundo Guevara Sangines, o Plano 2001-2006 ainda que conservando o caráter normativo do plano anterior, define os instrumentos para que sua aplicação seja efetiva. Em relação ao âmbito econômico, se retomam instrumentos econômicos que já foram contemplados no plano anterior mas com mais eficiência, como o pagamento às comunidades e aos produtores rurais por serviços ambientais[29].

Durante a gestão presidencial do Felipe Calderón Hinojosa, um novo Plano Nacional de Desenvolvimento 2007-2012 foi criado, o qual estabeleceu uma estratégia clara e viável para avançar na transformação do México sobre bases sólidas, realistas e, sobre tudo responsáveis[30]. A seção sustentabilidade ambiental promove uma política ambiental integral e abrangente

27 GUEVARA SANGINES, *op. cit.*, p. 169.

28 *Idem.*

29 *Idem.*

30 MÉXICO. Gobierno Federal. El Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012. Disponível em: <http://pnd.calderon.presidencia.gob.mx>. Acesso em: 27 out. 2013.

sob um enfoque do desenvolvimento humano sustentável. A política ambiental foi dividida em proteção ao meio ambiente, aproveitamento sustentável dos recursos naturais e estratégia para o cambio climático.

O plano 2007-2012 se distingue dos anteriores principalmente pelo caráter sustentável de suas políticas incentivando à população a participar nas mudanças necessárias para melhorar o meio ambiente mexicano. Programas como o da substituição de lâmpadas convencionais por lâmpadas poupadoras de luz ou o programa de substituição de eletrodomésticos antigos por poupadores de energia foram amplamente fomentados.

Do mesmo modo, sendo o México presidente do G20 (Grupo dos 20 – Grupo formado por representantes das dezenove maiores economias do mundo e representante da União Europeia) promoveu programas contra as mudanças climáticas e por meio da publicação, em 2012, da Lei Geral de Mudança Climática estabelece metas para reduzir a emissão de gases contaminantes. O México foi o primeiro país a editar uma legislação sobre a mudança climática e deve ser ressaltada a inauguração de plantas eólicas e programas de energia renovável[31].

Outro ponto a considerar é o orçamento destinado para ao setor ambiental. Segundo os estudos de Guevara Sangines, em 2004, só 1% do Gasto Neto Total do *orçamento* da Federação se destinou ao setor ambiental, em áreas que não eram prioritárias de acordo com o Plano de Meio Ambiente e Recursos Naturais 2001-2006[32]. Em 2012 o orçamento destinado a programas de proteção ao meio ambiente tão só foi de 2% do orçamento federal[33], o aumento tem sido mínimo em comparação com o montante assinado oito anos atrás.

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE realizou um estudo das políticas ambientais mexicanas no ano de 2013, denominado "Avaliações sobre o Desempenho Ambiental, México 2013"[34] mostrando que ainda que as regulações em matéria ambiental tenham se fortalecido e o orçamento aumentado, há ainda deficiências a se-

[31] MÉXICO. Gobierno Federal. El Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012. Disponível em: <http://pnd.calderon.presidencia.gob.mx>. Acesso em: 27 out. 2013.

[32] GUEVARA SANGINES, *op. cit.,* p. 170.

[33] MÉXICO. Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Trasparencia Presupuestaria. Observatorio del Gasto. Cambio Climático y Protección al Medio Ambiente. Gobierno Federal. Disponível em: <http://www.transparenciapresupuestaria.gob.mx>. Acesso em: 27 out. 2013.

[34] OCDE, *op. cit*. p. 1-8.

rem observadas e transpostas. Algumas das observações que a OCDE realizou são as seguintes: as emissões de CO2 aumentaram entre 2000 e 2010; a eficiência do uso da água é baixa e na sua maioria não é extraída de fontes sustentáveis; apesar de que 13% do território nacional está sob regras de proteção federal, as mais de 2600 espécies em ameaça não tem recebido a proteção devida.

Uma das observações mais importantes que a OCDE fez, trata-se dos subsídios ambientalmente prejudiciais os quais poderiam ser substituídos com gasto social direto, com benefícios consideravelmente maiores para os pobres, já que resultam muito onerosos para o orçamento federal e não conseguem atingir os resultados esperados:

> A taxa da pobreza do México é a mais alta da OCDE, sendo particularmente alta entre a população indígena. Contudo, a maioria destes subsídios são mais benéficos para os ricos que para os pobres. O 20% más pobre da captura unicamente 11% dos subsídios sobre a tarifa residencial de energia eléctrica e menos do 8% dos subsídios sobre população os combustíveis para transporte; de maneira semelhante, 90% dos apoios para os preços agrícolas e 80% dos subsídios para a eletricidade para o bombeamento de água são captados pelo 10% más rico dos agricultores. Em 2008, os subsídios sobre a energia tiveram um custo maior do dobre que o monto gastado em programas de luta contra a pobreza. Estes subsídios ineficientes poderiam ser substituído com gasto social direto, com benefícios consideravelmente maiores para os pobres. Programas como aquele que substitui os subsídios sobre a eletricidade para o bombeamento de água de rio com transferências diretas em dinheiro demonstram o caminho a percorrer e deveriam ser ampliados.[35]

A OCDE adverte que ainda que o México seja uma das economias mais fortes da organização, há altos níveis de desigualdade e pobreza no país, o que contrasta notavelmente com a riqueza de recursos naturais e culturais do país. A este respeito, faz recomendações gerais como o fortalecimento institucional e de políticas públicas, assim como ampliar o uso de impostos ambientais e reformar os subsídios que danificam o meio ambiente[36].

No atual período presidencial, se espera que a Estratégia Nacional de Mudança Climática pertencente ao Plano Nacional de Desenvolvimento

[35] OCDE, *op. cit*. p. 3-4.

[36] *Idem*, p. 4.

2013-2018, a[37], uma nova política ambiental, consiga seu objetivo de reduzir o consumo energético e emissões de contaminantes e da mesma maneira, os demais programas ambientais continuem se consolidando.

Resulta evidente que existe ainda um extenso caminho a percorrer para consolidar as politicas publicas ambientais, mais nos últimos anos se tem observado grandes avanços em matéria legislativa, em recursos orçamentários e no fortalecimento da participação, por exemplo o Programa para os Povos Indígenas da SEMARNAT que pretende incrementar a participação das comunidades indígenas na formulação das políticas públicas.

4 A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO NA CONSTRUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

> *– Education is the most powerful weapon which you can use to change the world.* – **Nelson Mandela**

As políticas públicas surgem como resposta do Estado a um problema emergente que precisa ser resolvido, sendo a participação da sociedade civil benéfica na formulação das políticas no caso se precise de uma percepção próxima do problema na elaboração de um plano de ação real e especifico para a solução em questão.

Cruz Porto e Pamplona compartilham o mencionado, contudo deriva-se necessário que o cidadão que participa na elaboração, execução e avaliação das politicas publicas, seja um cidadão informado e formado cuja existência na realidade é quase inexistente[38]. Não é suficiente que o cidadão participe na elaboração das politicas se ele não tem as informações necessárias para ajudar a construí-las, além disso, contar com noções de politica seria necessário para saber participar e debater.

A educação atua como primórdio de uma problemática que vai além da cidadãos capacitados na construção de políticas públicas, mais também da construção da democracia. Os cidadãos informados conhecem seus direitos e exigem seu respeito, portanto participam nas decisões politicas

[37] MÉXICO. Presidencia de la República de México. Disponível em: <http://www.presidencia.gob.mx>. Acesso em: 27 out. 2013.

[38] CRUZ PORTO, Antonio Augusto; PAMPLONA, Danielle Anne. Políticas Públicas voltadas à educação: um caminho rumo à democracia. In: PAMPLONA, Danielle Anne (Coord.). *Políticas Públicas*. Elementos para Alcance do Desenvolvimento Sustentável. Curitiba: Juruá, 2012, p. 112.

construindo a democracia. Existe uma "dependência recíproca" entre política e educação, já que a existência e/ou acesso de uma depende da outra, radicando ali sua importância[39].

Por outra parte, Gilberto Guevara Niebla em seu libro Democracia y Educación cita a Seymour Martin Lipset quem estabelece uma vez mais a relação entre educação e democracia, ele explica que a "educação não é um rasgo da democracia mais uma condição que favorece ou não sua existência, além que amplia a perspectiva, capacita para compreender a necessidade de normas de tolerância, limita a adesão a doutrinas extremistas e aumenta sua capacidade para tomar decisões racionais"[40].

Mari Elisabete Bernardini Seiffert também compartilha o valor da educação na vida de um individuo no só como no sentido atuação politica senão também como de autoestima, na medida em que "contribui para o despertar cultural, a conscientização, a compreensão dos direitos humanos, aumentando a adaptabilidade e o sentido de autonomia"[41].

Contudo, Vargas Paredes assevera que existem três limitações principais nos estudos sobre a participação social na toma de decisões publicas na América Latina, mormente as relacionadas com temas ambientais, sociais e de desenvolvimento:

> [...] a ambiguidade do término e a escassa precisão para medir a relação, correlação o associação entre um método participativo e um setor o área de políticas; a falta de diferenciação metodológica e conceitual entre democracia e políticas públicas, e a escassa atenção sobre os custos da participação na toma de decisões e o pouco alcance da participação nos temas de exclusão social das minorias.[42]

39 CRUZ PORTO, Antonio Augusto; PAMPLONA, Danielle Anne. Políticas Públicas voltadas à educação: um caminho rumo à democracia. In: PAMPLONA, Danielle Anne (Coord.). *Políticas Públicas*. Elementos para Alcance do Desenvolvimento Sustentável. Curitiba: Juruá, 2012, p. 115.

40 GUEVARA NIEBLA, Gilberto. *Democracia y Educación. Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática*. México: Instituto Federal Electoral, 1998. 83p. Disponível em: <http://www.ife.gob.mx >. Acesso em: 27 out. 2013.

41 BERNARDINI SEIFFERT, Mari Elizabete. *Gestão Ambiental. Instrumentos, esferas de ação e educação ambiental*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 272 e 310.

42 VARGAS PAREDES, Saúl. Evaluando la participación social: democracia y políticas públicas. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Sociales. *Revista Mexicana de Sociología* 73, núm. 1 (enero-marzo, 2011): 105-137. México, D.F.

Esta afirmação sustenta que a participação social, além dos problemas conceituais, se deve a uma carência de interesse da população, cuja origem pode também estar na falta de educação política acarretada, principalmente, pela falta de educação básica. Assim mesmo, no México, a limitada experiência com a participação social confunde os conceitos de participação do cidadão com diversas formas de democracia direta como o *referendum*, plebiscito e iniciativa popular. Contudo, estas formas de participação são limitadas eis que dependem da iniciativa governamental. A participação deve compreender-se como a intervenção organizada da sociedade civil em assuntos públicos[43].

Portanto, a educação conforma-se como um elemento chave de desenvolvimento do cidadão, formando-se um indivíduo empoderado, com as ferramentas educativas que elevam seu crescimento pessoal para participar na tomada de decisões politicas de seu país, não só durante as eleições.

Toda nação precisa de cidadãos que tenham à sua disposição mecanismos de interferência nas decisões governamentais, mas, além disso, cidadãos educados, no sentido de terem chance de apreender o instrumental necessário para poder participar na construção da democracia. Os cidadãos precisam de valores e de princípios que lhes ajudem a construir uma consciência e uma opinião própria, aptidões que só a educação pode outorgar.

Em consequência, a participação da sociedade civil torna-se indispensável na eficácia e na eficiência da implementação das politicas publicas, significa aproximar as politicas ao contexto social aonde serão implementadas, fortalecendo os vínculos entre Estado e cidadania.

4.1 A inclusão da educação ambiental nas políticas públicas

Ao respeito da questão ambiental, Elísio Márcio de Oliveira, considera que a educação ambiental por si mesma não soluciona a problemática, mais é um fator chave que deve ser amplamente promovido:

> A educação ambiental busca um novo ideário comportamental, tanto no âmbito individual quanto coletivo. Ela deve começar em casa, ga-

[43] OLVERA, Alberto J. *La participación ciudadana y sus retos en México.* Un breve estudio del desarrollo de la cultura y de las instituciones participativas y diagnóstico de su problemática actual, con propuestas para hacer funcionales las instancias de participación democrática. México, Secretaría de Gobernación. Disponível em: <www.gobernacion.gob.mx/>. Acesso em: 27 out. 2013.

> nhar as praças e as ruas, atingir os bairros e as periferias, evidenciar as peculiaridades regionais, apontando para o nacional e o global. Deve gerar conhecimento local sem perder de vista o global, precisa necessariamente revitalizar a pesquisa de campo, no sentido de uma participação pesquisante, que envolva pais, alunos, professores e comunidade. E um passo fundamental para a conquista de cidadania.[44]

Oliveira assevera que a educação ambiental deve ser abordada numa perspectiva mais ampla e não reduzir-se a um tema naturalista, ecológico, senão como um processo interdisciplinar que deve ser fomentado vastamente mais que ainda não é efetivo na prática devido à carência de profissionais, de metodologias e de material didático adequado.

Por outro lado, Édis Milaré também considera importante a educação ambiental, já que mostra-se como um processo participativo, onde o educando assume um papel de elemento central do ensino/aprendizagem pretendido, participando de forma ativa no diagnóstico dos problemas ambientais e na busca de soluções, sendo preparado como agente transformador, por meio do desenvolvimento de habilidades e formação de atitudes, através de uma conduta ética, condizente com o exercício da cidadania[45].

Assim mesmo, Bernardini Seiffert assevera que a educação ambiental deve ser considerada como importante instrumento de gestão ambiental para a materialização da visão do desenvolvimento sustentável[46], já que os hábitos de uma população em particular são determinantes do nível de degradação ambiental produzida. Portanto, as mudanças culturais devem ser propiciadas mediante políticas publicas que sejam especificas para informar e conscientizar à população.

No mundo capitalista que vivemos a produção de bens e o oferecimento de serviços depende das preferências de consumo da população, deste modo a estratégia capitalista de venda produz no consumidor uma "necessidade" de compra de produtos além dos básicos para a sobrevivência originando um excedente de produtos que não são biodegradáveis, que

[44] OLIVEIRA, Elísio Márcio de. *Educação Ambiental*: uma possível abordagem. 2. ed. Brasília: Edições IBAMA, 2000. p. 88-92.

[45] MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*: a Gestão Ambiental em Foco. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Em OLIVEIRA, Taisa Cristina Sibinelli de. A importância da educação ambiental e sua política nacional. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 08 set. 2013.

[46] BERNARDINI SEIFFERT, *op. cit.*, p. 267.

contribuem à poluição do meio ambiente e ao uso irracional dos recursos naturais.

É bem conhecido o exemplo do consumismo estadunidense, cuja pegada ecológica[47] de um cidadão comum estadunidense é de 10.3 ha o que representa cerca de três vezes mais a área que lhe cabe na divisão global. Se todos os habitantes do planeta atingissem o mesmo padrão de consumo seriam necessários mais três planetas para sustentar a vida humana. Bernardini enfatiza que os padrões de consumo da população são causas determinantes na entropia mundial e tais padrões estão vinculados diretamente com o estilo de vida; tais padrões que resultam danosos para o meio ambiente podem ser modificados por meio da educação, já que a cultura atua como mediadora entre a sociedade e a natureza[48].

A natureza deve ser utilizada de maneira sustentável, a elevada produção de bens e a alta emissão de lixo e contaminantes estão sobressaturando a capacidade natural do meio ambiente de se regenerar ante as condições negativas impostas. Em consequência, se reafirma a necessidade de fomentar a educação na população, Bernardini Seiffert explica a articulação do binômio contingente populacional x padrão de consumo das populações é critico para a sobrevivência do ser humano no planeta:

> A questão educacional é fundamental para a sustentabilidade, uma vez que ela passa não só pela maneira como o individuo utiliza os recursos naturais a sua disposição, a qual se evidencia a través de seu padrão de consumo, como também pelo controle de natalidade, diretamente associado como o nível cultural de uma população, a qual também implica em educação sexual.[49]

Segundo Steiffert, existem três padrões de consumo que a população contemporânea realiza na compra de produtos vários e que denota o nível de educação ambiental e de consciência:

> a) subconsumo: populações com baixo nível de renda, países em desenvolvimento, optam pelos produtos mais baratos não pelos ecologicamente corretos;

[47] Tradução do Inglês, *ecological footprint*, e refere-se, em termos de divulgação ecológica, à quantidade de terra e água que seria necessária para sustentar as gerações atuais, tendo em conta todos os recursos materiais e energéticos gastos por uma determinada população.

[48] BERNARDINI SEIFFERT, *op. cit.*, p. 270 e 274.

[49] *Idem*, p. 272.

b) consumo sustentável: indivíduos com maior nível de consumo, países desenvolvidos como os europeus, selecionam produtos ecologicamente corretos ainda que o pago seja maior;

c) superconsumo: indivíduos com suficiente nível de renda para optar por produtos ecologicamente corretos mais não fazem a escolha, são consumistas.[50]

Por conseguinte, o Estado deve implementar programas de educação ambiental baseados numa formação ética e sustentável para a formação de uma consciência social, já que o papel da educação ambiental não deve circunscrever-se a prevenir os efeitos da degradação ambiental, mormente a criar uma cultura que contra arreste o *modus vivendi* consumista e neoliberal imperante.

O programa de educação ambiental deve ser transversal, interdisciplinar, com ajuda da sociedade civil, dos meios massivos de comunicação e dos centros de investigação em matéria ambiental e do setor educativo estatal, para que o programa seja abrangente e seja inserido eficazmente na população mais jovem.

4.2 A Educação Ambiental no México

A presença da educação ambiental nas políticas publicas mexicanas não tem sido um tema persistente nem tem sido um elemento importante na prevenção e solução de problemas ambientais, mais só como uma ferramenta mais de apoio a outros elementos de atuação na gestão ambiental[51]; seu objetivo primário, da educação, como fornecedor de valores e princípios, não tem sido explorado como deveria e poderia.

Além disso, o México, país que apresenta diversidades biológica e cultural ímpar, precisa de politicas publicas em educação ambiental que enfatizem a proteção dos ecossistemas, o uso sustentável dos recursos naturais e a redução de contaminantes, com a participação das culturas indí-

50 BERNARDINI SEIFFERT, *op. cit.*, p. 277.

51 CASTILLO, Alejandra; GONZALES GAUDIANO, Edgar (Coord.). *Educación Ambiental y Manejo de Ecosistemas en México*. Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales. Instituto Nacional de Ecología. Universidad Nacional Autónoma de México. México: 2009. p. 268. Disponível em: <http://www.uv.mx>. Acesso em: 08 set. 2013.

genas quem tem o maior conhecimento sobre a biodiversidade mexicana e a medicina tradicional.

Nos anos 90, procurou-se estabelecer uma estratégia sobre o tema da educação ambiental baixo três características: os elementos centrais que definiram as politicas publicas em Educação Ambiental para a Sustentabilidade - EAS, um arranjo federal que impulsionara à EAS com o apoio dos três níveis de governo, e a garantia de continuidade de uma administração publica a outra[52].

Castillo e González Gaudiano asseveram que o problema com a educação ambiental no México tem sido a perspectiva utilizada para seu ensino, como "a expressão dominante da educação ambiental no contexto escolar", se tem considerado como uma disciplina escolar que é ensinada no contexto das ciências naturais, e que se reforça por meio de atividades lúdicas na natureza, reduzindo-se a importância social da proteção do meio ambiente[53]. Atualmente na elaboração das políticas públicas participam especialistas em temas ambientais na construção de uma nova visão educativa da proteção ao meio ambiente mexicano.

Em 2006, depois de muitas deliberações em colaboração estreita com os três níveis de governo, instituições educativas, de investigação, especialistas em educação ambiental entre outros agentes, se estabeleceu finalmente uma Estratégia de Educação Ambiental para a Sustentabilidade no México. Esta estratégia está sob a direção do Centro de Educação e Capacitação para o Desenvolvimento Sustentável - CECADESU, pertencente à SEMARNAT, faz parte do Programa de Compromisso Nacional pela Década de Educação para o Desenvolvimento Sustentável[54].

Planeja-se implementar a Estratégia de Educação Ambiental para a Sustentabilidade no México em médio prazo, entre os anos de 2006 e 2014. A estratégia procura por meio de seus lineamentos a participação dos setores governamentais vinculados com o meio ambiente e a educação, instituições educativas e de pesquisa, organismos civis, organizações sociais e setor privado no marco de uma visão articulada.

52 MÉXICO. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales SEMARNAT. *Estrategia de Educación Ambiental para la Sustentabilidad en México*. Estrategia Nacional 2006-2014. México: 2006. Disponível em: <http://www.semarnat.gob.mx>. Acesso em 08 set. 2013.

53 *Idem,* p. 13.

54 *Idem,* p. 6-11.

O documento Estratégia de Educação Ambiental para a Sustentabilidade no México define a educação ambiental como aquela que "promova a formação de indivíduos e grupos sociais com conhecimentos, habilidades, sentimentos, valores e condutas favoráveis para a construção de um novo paradigma social caracterizado por pautas de convivência social e com a natureza que conduzam à sustentabilidade política, económica e ecológica."[55].

O objetivo principal da Estratégia é estabelecer políticas públicas em matéria de educação ambiental para a sustentabilidade, tanto no plano nacional como local, que favoreçam a construção de uma cultura ambiental, o incremento da qualidade de vida da população, o fortalecimento da cidadania e das múltiplas identidades culturais do país, e da proteção dos ecossistemas e sua biodiversidade. Os valores que perseguem são respeito à vida em todas suas manifestações, equidade, solidariedade e respeito à diversidade humana[56].

Os arcabouços da Estratégia propõe uma participação social abrangente, autônoma, plural, aberta, flexível a ajustes, e abrangente, que procure atingir diversas modalidades educativas e atores sociais envolvidos. Os objetivos estratégicos da Estratégia são os seguintes:

> a) consolidar a educação ambiental para a sustentabilidade como uma política publica fundamentada numa legislação especifica e transversal com outros campos relacionados, numa institucionalidade sólida, governamental e civil, com recursos financeiros significativos para a realização de programas e projetos relacionados como a cultura ambiental no país;
>
> b) conformar uma ampla oferta de formação ambiental que permita ao país e a suas diversas regiões contar com docentes, educadores e promotores ambientais, e recursos humanos estratégicos e operativos, profissionalizados, capazes de responder às demandas que em matéria de EAS plante a construção da sustentabilidade e de uma cidadania critica, propositiva e ativa;
>
> c) contar com marcos jurídicos e instituições nacionais, regionais e locais responsáveis do desenvolvimento da educação ambiental para a sustentabilidade e com mecanismos de coordenação e cooperação interinstitucionais e Inter setoriais capazes de operar as politicas publicas definidas neste campo educativo;

[55] CASTILLO; GONZALES GAUDIANO, *op. cit.,* p. 21.

[56] *Idem*, p. 11.

d) consolidar o campo de conhecimento em matéria de EAS por meio de programas de sistematização e avaliação das praticas, de impulso às inovações educativas, de formação de investigação, de mecanismos de articulação, comunicação, difusão e intercâmbio de experiências entre os educadores e promotores ambientais[57].

Ainda que a Estratégia de educação ambiental para a sustentabilidade no México não tem finalizado, o CECADESU emitiu o documento "Educación y Cultura Ambiental" em 2012 com o objetivo de apresentar os resultados obtidos pela instituição durante o período 2007-2012, colocando em pratica "uma estratégia de educação ambiental orientada a sustentabilidade, com o propósito de contribuir que a população se sensibilize, reflexione, tome consciência e participe na diminuição da deterioração ambiental e no percurso para o desenvolvimento sustentável"[58].

Para a atual gestão administrativa do CECADESU foi importante estabelecer como prioridade a educação ambiental para a sustentabilidade no nível local e nacional, considerando entre outros documentos base, "a Estratégia de Educação Ambiental para a Sustentabilidade no México é um marco geral de referencia histórico, conceitual, metodológico e filosófico, em que se estabelece a base comum para se aplicar distintos contextos, assumindo os componentes de integralidade que apresenta a educação ambiental"[59].

Entre os sucessos que o documento *Memoria Documental* do CECADESU menciona, se encontram tais como a inserção da educação ambiental como eixo transversal em todos os programas de estudo de educação básica, a incorporação de 112 escolas no nível nacional ao programa GLOBE[60], organização de encontros nacionais sobre educação e cultura ambiental, criação de uma base eletrônica sobre 77 educadores ambientais: 55 do México, 18 dos Estados Unidos, 1 da China, 1 de Japão, 1 da Venezuela e 1 de Nicarágua com site web (www.reambi.org)[61].

57 CASTILLO; GONZALES GAUDIANO, *op. cit.,* p. 13.

58 Memoria Documental "Educación y Cultura Ambiental" Centro de Educación y Capacitación Para el Desarrollo Sustentable (CECADESU), SEMARNAT, agosto 2012, p. 3.

59 *Idem*, p.10.

60 GLOBE é um programa internacional para promover o ensino da ciência em instituições educativas que reúne estudantes, professores e cientistas do mundo inteiro no estudo do meio ambiente. Participam 111 países no programa. Mais informações consulte: <http://globe.gov>. Acesso em 08 set. 2013.

61 *Op. cit.*, p. 54-56, 132.

Nas conclusões da Memoria Documental se ressalta a importância de impulsar a educação ambiental no México, já que as diferenças socioeconômicas, regionais, a diversidade cultural e biológica representam um desafio para a elaboração de políticas públicas que desenvolvam uma nova relação meio ambiente-humano de maneira sustentável. É precisa que a educação ambiental ocupe o lugar merecido para gerar "um desenvolvimento social justo, equitativo e ecologicamente sustentável"[62].

Além da educação ambiental básica direcionada à população em geral, resta também necessário que se intensifiquem programas de estudo em matéria ambiental para formar profissionais que auxiliem na construção de uma cultura ambiental. A oferta de programas de estudo em matéria ambiental deve intensificar-se para produzir mais capital humano especialista em temas ambientais, assim como programas governamentais que apoiem economicamente os estudantes e profissionais com a intenção de especializar-se na área.

A questão ambiental é um tema relativamente jovem que começa a expandir-se no México, a investigação ambiental especificamente no ramo da educação originou-se nos anos 80, com pesquisas realizadas pela Universidade Autónoma do México e a Universidade de Guadalajara. Mas foi com o estudo realizado por Vicente Sánchez do Colégio de México em 1984 (Estudio sobre la incorporación de la dimensión ambiental a la educación superior en México[63]), que pretendeu realizar um diagnóstico da educação ambiental no país, que foi dado verdadeiro incentivo à pesquisa na matéria[64].

A partir de instauração do CECADESU e de congressos e foros como o Foro Nacional de Educação Ambiental e o Congresso Nacional de Investigação em Educação Ambiental, realizado em Veracruz, México, as pesquisas em educação ambiental se intensificaram e o interesse governamental em apoiar espaços que debatem sobre educação ambiental foi ampliado.

Segundo informações do Observatório Laboral da Secretaria do Trabalho e Previsão Social - STYPS, os programas educativos em matéria ambiental estão incrementando-se devido a um interesse maior da popu-

62 *Op. cit.*, p. 150.

63 Disponível em: <http://anea.org.mx/docs/Bravo-LasIESseorganizan.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2013.

64 BRAVO MERCADO, Ma. Teresa. *Origen y desarrollo de la Investigación en Educación Ambiental en México*. Disponível em: <http://www.anea.org.mx> . Acesso em: 11 nov. 2013.

lação em participar na problemática ambiental. Programas como Ecologia Engenheira Ambiental e Ciências Atmosféricas têm ganhando adeptos[65], e empresas como Walmart, HSBC e Bancomer no México estão implementando departamentos de sustentabilidade, o que significa que a demanda de profissionais formados no tema ambiental esta convertendo-se em uma tendência forte no pais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a demonstração do percurso das politicas publicas ambientais do México resta evidente a importância da educação no processo de elaboração, implementação e avaliação dos resultados obtidos das políticas. É com a garantia da participação da sociedade civil informada em conjunto com a vontade política do Estado que um programa de proteção ao meio ambiente pode ser concretizado com sucesso.

O Estado Mexicano tenta, há anos, estabelecer um programa nacional, abrangente, que brinde a proteção ao meio ambiente e a possibilidade de aproveitar sustentavelmente os recursos naturais, o que finalmente está conseguindo por meio de inovações legislativas, incremento de verbas disponíveis e políticas publicas abrangentes. Mas o principal ganho tem sido a implementação de um programa especifico para fomentar a educação ambiental em âmbito nacional: a Estratégia de Educação Ambiental para a Sustentabilidade - EAS.

A criação do programa de fomento da educação ambiental de abrangência nacional que está em ação desde o ano 2006 e tem como prazo para encerramento o ano de 2014, é uma politica publica que outorga a importância devida à educação e o aceso a ela. Além das deficiências institucionais, legislativas e orçamentárias das politicas publicas ambientais que o Estado mexicano está tentando corrigir, existe a urgência de informar e conscientizar a população mexicana sobre a importância da crise ambiental.

Assim mesmo, na medida em que a educação ambiental esteja ao alcance da população, as politicas publicas serão mais participativas e colaborativas, eis que esse é um fator imprescindível na gestão das politicas publicas ambientais adaptadas às necessidades reais da comunidade. No México, se prevê a participação social nas políticas publicas desde a cria-

[65] MÉXICO. Observatorio Laboral de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social. Disponível em: <http://www.observatoriolaboral.gob.mx>. Acesso em: 11 nov. 2013.

ção da primeira agenda ambiental. Contudo, há ainda falhas a serem enfrentadas, como o próprio conceito de participação que resulta ambíguo, já que não especifica que atores e de que maneira podem participar e em que etapa da construção de politicas sua participação é possível e até que limite.

Assim mesmo, no México, a oferta de educação em matéria ambiental está se incrementando tanto pela demanda de empresas quanto pela de instituições de educação e pesquisa que precisam de profissionais que colaborem na construção de projetos e programas ambientais privados e públicos, com uma visão sustentável para a conservação de um meio ambiente adequado.

Deste modo, torna-se necessário que o México, assim como todas as nações, seja capaz de fornecer a sua população ferramentas educativas suficientes para formar cidadãos conscientes acerca das problemáticas que lhes concernem, assim como dos direitos que devem defender e das obrigações que devem cumprir. Sociedade civil e governo devem atuar de maneira conjunta para evitar a degradação ambiental e obter um modo de vida sustentável.

O que se espera é que a avaliação deste grande projeto de educação possa levar à conclusão de que as estratégias de educação ambiental implementadas no México concretamente trabalharam sob a perspectiva interinstitucional e setorial e transversal, para construir uma cultura ambiental. De mesmo modo, espera-se identificar que as politicas publicas a partir daí elaboradas sejam plurais, flexíveis e inclusivas, especialmente com as culturas indígenas, para fortalecer a integração social e aproveitar capital humano conhecedor da biodiversidade mexicana que ajude a construir uma ética ambiental.

Por meio da educação ambiental uma consciência coletiva de proteção e respeito ao meio ambiente surge e progressivamente as desigualdades sociais são mitigadas e o analfabetismo e a pobreza extrema que afetam o pais são erradicadas. Ainda que primeiramente precise-se outorgar as condições mínimas de subsistência à população, fomentar a educação nos diversos níveis ajuda paulatinamente a erradicar a miséria da periferia e consequentemente a construir a democracia.

Ainda existe um longo caminho a ser percorrido mas, na medida em que a gestão de politicas publicas não incluam a educação ambiental e a participação da sociedade civil, nem o melhor desenho transdisciplinar e

sustentável de politica ambiental pode ter sucesso eis que deixa a população na ignorância e isolamento.

REFERÊNCIAS

BERNARDINI SEIFFERT, Mari Elizabete. *Gestão Ambiental*. Instrumentos, esferas de ação e educação ambiental. São Paulo: Atlas, 2007. p. 310

BRAVO MERCADO, Ma. Teresa. *Origen y desarrollo de la Investigación en Educación Ambiental en México*. Disponível em: <http://www.anea.org.mx>. Acesso em: 1 jul. 2013.

CASTILLO, Alejandra; GONZALES GAUDIANO, Edgar (Coord). *Educación Ambiental y Manejo de Ecosistemas en México.* Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales. Instituto Nacional de Ecología. Universidad Nacional Autónoma de México. México: 2009. p 268. Disponível em: <http://www.uv.mx>. Acesso em: 1 jul. 2013.

CRUZ PORTO, Antonio Augusto ; PAMPLONA, Danielle Anne. *Políticas Públicas voltadas à educação: um caminho rumo à democracia.* In: PAMPLONA, Danielle Anne (Coord.) Políticas Públicas. Elementos para Alcance do Desenvolvimento Sustentável. Curitiba: Editora Juruá, 2012. p. 346.

DE LA PEÑA, María Eugenia. *Tratamiento de aguas residuales en México. Sector de Infraestructura y Medio Ambiente.* Nota técnica #IBD-TN-521. Banco Interamericano de Desarrollo. Mayo 2012. p. 1-21. Disponível em: <http://www.iadb.org>. Acceso em: 15 fev. 2014.

GUEVARA NIEBLA, Gilberto. *Democracia y Educación.* Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática. México: Instituto Federal Electoral, 1998. 83p. Disponível em: <http://www.ife.org.mx>. Acesso em: 1 jul. 2013.

GUEVARA SANGINES, Alejandro. *Política Ambiental en México, Génesis, Desarrollo y Perspectivas.* Revistas Información Comercial Española ICE. Marzo-Abril 2005. n. 821. p. 163-175. Disponível em: <http://www.revistasice.com>. Acesso em: 1 jul. 2013.

MANDELA, Nelson. Search quotes. Disponível em: <http://www.searchquotes.com>. Acesso em: 1 jul. 2013.

MÉXICO. Comisión Nacional del Agua. Experiencias en la Instrumentación de Acciones de Saneamento**.** *Situación actual y principales proyectos de infraestructura en México. Subdirección General de Agua Potable, Drenaje y Saneamiento.* Gerencia de Potabilización y Tratamiento. Octubre 2010. Disponível em: <http://www.conagua.gob.mx>. Acesso em: 15 fev. 2014.

MÉXICO. Comisión Nacional del Agua. *Sistema Nacional de Información del Agua. SINA.* Disponível em: <www.conagua.gob.mx>. Acesso em: 1 jul. 2013.

MÉXICO. Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad. *Dos Décadas De Historia 1992- 2012.* Gobierno Federal. P 13. Disponível em: <http://www.conabio.gob.mx>. Acesso em: 1 jul.2013.

MÉXICO. Gobierno Federal. *El Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012.* Disponível em: <http://pnd.calderon.presidencia.gob.mx>. Acesso em: 1 jul. 2013.

MÉXICO. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Legislación Federal. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* Disponível em: <www.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 1 jul. 2013.

MÉXICO. Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática. *Estadísticas a propósito del Día Mundial Forestal 2013.* Disponível em: <http://www.inegi.org.mx>. Acesso em: 1 jul. 2013.

MÉXICO. Instituto Nacional de Estadística y Geografía. *Sistema de Cuentas Nacionales.* Disponível em: <http://www.inegi.org.mx>. Acesso em: 1 jul. 2013.

MÉXICO. *Observatorio Laboral de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social.* Disponível em: <http://www.observatoriolaboral.gob.mx/swb>. Acesso em: 1 jul. 2013

MÉXICO. Palacio Legislativo de San Lázaro. *Con punto de acuerdo, por el cual se exhorta a los titulares de la Sener, de la Semarnat y de Pemex a establecer en la NOM-086-SEMARNAT--SENER-SCFI-2005 un artículo transitorio que fije nueva fecha para la distribución del diesel de ultra bajo azufre en todo el territorio nacional, a cargo de la diputada Minerva Castillo Rodríguez y suscrita por integrantes del Grupo Parlamentario del PRI.* Gaceta Parlamentaria, Número 3755-XI, martes 23 de abril de 2013. Disponível em: <http://gaceta.diputados.gob.mx>. Acesso em: 15 fev. 2014.

MÉXICO. *Programas para Mejorar la Calidad del Aire SEMARNAT* em Eco México Social Disponível em: <http://ecomexicosocial.blogspot.com.br>. Acesso em: 1 jul. 2013.

MÉXICO. Secretaría de Hacienda y Crédito Público. *Trasparencia Presupuestaria. Observatorio del Gasto. Cambio Climático y Protección al Medio Ambiente.* Gobierno Federal. Disponível em: <http://www.transparenciapresupuestaria.gob.mx>. Acesso em: 1 jul. 2013.

MÉXICO. Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales y Pesca. *Memoria Documental Educación y Cultura Ambiental.* Centro de Educación y Capacitación Para el Desarrollo Sustentable (CECADESU), SEMARNAT, agosto 2012. Disponível em: <www.semarnat.gob.mx>. Acesso em: 28 out. 2013.

MÉXICO. Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales y Pesca**.** *Programa de Medio Ambiente 1995-2000.* Poder Ejecutivo Federal. Disponível em: <http://www.inecc.gob.mx>. Acesso em: 1 jul. 2013.

MÉXICO. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales. *Estrategia de Educación Ambiental para la Sustentabilidad en México. Estrategia Nacional 2006-2014.* México: 2006. Disponível em: <http://www.semarnat.gob.mx/educacionambiental>. Acesso em: 1 jul. 2013.

MICHELI, Jordy. *Política Ambiental en México y su dimensión regional.* El Colegio de Sonora. Revista Región y Sociedad, Vol XIV, No. 23, 2002. Disponível em: <http://lanic.utexas.edu>. Acesso em: 1 jul. 2013.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: a Gestão Ambiental em Foco.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OECD Organisation for Economic Co-operation and Development. *Evaluaciones de la OCDE sobre el Desempeño Ambiental: México 2013.* Disponível em: <www.oecd.org/>. Acesso em: 1 jul. 2013.

OLIVEIRA, Elísio Márcio de. *Educação Ambiental, uma possível abordagem.* 2. ed. Brasília: Edições IBAMA, 2000. 150p.

OLIVEIRA, Taisa Cristina Sibinelli de. A importância da educação ambiental e sua política nacional. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/>. Acesso em: 1 jul. 2013.

OLVERA, Alberto J. *La participación ciudadana y sus retos en México.* Un breve estudio del desarrollo de la cultura y de las instituciones participativas y diagnóstico de su problemática actual, con propuestas para hacer funcionales las instancias de participación democrática. México, Secretaría de Gobernación, Disponível em: <www.gobernacion.gob.mx>. Acesso em: 1 jul. 2013.

VARGAS PAREDES, Saúl. Evaluando la participación social: democracia y políticas públicas. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Sociales. *Revista Mexicana de Sociología* 73, núm. 1 (enero-marzo, 2011): 105-137. México, D.F.

VÁZQUEZ SÁNCHEZ, Miguel Ángel. *Políticas Públicas Ambientales:* Una reflexión. Disponível em: <www.ecosur.mx>. Acesso em: 28 out. 2013.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Progress on Sanitation and Drinking Water 2013 Update.* Disponível em: <http://www.who.int>. Acesso em: 1 jul. 2013.

9

LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE COMO UN BIEN JURÍDICO EN LATINOAMÉRICA

Rafael Clemente Oliveira do Prado

Abogado y consultor internacional especializado en Derecho internacional y comparado del ambiente. Diplomado en Derecho Ambiental Comparado e Internacional por el Washington College of Law, American University, EE.UU. y Alumno de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Máster (LL.M.) en Derecho Ambiental por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rovira i Virgili, de Tarragona, España.
pradojus@gmail.com

Gregorio Mesa Cuadros

Profesor Asociado del Departamento de Derecho, áreas Derecho Ambiental, Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Étnicos. Vicedecano Académico de la Universidad Nacional de Colombia, *campus* Bogotá. Director Revista Pensamiento Jurídico. Director Grupo de Investigación en Derechos Colectivos y Ambientales (GIDCA). Director Escuela de Justicia Comunitaria (EJCUN). Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Abogado, Magíster y Doctor en Derecho.

I INTRODUCCIÓN

Inicialmente cabe destacar la llamada del evento en el cual este trabajo ha sido presentado: "Regionalismo o Globalización Frente a Problemas Internacionales: Una Perspectiva Latinoamericana"; además de subrayar la segunda oración de esta frase: "Una Perspectiva Latinoamericana", en el ámbito de los Seminarios del Anuario Mexicano de Derecho Internacional, llamando la atención a las particularidades Latinoamericanas frente a las cuestiones internacionales. En el caso específico de este trabajo, la atención estará volcada para la cuestión ambiental en América Latina, con una especial mención al papel desempeñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a la consideración del derecho humano a un ambiente saludable.

Se sabe que en América Latina hay una multiplicidad de especificidades ambientales, donde se incluye la inmensa riqueza de biodiversidad, recursos naturales a ser usados y conservados, pueblos indígenas y poblaciones tradicionales que poseen una especial relación con la naturaleza y otras poblaciones tradicionales rurales y agrarias víctimas de injusticias ambientales, por ello es que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos el derecho a un ambiente saludable y equilibrado viene tomando cuerpo y construyendo bases sólidas como un derecho humano.

El objetivo específico de este trabajo es hacer un análisis de los efectos de los abusos de derechos humanos causados por problemas ambientales a nivel social en la región Latinoamericana, así como verificar de qué forma el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos actúa frente a los logros y desarrollos de la relación entre protección ambiental y derechos humanos. Se discutirá además la consideración del derecho a un ambiente saludable y equilibrado como un derecho humano, y la tutela del ambiente como un bien jurídico en algunos ordenamientos jurídicos de países latinoamericanos, teniendo en cuenta siempre la cuestión de la justicia ambiental para la región.

En este trabajo se utilizarán algunos conceptos operacionales que se cree pertinente subrayar, como el concepto de ambiente *in lato sensu*. Se referirá al ambiente como sinónimo de ecosfera, entorno, planeta tierra y como el conjunto de los diversos elementos y no solo los 'recursos naturales', tales como las aguas, el aire, el suelo, la fauna y la flora, así como sus interacciones recíprocas, es decir el ambiente natural *per se*. Sin embargo, más allá de ello, se extenderá el concepto de ambiente a los valores sociales

y culturales que influyen en la vida material y psicológica del ser humano, como en el ambiente modificado por el ser humano.

Es decir, se utilizará el concepto de ambiente en su percepción más amplia, la cual abarca tanto el medio natural, cuanto el cultural; y en este sentido, también hay que tener en cuenta que la conservación y/o preservación del ambiente resulta indisociable de algunos de los bienes más preciados por el ser humano como la salud, la vida y la seguridad; como bien indica la Declaración de Estocolmo[1] al afirmar de manera contundente que los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible y que poseen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.

No se puede olvidar, por tanto, el papel del propio Derecho Ambiental como disciplina autónoma de la Ciencia del Derecho, con su naturaleza y vocación trans e interdisciplinaria, y con la importante tarea de estudiar la relación no solo del ser humano-naturaleza sino cultura-ambiente y la protección del entorno con bases en el principio del derecho intergeneracional y del mantenimiento de la especie humana en este planeta.

Habrá de subrayar también que una de las principales características de la disciplina del Derecho Ambiental es la interdisciplinaridad, pues en la problemática ambiental no es posible aislar e individualizar los problemas y proponerlos como independientes a cada uno de ellos, pues, cada aparente solución repercute e interfiere en otras; y ningún problema o combinación de problemas puede abordarse con los métodos lineales y secuenciales del sistema mecanicista cartesiano, que debe ir dando lugar a un nuevo paradigma sistémico y holístico.

El cambio de paradigma al cual se refiere, y que se está viviendo, de una visión mecanicista, compartimentada y cartesiana está cada vez más abriendo espacio a un paradigma ecocéntrico o sistémico, como indica Capra (1996). Sin embargo, la visión antropocéntrica del mundo, que ha tenido lugar durante el Renacimiento al teocentrismo medieval[2], todavía

[1] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente Humano, hecha en Estocolmo (1972). Recuperado el 16 de diciembre de 2001, de <http://www.prodiversitas.bioetica.org/doc89.htm>.

[2] De esta manera, una vez lanzadas las piedras para la edificación de la discusión anhelada entre derechos humanos y ambiente como bien jurídico protegido, cabe decir que la capacidad de transformar el entorno, se genera por cuatro elementos que permiten interpretar el mundo y que se gestan en Europa occidental y que se concatenan sobre la tela histórica moderna y contemporánea; como el dualismo

impera, pero cada vez más contestada, principalmente a partir de la crítica del consumismo desenfrenado como falso sinónimo de bienestar[3], que avala el consumo depredador del ambiente[4].

El enfoque antropocéntrico de la protección ambiental se refleja en el Derecho, y ello permea las principales declaraciones internacionales en materia ambiental, como la Declaración de Estocolmo sobre el Ambiente Humano de 1972 y la Declaración de Río de Janeiro sobre Ambiente y Desarrollo de 1992, que incluso, desde entonces, ha inspirado diversas constituciones a indicar en sus textos la protección ambiental como un bien jurídico, como se verificará en el apartado segundo de este trabajo.

Sin embargo, parece que los vientos del cambio han llegado al constitucionalismo a través de lo que se conviene llamar de nuevo constitucionalismo ambiental[5], y porque a su vez, parece que es en la región Latinoame-

sujeto-objeto. El dualismo sujeto-objeto; propio de la cultura occidental, y relativamente reciente, fundado a partir del siglo XV y XVI con las grandes navegaciones transoceánicas; tiene relación con la visión judaica de mundo, siendo el creador el sujeto y la creatura el objeto. A partir de los siglo XV y XVI el dualismo medieval entre el divino y el humano, toma nueva vestimenta a través del sujeto cartesiano, el cartesianismo renueva el dualismo, pero centrando el eje entre en el ser humano (sujeto) y nomás en el creador, y en la naturaleza y no más el ser humano, como objetos de este nuevo dualismo. Este paradigma empieza a imperar al se establecer una relación de subordinación, en la cual el ser humano racional – *cogito, ergo sum* – domina el resto de cosas, pues tiene una dignidad superior al resto del mundo, de esa forma, la naturaleza es apta a ser dominada y los recursos naturales existen para satisfacer las necesidades humanas.

3 Cf. BAUDRILLARD, J., *La société de consommation, ses mythes, ses structures*, París, Éditions Denoël, 1970.

4 La idea de progreso, corroborada por la ética protestante, *véase:*WEBER, M., *La ética protestante y el Espíritu del capitalismo.* Introducción y edición crítica de Francisco Gil Villegas, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2003; de que el trabajo y la riqueza dignifica el hombre, donde se busca siempre alcanzar una situación mejor, de mayor bienestar, traída por el progreso científico y tecnológico. De esta manera, con el teocentrismo medieval ya dejado de lado, y con la ascensión y dominio del antropocentrismo renacentista sumado al posterior mecanicismo cartesiano, se concibe entonces el progreso que en los siglos XVIII y XIX se convierte en una "religión civil", con colaboradores como Auguste Comte y su doctrina Positivista, *véase:* COMTE, A., *Discours sur l'ensemble du positivisme*. París, Flammarion, 2008.

5 Sobre ello *véase:* JARIA I MANZANO, J., *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*, Co lección Alternativa, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2011a, p. 206. Reitera que "la consideración del ambiente como bien jurídico (constitucional) implica el nacimiento de una estrategia global que supere la compartimentación sectorial de los elementos que lo configuran en el marco de la necesidad de construir una respuesta jurídica a las cuestiones que suscita la crisis ambiental. Por ello, el ambiente se presenta como bien jurídico de dimensiones globales que adquiere un carácter particularmente amplio."

ricana que estos vientos avanzan un poco; pues es donde se puede observar las principales novedades en este tema; como la Constitución en vigor del Estado Plurinacional de Bolivia y la Constitución de la República del Ecuador, que han sustituido el paradigma antropocéntrico por una visón ecocéntrica[6] del ambiente, como se verá más detenidamente en el apartado tercero.

La crisis por la cual el actual sistema económico-financiero viene pasando es fundamental para repensar sobre la trayectoria del ser humano en este planeta. Los patrones culturales que impulsan a las personas a tener el estilo de vida occidental de los países desarrollados, como se conoce actualmente, son proporcionados por la generación de bienestar consecuente del progreso de la ciencia. Las invenciones y los avances tecnológicos hacen que en el siglo XX el bienestar sea establecido como el principal reto a ser alcanzado por los actuales países desarrollados.

Estos avances que han proporcionado el bienestar humano, corroborados con la vocación universalista de la cultura occidental, hacen que el optimismo tecnológico sea retroalimentado sin fin. Sin embargo, este optimismo sufre derrotas que demuestran la importancia de regularlo de alguna manera, y es en este punto que nace la necesidad de protección jurídica del ambiente y la creación del Derecho Ambiental como disciplina.

Desde el período que sucede a la Segunda Guerra Mundial, más específicamente, a partir de la década de los 60[7], el avance tecnológico viene enseñando su lado negativo, reflejado en la degradación del entorno. Es a partir de este período que se empezó por primera vez a plantear la necesidad de intervenir en la tecnología para evitar que su uso sin restricciones produjera efectos no deseados, como las denuncias hechas mediante la publicación del libro "La Primavera Silenciosa", de Rachel Carson en 1962[8], y del informe "Los Límites del Crecimiento", por el Club de Roma en 1972[9].

6 El ecocentrismo es la preocupación del ser humano no apenas como centro del universo, sino también de ello como parte y miembro del όικος, el écos, el entorno, la casa en el sentido de hogar, según el termino griego, como se puede observar en CAPRA, F., *La trama de la vida. Una nueva perspectiva de los sistemas vivos*, trad. David Sempau, Barcelona, Colección Argumentos, Anagrama, 1996.

7 KISS Y BEURIER consideran este periodo el nacimiento del Derecho Ambiental como disciplina: *"Le droit international de l'environnement a connu un développement rapide à partir de la deuxième moitié du XXème siècle".* KISS, A. C.; BEURIER, J. P., *Droit International de l'Environnement*, Pedone, París, 2004, p. 25.

8 Edición en lengua castellana de *Silent Spring*: CARSON, R., *Primavera Silenciosa*, Crítica, Biblioteca de Bolsillo, Barcelona, 2005.

9 *Véase*: MEADOWS, D.; RANDERS, J.; MEADOWS, D., *Limits to growth: the 30th year update (2004).*Recuperado el 23 de diciembre de 2001, de <http://developpementdurable.revues.org/4422?&id=4422#authors>.

De esta manera se empezó a plantear la regulación técnica del desarrollo con el objeto de proteger los bienes jurídicos, lo que sería impensable en épocas anteriores.

En respuesta a las posibles críticas que el derecho al ambiente saludable pueda recibir, se cree que su creciente interés no puede ser apenas folklórico, sino más bien una fase *per se* de la evolución del Derecho, por cuanto el ambiente como bien jurídico protegido empieza a formar parte de columna vertebral del Derecho como disciplina del conocimiento. De esta manera, el Derecho Ambiental pasa a ser una herramienta clave en el Derecho contemporáneo; y es en América Latina donde muchos países todavía poseen importantes reservas y recursos naturales en sus territorios, que se pretende lanzar esta reflexión y el análisis de cómo la región lidia con la consideración del ambiente como un bien jurídico en sus ordenamientos jurídicos y la consideración del derecho humano a un ambiente sano y equilibrado.

Por ello se puede afirmar que el Derecho Ambiental podría ser la disciplina social de la tecnología[10] ya que, en última instancia, deberá pensarse en un ambiente vivible. Por tanto, solo se podrá hablar de derecho ambiental y de un bien jurídico llamado ambiente, cuando el propio ser humano se de cuenta de los límites necesarios frente a su capacidad de amenazar su propio entorno y el de los demás seres y, además su propia permanencia en este planeta, pues solo se puede convertir en bien jurídico aquello que está afectado o está bajo amenaza.

Durante la gesta[11] del Derecho Ambiental como disciplina en las décadas de 1960-70, la gran preocupación sobre la conservación de las especies y sus ecosistemas ha generado enfrentamientos entre el preservacio-

[10] *Véase* la opinión de uno de los fundadores del Club de Roma, Aurelio Peccei, que apenas 12 horas antes de su fallecimiento, ha dictado estas líneas al respecto de la interdisciplinariedad del Derecho Ambiental y su especial relación con la Ciencia y Tecnología: *"Human society will grow increasingly in size, intricacy and internal connections, so that, although highly diversified, it will in reality become a tightly--woven, integrated and interdependent system spanning the entire world, requiring altogether new political philosophies, new institutions and new methods of global governance. New high technologies will be developed in such fields as microelectronics, genetic engineering, space, ocean deeps and materials, giving humankind even more overweening power to be used for good or ill, and which will thus have a beneficial or a deleterious impact depending on whether or not human development manages to keep pace."* PECCEI, A. The Club of Rome: *Agenda for the End of the Century (1984).* Recuperado el 12 de noviembre de 2001, de <http://www.clubofrome.at/peccei/files/agenda.pdf>.

[11] *Idem,* nota 6.

nismo y el conservacionismo[12], pero la ubicación del Derecho Ambiental en la columna del Derecho Público se debe al hecho de que todas las acciones humanas producen efecto en el ambiente, y por ello, es natural que la preocupación se recoja en textos jurídicos como constituciones, declaraciones y convenios internacionales, tratados de derechos humanos, etc., confirmando la máxima latina *ubi societas, ibi ius*.

En relación con el entorno natural como fuente de obtención de recursos, la perspectiva no puede ser la misma, pues al intentar asegurar un mínimo de bienestar (mediante bienes de consumo) para cada uno de los ciudadanos, la propia idea de Estado social acaba provocando un impacto cada vez mayor en el entorno natural. A partir de aquí, llega un momento en que la capacidad de carga del sistema se resiente, pues se partía del presupuesto de una virtual capacidad ilimitada de la naturaleza para satisfacer los deseos y preferencias de los grandes consumidores humanos y que el planeta no soportaría. Es en este ínterin el Derecho Ambiental nace y se establece trayendo las normas referidas a la protección de ese sistema para generar unas condiciones de bienestar mínimas. Así, la propia capacidad de explotar el medio conlleva a tratar de proteger unas condiciones mínimas para que también se puedan dar unas condiciones mínimas de bienestar.

El bien jurídico ambiente, por sí mismo, suscita un nuevo planteamiento del nivel de vida sin bienestar, pues como se lo venía entendiendo hasta el último cuarto del siglo XX ya no había lugar. Se ha generado la necesidad de la toma de conciencia de la comunidad internacional, por un reparto más justo de las cargas que implican la explotación de los recursos, de manera que satisfagan las necesidades básicas de todos los humanos, y vinculado con el principio ambiental de responsabilidades compartidas pero diferenciadas. Como bien indica este principio, el reparto de bienes está vinculado al reparto de cargas, eso se puede materializar mediante el instituto de la Justicia Ambiental[13].

---

[12] Para una visión más amplia del embate entre conservacionismo y preservacionismo desde una visión Latinoamericana *véase* la obra de DIEGUES, A. C., *O Mito moderno da natureza intocada*, Hucitec, São Paulo, 2004.

[13] Corrobora en este sentido el decir que: *"The most blatant injustices derived from our model of use (in fact, exploitation) of natural resources are embedded in the unfairness of the model, not being pathologies, but natural consequences of it. This is mostly clear when we see the structural injustice of the global flow of resources and goods, and the unfair distribution of environmental harm caused to feed the supposed welfare of few, based on growing and predating consumption. The effects of the transformation of the environment to feed the global process of capital accumulation are distributed in a very unequal way and the inequalities between human beings*

La Justicia Ambiental obliga a tener en cuenta las condiciones de vida de bienestar ya no solo en un determinado espacio, sino también en el factor temporal; pues no solo hay la preocupación de que el impacto en el medio tenga efectos en el presente, sino también en el futuro y así comprometer el mínimo vital también para las generaciones futuras. Por ello, la Justicia Ambiental[14] basada en el derecho intergeneracional y la aplicación concreta del principio de sostenibilidad ambiental plantea claros límites a la extracción de los elementos o componentes del ambiente conocidos usualmente como 'recursos naturales' en el presente para garantizar el bienestar de las generaciones futuras[15], y establecer limitaciones individuales y colectivas que tienen impacto en el presente, en la capacidad de usar, cuidar y conservar los bienes naturales y ambientales; lo que obliga a que el ser humano delimite las posibilidades reales de satisfacción de sus deseos y preferencias, privilegiando así la satisfacción de sus necesidades básicas, y por consiguiente que la idea de Estado sea replanteada. La intención es demostrar que jurídicamente es posible, y es aquí donde entra el papel desempeñado por el Derecho Ambiental[16].

Proponemos en este trabajo verificar cómo América Latina maneja "su" Derecho Ambiental, y esta relación entre los derechos humanos y el derecho a un ambiente saludable y equilibrado; así cómo el Sistema Jurídico Interamericano de Protección de los Derecho Humanos, en especial

and communities tend to increase." JARIA I MANZANO, J., *Being Fairer to People and Nature: An Attempt to Re-Build the Idea of Environmental Justice. La garantía jurídica de la vertiente intergeneracional de la justicia ambiental como aspecto social del desarrollo sostenible*, Madrid, Ministerio de Ciencia e Innovación, 2011, s. p.

14 Para mayores aclaraciones sobre Justicia Ambiental *véase:* DOBSON, A., Justice *and the Environment. Conceptions of Environmental Sustainability and Dimensions of Social Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

15 El principio tercero de la Declaración de Rio sobre el Ambiente y el Desarrollo, de 1992, proclama: "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, en el cual se puede verificar la idea de solidaridad entre las presentes y futuras generaciones. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración de Rio sobre el Ambiente y el Desarrollo (1992). Recuperado el 29 de diciembre de 2011, de <http://www.un.org/esa/dsd/agenda21_spanish/res_riodecl.shtml>.

16 Siguiendo el presupuesto de que se ha de determinar la congruencia entre hechos y normas, y en ese sentido, lo que estudian las otras disciplinas con respecto al ambiente, nos sirven como referencia pericial, desde ese punto de vista la transversalidad del Derecho Ambiental es formal, pues lo que debe hacer el jurista es demostrar si una conducta o norma se ajusta a los principios y desde un punto de vista más técnico, el jurista se hace valer de otros conceptos de las ciencias para auxiliarlo en su tarea de reglamentar la relación del ser humano con la naturaleza.

la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisdicción, pueden hacer valer y garantizar el derecho a un ambiente sano sin deteriorarlo y proporcionar un bienestar que permita el desarrollo humano sin poner en riesgo el ambiente y los derechos de las futuras generaciones a usarlo y conservarlo a su vez para las subsiguientes generaciones.

Para la construcción de este trabajo se han utilizado las fuentes más recientes de la doctrina al respecto del tema, así como algunos referentes normativos y jurisprudenciales, incluyendo la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que relacionan la protección del ambiente con los derechos humanos. La división del trabajo ha sido pensada de forma coherente, y el encadenamiento de la idea propuesta tendrá la siguiente articulación:

En el primer apartado se discutirán los fundamentos del derecho humano al ambiente, así como la consideración del ambiente como un bien jurídico protegido. La protección jurídica internacional del derecho al ambiente saludable y la interconexión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En el segundo apartado, se tratará el reconocimiento y la constitucionalización del derecho al ambiente saludable en el ordenamiento jurídico en algunos casos de países latinoamericanos. El tercer bloque, a su vez, desarrollará el actual escenario del derecho al ambiente saludable en la jurisdicción internacional a nivel regional, con algunas de las más importantes manifestaciones jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II LA INTERRELACIÓN ENTRE DERECHO AMBIENTAL Y DERECHOS HUMANOS Y SU RECONOCIMIENTO ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL

"Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, [...]." (Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 25.1)[17].

Dentro de la perspectiva del desarrollo del Derecho internacional, principalmente en lo que respecta al ambiente, el derecho a un ambiente sano y equilibrado son premisas; es decir, desde el inicio de las discusiones al respecto, incluso en el período pre-Estocolmo, el debate central siempre ha estado orbitando alrededor del principio que el ser humano

[17] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Recuperado el 28 de diciembre de 2011, de <http://www.un.org/es/documents/udhr>.

posee el derecho a una vida saludable, lo que se va a cristalizar de manera afirmativa con la Cumbre de la Tierra, en Río de Janeiro, y su Declaración en 1992.

Por su indivisibilidad, irretroactividad y carácter *erga omnes* y de *jus cogens*[18], se cree que los derechos humanos deben ser entendidos como el resultado de la pugna entre diversas fuerzas sociales y políticas. Así como el respeto de los derechos no puede ser entendido solamente como resultado de la actividad legislativa, o de la simple persuasión racional, sino como producto de una lucha política, de un esfuerzo de persuasión de su valor, lo que vale por consiguiente al derecho humano a un ambiente saludable y equilibrado, y además, de calidad.

Por lo tanto, se refrenda, que esta premisa del derecho a un ambiente saludable y equilibrado trata efectivamente de un genuino[19] derecho humano, no pudiendo admitir subterfugios eufemísticos en su consideración. Al empezar dicha discusión, conviene establecer de antemano su fundamento en el análisis epistemológico del derecho a un ambiente saludable sin dejar de pasar por el Derecho internacional para así llegar al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en el marco de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

---

[18] Como bien señala CANÇADO TRINDADE, A. A., *A proteção internacional dosdireitoshumanos: fundamento*s *jurídico*s *e instrumento*s *básico*s, Saraiva, São Paulo, 1991, p. 41. *Véase* también: DA MAIA, C., *Le jus cogens* dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme, en HENNEBEL, L.; TIGROUDJA, H. (dirs.), *Le cinquantième anniversaire de l'adoption de la Convention américaine des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruselas, 2009, p. 271-311.

[19] Corrobora con esta teoría HAYWARD, T., *Constitutional Environmental Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2005., p. 36, oportunidad en la cual dialoga de forma interesante e dicotómica sobre el tema, al hacer referencia entre las discusiones de que los derechos humanos bastan estar relacionados a la persona humana para ser derechos humanos, como bien observado por él: *"*[...] *those who emphazise that uman rights are rights humans hold 'simply in virtue of being human' take the view that human rights are essentially moral rights.* [...]. *On the other hand, a contrary view is that there are and can be no genuine sources of moral norms outside the actual human social practices and institutions within which concrete norms have developed over the course of history, as opposed to merely rhetorical ones, are tohose which are declarade as such in actual treaties binding on the states signatory to them, and are actually implemented and enforced within specific jurisdictions. Human rights do not 'exist' in a realm of pure morality or natural law, but emerge into existence with the concrete recognition of them in real institutional practices as having binding normative force."* Así, se permite alegar que los derechos humanos allá de poseer la virtud de ser morales, los mismos son amparados y reconocidos por los tribunales y cortes tanto nacionales, en Estados democráticos de derecho, cuanto a nivel internacionales.

Existe un creciente fenómeno de "ecologización"[20] o "ambientalización" del Derecho internacional, así como existe un creciente e irremediable impacto de los derechos humanos sobre el Derecho internacional[21]. De esta manera, se puede decir que, una vez el Derecho internacional es "humanizado", el Derecho internacional de los derechos humanos es "ecologizado" o "ambientalizado". Pues, el fenómeno de la incorporación de la dimensión ambiental en el Derecho internacional de los derechos humanos trata del reconocimiento progresivo con relación a la protección del ambiente, y presenta contenidos y formulaciones diversas, como la afirmación de que el derecho a un ambiente adecuado ya se trata de un derecho ampliamente reconocido y consolidado, haciendo parte de la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos[22].

El derecho a un ambiente saludable está comúnmente clasificado entre los derechos de cuarta generación, y sin duda posee herencias de las generaciones anteriores[23]; en su carácter individual, al disfrutar de una estructura institucional prestadora de servicios, contrariamente a lo que sucede con la salud o la educación; pero al mismo tiempo, los derechos de tercera generación poseen una dimensión colectiva, en la medida en

[20] Es como se suele traducir al castellano la expresión en lengua inglesa *greening*. Pero hay quienes afirman "ambientalización", sin embargo, todavía no existe una voz unísona en la doctrina en lengua castellana.

[21] El juez alemán en la Corte Internacional de la Haya, Bruno Simma, en la edición 2009 del Curso de Verano de la Academia de Derecho Internacional de la Haya ha indicado en el "El Impacto de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional" que: "Los tratados de derechos humanos tienen un contenido de *soft*, de manera que es difícil comprobar su violación, pero que asimismo poseen un valor moral intangible para la comunidad internacional". SIMMA, B., *Curso general sobre el impacto de los Derechos Humanos sobre el Derecho Internacional. Academia de Derecho Internacional de La Haya*, Sesión del verano 2009. Además, *véase*: SIMMA, B. *et al.* (dir.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2002.

[22] Cf. las lecciones de CANÇADO TRINDADE, A. A., "La expansión del contenido material del *jus cogens*", *in XXXIV Curso de Derecho Internacional, Aspectos jurídicos del desarrollo regional*, Rio de Janeiro, OEA, 30 de julio a 24 de agosto de 2007. Recuperado el 17 de diciembre de 2011, de <http://www.oas.org/DIL/esp/XXXV_curso_La_ampliaci%C3%B3n_del_contenido_material_del_jus_cogens_Antonio_A_Can%C3%A7ado_Trindade.pdf>.

[23] No obstante, vale recordar una de las características basilares de los derechos humanos, que en breves palabras, se constituyen en la herramienta principal que todo Estado deberá conocer, aplicar y respetar como parte de sus funciones, como sociedad políticamente organizada en aras de satisfacer el bien común. *Véase* aún la teoría de las generaciones del Derecho en la obra magistral "La Edad de los Derechos" de BOBBIO, N., *L'Età dei diritti*, 3. edición, Einaudi, Turín, 1997.

que el objeto del derecho que se disfruta individualmente tiene un carácter colectivo[24], lo que se podría llamar derechos transmetaindividuales; trans porque transciende el ser humano, y meta porque transversa los derechos individuales fundiéndolos, a su vez, a los derechos colectivos.

Sobre la penetración del ambiente en la esfera de los derechos humanos, o mejor, cabe decir que ha sido el Derecho internacional el pionero en este sentido, "por la incidencia supraestatal de los daños ambientales, lo que implica un esfuerzo de protección planetario del entorno y de la humanidad que en este se desarrolla, segundo la óptica tradicional, en la necesidad de acreditar una lesión individual, no sirve a los efectos de proteger intereses colectivos como los que el ambiente reúne."[25].

La disciplina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a través de su diseño contemporáneo, caracterizado por su universalidad e indivisibilidad[26], como parte de la misma amalgama, recibe en su seno el derecho a un ambiente saludable y adecuado, tornándolo como una más de sus materias. Cuando se hace referencia a la universalidad de los derechos humanos, se refiere a la extensión universal de ellos bajo la creencia de que la persona humana es el único criterio para la dignidad y el derecho, pero sin embargo, vale resaltar que si la persona humana no dignifica su proprio *ecos*, es decir, el espacio y su entorno en que ocupa durante su pasaje por este planeta – el ambiente propiamente dicho – no se está dignificando a sí misma. Del mismo modo, la indivisibilidad de los derechos humanos garantiza los derechos civiles y políticos como *conditio sine qua non* para el cumplimiento de otros derechos como los sociales, económicos y culturales[27], e incluso, cuando uno de estos derechos es violado, todos los otros también lo son.

---

24 VERNET, J.; JARIA I MANAZANO, J. *El Derecho a un Ambiente Sano: Su Reconocimiento en el constitucionalismo comparado y el Derecho Internacional*. Recuperado el 14 de diciembre de 2011, de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:-TeoriayRealidadConstitucional2007-14&dsID=dcho_medio.pdf>.

25 VERNET, J.; JARIA I MANAZANO, J., *op. cit.*, p. 4.

26 *Véase:* DONNELY, J., "The Relative Universality of Human Rights", en *Human Rights Quarterly*, Johns Hopkins University Press, 2007, núm. 29, v. 2, p. 281-283: *"Human Rights are also inalienable rights, because being or not being human usually is seen as an inalterable facto of nature, not something that is either earned or can be lost. Human rights are thus 'universal' rights in the sense that there are held 'universally' by all human being... And conceptual universality says nothing about the central question in most contemporary discussions of universality, namely, whether the rights recognized in the Universal Declaration of Human Rights and the International Human Rights Covenants are universal. This is a substantive question.".*

27 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, en-

Los derechos humanos son, pues, una unidad indivisible, interdependiente e interrelacionada, capaz de asociar a la lista de los derechos civiles y políticos los derechos sociales, económicos y culturales. La "indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos debe ser analizada a la luz de la unidad fundamental de la concepción de los derechos humanos"[28].

El reconocimiento por el Derecho internacional del derecho a un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado como un derecho humano tiene como punto de partida la percepción de que las cuestiones ambientales no se limitan a la contaminación procedente de la industrialización, sino que abarcan un universo amplio y complejo, con la participación de todo el planeta y pueden presentar riesgos para la salud mundial; ha sido decisiva para la inclusión del tema "ambiente" en el ámbito de la protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos[29]. Proteger el ambiente no es un tema reservado al dominio exclusivo de la legislación interna de los Estados, sino un deber de la comunidad internacional en su conjunto. La protección del ambiente, incluyendo la preservación de la naturaleza en todos sus aspectos de la vida humana, es proteger el ambiente

tró en vigor el 3 de enero de 1976. En su artículo 11 afirma que: "1. los estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las *condiciones de existencia*...". Y "2. Los estados partes en el presente pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la *cooperación internacional*, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para: a) mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios logren la explotación y la utilización más eficaces de las *riquezas naturales*...". Y el artículo 12. 1.: "los estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental...". ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Recuperado el 12 de diciembre de 2011, de <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>.

28 CANÇADO TRINDADE, A. A., "The contribution of international human rights law to environmental protection, with special reference to global environmental change". In: "The contribution of international human rights law to environmental protection, with special reference to global environmental change", en Brown Weiss, E. (ed.), *Environmental change and international law: new challenges and dimensions,* United Nations University Press, Tokyo, 1992, p. 244-312. (La traducción del inglés al castellano es nuestra).

29 CANÇADO TRINDADE, A. A., *op. cit.,* 2007.

como consecuencia del derecho a una calidad de vida saludable en todas sus ramificaciones, siendo considerado uno de los aspectos de los derechos fundamentales la persona.

Por más que la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 25.1 ya esbozase alguna referencia al asociar dignidad a salud y bienestar[30], el reconocimiento internacional del derecho al ambiente saludable y equilibrado ha sido hecho por la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Ambiente Humano, en Estocolmo 1972, cuyos pioneros fueron los 26 principios que han puesto en marcha la creación y fortalecimiento del paradigma y referencia ética para toda la comunidad internacional respecto a la protección internacional del ambiente, como un derecho humano fundamental de todos.

Cuando se hace referencia a las Declaraciones Internacionales en materia ambiental, no se puede olvidar su carácter de *soft law* en sentido amplio. Sin embargo, por más que sean *soft law*, estas Declaraciones Internacionales se rigen por un conjunto de sanciones, que obviamente no vinculan jurisdiccionalmente a los Estados firmantes como las normas de *hard law* (p. ej. Tratados de Derechos Humanos)[31]; pero sí a través de un factor moral, cada vez más defendido por la doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos[32]. De esta manera, se puede decir que las Declaraciones pueden ser normas destinadas a regular la conducta futura de los Estados, sin tener la condición de "norma jurídica" que imponga sanciones más allá del contenido moral, en caso de incumpli-

30 "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad." ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), artículo 25.1, *op. cit.*

31 El uso de varias denominaciones para los tratados es una práctica común en el Derecho Internacional. La Convención de Viena sobre los Tratados, de 1969, establece que los tratados son vinculantes independientemente de su nombre específico, siendo todos vinculantes: tratados, convenios, acuerdos, protocolos y convenciones. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. UNTreaty. Vienna Convention on the Law of Treaties (1969). Recuperado el 20 de diciembre de 2011, de <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf>.

32 A este respecto se puede consultar SHELTON, D., *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, como también: DE SCHUTTER, *O., International Human Rights Law*: Cases, Materials, Commentary, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

miento o violación de sus principios; sin embargo, ¿será ésta una sanción suficiente para hacer que los Estados cumplan con estos instrumentos internacionales?

Se cree que está ocurriendo un importante cambio en la evolución del Derecho internacional clásico, gracias al derecho humano al ambiente saludable, pues a partir del hecho de que una norma de Derecho dentro del concepto de *hard law* pueda ser incumplida así como cuanto una de *soft law*, se indica que la primera se iguala al nivel de la segunda, o viceversa, es decir, los efectos morales del irrespeto de una declaración en materia de derechos humanos y-o de Derecho ambiental será tan grave como el incumplimiento de un acuerdo internacional vinculante.

De esta forma, en el caso de normas internacionales vinculantes, el incumplimiento de tratados y acuerdos internacionales en materia ambiental no significaría necesariamente que un Estado firmante no lo está cumpliendo simplemente por no quererlo, sino porque muchas veces no puede, por no disponer de condiciones materiales para tanto.

Se puede citar como un buen ejemplo para ello el Convenio Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático (CMNUCC), que trae materializado en sus mecanismos de flexibilidad para mitigar los cambios climáticos y en el Listado de Países del Anexo II del Protocolo de Kioto, el principio de responsabilidad compartida pero diferenciada, queriendo decir con esto que no basta sancionar un Estado por incumplimiento en acuerdos internacionales en materia ambiental, pero sí ofrecer ayuda para ello, fundada en el principio de cooperación, para que este Estado pueda hacer frente a los desafíos antepuestos por los cambios climáticos[33]. Vale acentuar que el CMNUCC incluye varias disposiciones relativas a ambiente y derechos humanos en su principio 4°, empezando por reconocer que "los cambios del clima de la Tierra y sus efectos adversos son una *preocupación común de toda la humanidad*"[34].

[33] "Las Partes tienen derecho al desarrollo sostenible y deberían promoverlo. Las políticas y medidas para proteger el sistema climático contra el cambio inducido por el ser humano deberían ser apropiadas para las condiciones específicas de cada una de las Partes y estar integradas en los programas nacionales de desarrollo, tomando en cuenta que el crecimiento económico es esencial para la adopción de medidas encaminadas a hacer frente al cambio climático". ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convenio Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático (1992). Recuperado el 29 de diciembre de 2011, de <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>.

[34] La cursiva es nuestra.

La Cumbre de Río, en 1992, también ha generado el Convenio sobre la Diversidad Biológica[35] promulgado en 5 de junio de 1992, que asegura a las generaciones presentes y futuras la preservación de la biosfera con el objetivo de de la armonía del ambiente en el planeta. Además de reafirmar en su preámbulo que: "los Estados tienen derechos soberanos sobre sus propios recursos biológicos, y reafirmando asimismo que los Estados son responsables de la conservación de su diversidad biológica y de la utilización sostenible de sus recursos biológicos". Se subraya aún el destaque a "la importancia y la necesidad de promover la cooperación internacional, regional y mundial entre los Estados y las organizaciones intergubernamentales y el sector no gubernamental para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes".

El Convenio sobre la Diversidad Biológica, de 1992, también se refiere a una responsabilidad global del ambiente, al plantear la cuestión de la diversidad biológica dentro del enfoque del desarrollo sostenible de toda la humanidad. Se cree que este puede ser unos de los puntos claves de la controversia que involucra los derechos humanos y el derecho al desarrollo; pues para evitar este confronto, el desarrollo sostenible debe ganar terreno sustituyendo el sistema de crecimiento y desarrollo despreocupado con el ambiente como se ha conocido hasta entonces mediante el falseamiento del desarrollo como sinónimo de crecimiento económico[36].

Ante lo expuesto, se puede decir que hay una visible, palpable e importante interrelación entre los derechos humanos y el ambiente con el Derecho internacional. Las contribuciones traídas a partir de la Conferencia de Estocolmo, en 1972, aunque eficaces en muchos sectores, se han quedado limitadas con el pasar del tiempo, frente a las nuevas necesidades

[35] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992). Recuperado el 23 de diciembre de 2011, de <http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>.

[36] Sobre esta discusión *véase:* OLIVEIRA DO PRADO, R. C., "Direitos humanos, povos indígenas e desenvolvimento na expansão da fronteira agrícola na Amazônia brasileira", en *Rev. Direito Econ. Socioambiental*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 207-251, jan./jun. 2011, cuando hace relación entre desarrollo y derechos humanos de la siguiente manera: *"Desenvolvimento e direitos humanos são temas recorrentes e de grande importância para a comunidade internacional, o que referenda a sua natureza interdisciplinar. Apesar de existirem fraturas entre a teoria e a prática, assim como entre intenções e ações efetivas na maior parte das sociedades dos países-membros do sistema de proteção aos direitos humanos das Nações Unidas, a relação entre direitos humanos e desenvolvimento, ou o direito ao desenvolvimento como um direito humano, são extremamente atuais.* [...] *como o desenvolvimento sustentável pode ser ao mesmo tempo uma resposta e uma proposta para que parcelas mais frágeis da sociedade,* [...], *possam lograr um desenvolvimento humano com qualidade de vida.*

y retos que están convirtiendo cada vez más compleja la protección del bien jurídico ambiente. En este contexto, a partir de 1980, comenzaron a ser negociadas y firmadas convenciones y declaraciones internacionales en materia ambiental, lo que se puede llamar como la segunda generación del Derecho Internacional Ambiental[37].

Algunos fenómenos, como el deterioro de la capa de ozono, el efecto invernadero, la disminución sistemática de la biodiversidad, la desertificación, etc. necesitaban ser entendidos a través de una perspectiva universal y multisectorial, una concepción que fuera cubierta y protegida por el Programa de Naciones Unidas para el Ambiente (PNUMA). Es a partir de estas preocupaciones y discusiones, que se ha dado en marcha la idea de "Nuestro Futuro Común", a través del Informe Brundtland, que ya en 1987[38] alertaba que el Planeta no soportaría tamaño nivel de explotación de sus recursos naturales si se seguía con el ritmo del modelo de crecimiento y desarrollo hasta entonces conocido. Los resultados de este movimiento han sido la contribución sustancial que faltaba a la disciplina del Derecho Internacional para que este se ocupase también de una reglamentación más amplia del ambiente en el ámbito internacional.

Otro documento internacional que vincula de forma contundente el derecho a un ambiente sano a los derechos humanos, es la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño[39], de 1989, la cual se refiere a los aspectos de la protección del ambiente relacionados con el derecho del niño a la salud, como bien indica su artículo 24[40].

---

37 Según KISS, A. C.; BEURIER, J. P., *op. cit*., p. 30 y ss.; como también OLIVEIRA DO PRADO, R. C., "La ecologización de la Corte Internacional de Justicia", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. XI, 2011.

38 *"Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs. It contains within it two key concepts: the concept of 'needs', in particular the essential needs of the world's poor, to which overriding priority should be given; and the idea of limitations imposed by the state of technology and social organization on the environment's ability to meet present and future needs".* ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. "Report of the World Commission on Environment and Development" (1987). Recuperado el 29 de diciembre de 2011, de <http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>.

39 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH). Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Recuperado el 29 de diciembre de 2011, de <http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30160.html>.

40 Lo cual establece, entre otras cosas, que: "1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a gozar del más alto nivel posible de salud y a servicios para el

Aún a nivel global, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre Pueblos Indígenas y Tribales, adopta preceptos que vinculan derechos humanos con el ambiente, en este caso específico, el derecho de los pueblos indígenas a disponer de sus tierras, a ser consultados sobre emprendimientos que tengan impacto sobre su hábitat mediante estudios de impacto ambiental, así como la cooperación y ayuda para que ellos se puedan desarrollar[41].

De esta manera, se cree, en base a la necesidad de encontrar nuevas formas de desarrollo, que el escenario más favorable para la protección efectiva del ambiente pueda ser su fundición en el rol de los derechos humanos. Lo que se ha hecho y se está haciendo no parece ser suficiente, el derecho de acceso al agua, a la alimentación, a la calidad del aire, etc., no parecen ser vistos como derechos humanos *per se*, sino como derechos al ambiente que se han sumado a los derechos humanos; ello se debe al hecho de que la palabra ambiente posee una cierta carga negativa para cierta parcela dominante del capital mundial, y por consecuencia tomadores de decisiones globales. Se cree, pues, que las salidas y soluciones para este intricado escenario está, sin duda, en la educación ambiental y en la información y participación en la toma de decisiones en materia ambiental.

III EL AMBIENTE COMO UN BIEN JURÍDICO Y SU LUGAR EN EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

La Declaración de Estocolmo de 1972 abrió el camino para que muchas Constituciones a partir de los años 1970 reconociesen el ambiente sano y ecológicamente equilibrado como un derecho humano fundamental en-

tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho de acceso a esos servicios sanitarios. [...] 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas dirigidas a: [...] c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del ambiente". *Ibid.* nota 41.

41 Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado el 27 de junio de 1989 por la 76ª Conferencia Internacional del Trabajo, y con entrada en vigor en 05 de setiembre de 1991. El texto del Convenio n° 169 de la OIT se encuentra disponible en: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Peuples indigènes et tribaux: conventions. Recuperado el 29 de diciembre de 2011, de <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/lang--fr/index.htm>.

tre los nuevos derechos, con sus características de derechos y deberes que no pudiesen ser desconocidos, como la Constitución portuguesa en 1976[42] y la Constitución española en 1978[43], para quedarse dentro del universo político-cultural Iberoamericano.

De esta forma, al lanzar las semillas para que los ideales comunes de la sociedad internacional con respecto a la protección internacional del ambiente empezasen a germinar, la Declaración de Estocolmo de 1972 allanó el camino para estas cuestiones, que ahora podrían ser tratadas dentro de una perspectiva global, especialmente en relación a la protección internacional de los derechos humanos.

Antes de la Conferencia de Estocolmo, el ambiente era comúnmente abordado apartado de los temas que interesaban directamente a la humanidad, más bien relacionado al comercio, [44] aspecto que la Declaración de

[42] Art. 66, sobre ambiente y calidad de vida, dice lo siguiente: *"Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um* desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: [...]." Disponible en: PORTUGAL. Diário da República Electrónico. Constituição da República Portuguesa (1976). Recuperado el 28 de diciembre de 2011, de <http://dre.pt/comum/html/legis/crp.html>. El artículo 66 de la Constitución Portuguesa irá, por ejemplo, influir más tarde en el artículo 225 de la Constitución de la República Federativa de Brasil, de 1988, que además acrecienta el derecho intergeneracional, como se puede observar en su versión no oficial en lengua castellana: "Todos tienen derecho a un ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras. [...]". En: GEORGETOWN UNIVERSITY. Political Database of the Americas (PDBA). Constitutions and Comparative Constitutional Study.Recuperado el 28 de diciembre de 2011, de <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/brazil.html>.

[43] Art. 45, que trae: "1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la Ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado. Disponible en: ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado (BOE). Constitución Española (1978). Recuperado el 23 de diciembre de 2011, de <http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>.

[44] Como bien indica el jurista argentino, Jorge E. Viñuales, profesor de Derecho Internacional Ambiental en el Instituto de Altos Estudios Internacionales de Ginebra, Suiza: *"The first wave covers essentially two contentious cases, namely the Corfu Channel case18 and the Nuclear Tests case, as well as an important obiter dictum made in the Barcelona Traction case.19 The main contribution of this wave is to be*

Estocolmo de 1972 ha cambiado, y por más que ella no disponga de un carácter vinculante, su texto figura como uno de los más importantes en el canon de las Declaraciones de las Naciones Unidas, tal cual la propia Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y la Declaración de Río de Janeiro sobre el Ambiente y el Desarrollo de 1992, que también es unas de las principales Declaraciones Internacionales en materia ambiental.

Se puede decir de esta manera, que la incorporación e inicio de la consideración del derecho al ambiente saludable al rol de los derechos fundamentales es fundado a través del primer principio de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Ambiente Humano, de 1972, al establecer que: "El hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente. En la larga y tortuosa evolución de la raza humana en este planeta se ha llegado a una etapa en que, gracias a la rápida aceleración de la ciencia y la tecnología, el hombre ha adquirido el poder de transformar, de innumerables maneras y en una escala sin precedentes, cuanto lo rodea. Los dos aspectos del ambiente humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma"[45].

La Declaración de Estocolmo, de 1972, ha sido el zenit de las preocupaciones e inquietudes, que venían desarrollándose desde los años 1960[46] al respecto del futuro de la humanidad. Sin lugar a dudas, es efectivamente sobre las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial que el ser humano se ha dado cuenta de que los avances tecnológicos se han vuelto tan poderosos, que se podría amenazar la propia condición de vida humana en este planeta. Entonces, es a partir de este hito que la idea que se tiene de con-

found in the confirmation of previous case-law on transboundary damages as well as in the introduction of the concept of obligations erga omnes, potentially applicable to some environmental norms. As it will be discussed, these two components set the basis in general international law for the protection against environmental damage caused to States and to environment as such, outside the jurisdiction of any State". VIÑUALES, J. E., "The Contribution of the International Court of Justice to the Development of International Environmental Law: A Contemporary Assessment", in *Fordham International Law Journal*, v. 32, Issue 1 2008, Article 14, p. 6.

45 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Programa de las Naciones Unidas para el Ambiente (PNUMA). Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente Humano (1992). Versión oficial en lengua inglesa disponible en <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=97>. Recuperado el 28 de diciembre de 2011.

46 Remítase a las notas 9 y 10.

vertir al ambiente en bien jurídico protegido tiene sentido, con el fallo del convencimiento de la amenaza ambiental, en el cual, se cree, ha sido determinante el lanzamiento de las bombas atómicas en Hiroshima y Nagasaki por EE.UU, un hecho que no puede ser minimizado u olvidado.

Pero para que la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente Humano pudiera materializar e iniciar su influencia en el Constitucionalismo Ambiental, hubo una progresiva universalización de los derechos sociales empezando por un bienestar humano mínimo, principalmente impulsado por la Constitución Mexicana, de 1917 y la Constitución Alemana, de 1919. Así, el Derecho constitucional empieza a preocuparse por las condiciones reales de vida de las personas. Por tanto, si el desarrollo de la persona es el fin del sistema jurídico, esto solo es posible si se garantiza unas condiciones mínimas, a partir de las cuales, cada quién pueda mejorar su situación y calidad de vida, no solo si es eficiente dentro de la economía de mercado, como es la base del paradigma del Estado liberal clásico.

Frente a lo expuesto, cabe la indagación, de si las conquistas de bienestar dadas por la fundación del Estado Social estarían amenazadas por la degradación ambiental. Ahora bien, efectivamente se piensa que sí, pues la destrucción del ambiente mediante una búsqueda descontrolada e incesante del crecimiento económico actúa también profundizando severamente violaciones de derechos humanos ya existentes; esta relación degradación ambiental–derechos humanos se encuentra en todos y cada uno de los derechos reconocidos tanto por el Sistema Universal, cuanto por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, como se comentará más detenidamente en el apartado siguiente.

En este sentido, la magnitud y dimensión de la afectación abrumadora de la transformación del Estado social clásico a un Estado ambiental[47]

[47] La incorporación del ambiente en el rol de los derechos económicos, sociales y culturales (ECOSOC), hasta entonces conocidos, pasen a ser DESCA, es decir, derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, como bien indica CARMONA TINOCO, J. U., "Aproximaciones sobre el derecho internacional de los derechos humanos y su vinculación con la eficacia del derechos a un ambiente saludable", en CARMONA TINOCO, J. U.; HORI FOJACO, J. M. (Coords.), *Derechos Humanos y Ambiente,* Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 535, y Secretaría de Ambiente y Recursos Naturales, México, 2010: "el hecho de que las alusiones directas al ambiente se encuentren entre los instrumentos de derechos económicos, sociales y culturales, a los que en últimas fechas se ha agregado también el de "ambientales" – razón de su denominación abreviada reciente como DESCA –ha generado un desarrollo ulterior aún lento, al ritmo de las discusiones sobre la eficacia y justiciabilidad de ese grupo de derechos".

conlleva a establecer la reflexión sobre el hecho de que la humanidad tome consideración por el uso del ambiente entendido como los recursos naturales y no solo cuando estos satisfacen deseos y preferencias humanas, sino también como medio de garantizar un mínimo de bienestar a partir de los recursos disponibles, es decir, se replantea cuál debe ser el bienestar mínimo que el Estado debe garantizar a sus ciudadanos.

La conciencia de que el ambiente tiene límites y que los recursos naturales son limitados ha hecho que el discurso sobre el bienestar se volcara sobre una nueva manera de desarrollo, un desarrollo que tuviera en cuenta la disminución del uso exagerado de los recursos naturales y la disminución del impacto de la satisfacción de los deseos y preferencias de unos cuantos humanos actuales en relación con la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras, manifestados en el principio de sostenibilidad, conceptualizado de manera amplia solo como desarrollo sostenible y en el derecho intergeneracional de disponer de un ambiente sano y equilibrado para satisfacer sus necesidades. ¿Pero cuáles serían las necesidades de estas futuras generaciones? Es en este punto que el derecho al ambiente saludable se materializa como un derecho de cuarta generación, no apenas como un derecho colectivo difuso o un derecho trans-meta-individual, pues el individuo forma y hace parte del todo, al mismo tiempo tanto como individualidad, como colectividad.

La progresiva consolidación de la preocupación por la conservación del ambiente como un elemento sustancial del debate público hace que pocos textos constitucionales puedan ignorarla, profundizándose así tanto la importancia de la cuestión ambiental como elemento fundamental de la crisis civilizatoria de nuestro tiempo como su impacto en la infraestructura constitucional y matriz jurídica de las sociedades contemporáneas, lo que no podría dejar de ser diferente en América Latina.

Como se ha referenciado, la Declaración de Estocolmo de 1972 ha influenciado dando inicio al llamado Constitucionalismo Ambiental a partir de la década de 1970, y ha hecho hincapié en América Latina, como se puede observar mediante los ejemplos de las constituciones de Cuba, 1976 y de Perú, 1979.

En el caso de Cuba, la Constitución de 1976, reformada en 1992, trae el artículo 27, que establece que: “el Estado protege el ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo económico y social sostenible para hacer más racional la vida humana y asegurar

la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras. Corresponde a los órganos competentes aplicar esta política"[48].

En el caso peruano, la Constitución Política de 1979 traía en el seno de sus artículos 118, 119 y 123 la protección del ambiente[49]. Actualmente, con la Constitución promulgada en el año 2000, la protección ambiental se encuentra referenciada en sus artículos 192.7 y 195.8[50], siendo preciso indicar que el texto de 1979 era mucho más protector para el ambiente.

Por más que el proceso iniciado en Estocolmo en 1972 haya influenciado el Constitucionalismo Ambiental, ha sido el Informe Brundtland, "Nuestro Futuro Común", de 1987, uno de los textos que más ha marcado de manera más sobresaliente el Constitucionalismo Ambiental Latinoamericano[51]. El Informe Brundtland ha traído a escena dos nuevos protagonistas para interpretar un importante papel: el "desarrollo sostenible" y la "justicia intergeneracional".

Es a partir de la idea de desarrollo sostenible que nacen algunos de los principios básicos del Derecho Ambiental, tales como el principio de precaución, el principio de responsabilidad y el principio de cooperación. A partir de ellos se generan una serie de cuestionamientos sobre la lógica del sistema y sobre el planteamiento de qué especie de bienestar se puede

48 El texto Constitucional cubano en vigor está disponible en: Cuba. Gobierno. Constitución de la Republica de Cuba (1976). Recuperado el 28 de diciembre de 2011, de <http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm>. Además, al respecto de la Constitución cubana específicamente, vale consultar la doctrina mediante el texto de ULL PON, E., "La defensa del ambiente en la Constitución", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 5 (nueva época), sep.-oct. 1978, p. 157-164. Así como el texto sobre el constitucionalismo ambiental en Cuba, de HERNÁNDEZ POZO, I., "Del constitucionalismo moderno al constitucionalismo ambiental y su influencia en Cuba" (2007). Recuperado el 28 de diciembre de 2011, de <http://www.gestiopolis.com/administracion-estrategia/constitucionalismo-ambiental-y-su-influencia-en-cuba.htm>.

49 El texto Constitucional peruano de 1979 está disponible en: Perú. Gobierno. Congreso. Constituciones de Perú. Recuperado el 28 de diciembre de 2011, de <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1979.pdf>.

50 El texto de la Constitución Política del Perú en vigor se encuentra disponible en la siguiente dirección: Perú. Tribunal Constitucional. Constitución Política del Perú (2000). Recuperado el 28 de diciembre de 2011, de <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>.

51 El período inmediatamente posterior a la Conferencia de Río, en 1992, algunos países Latinoamericanos han reformado sus constituciones para incluir la protección del ambiente como bien jurídico en su articulado, entre ellas pueden citarse las de: Cuba (Reforma de julio de 1992), Argentina (Reforma de 1994) y Venezuela (1999).

aspirar hoy sin comprometer el de las generaciones futuras[52], y cuáles son los contenidos de la dignidad humana.

En América Latina la situación del constitucionalismo ambiental[53] se encuentra creciente, como se ha podido observar con la reciente promulgación de las nuevas Constituciones en vigor de Bolivia y Ecuador. Pero, durante el final de los años ochenta y la década de los noventa, el ambiente ha pasado por una importante transformación jurídica en la región, destacándose inicialmente la Constitución de la República Federativa de Brasil, de 1988, que aporta de manera pionera para la región, la consideración global, sistemática y exhaustiva[54] del ambiente como un bien jurídico protegido constitucionalmente *per se*, poniendo de manifiesto el derecho a un ambiente saludable y equilibrado a través del artículo 225, que establece que: "todos tienen derecho a un ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras"[55], dedicando el Capítulo VII de "La Ciudadanía"[56] a la temática ambiental[57].

---

52 Pero allá de una cuestión de justicia intergeneracional, se cree que independientemente de ello, de que habrá generaciones futuras, hay un problema sustancial que debe ser gestionado hoy, por la presente generación misma, donde urge la necesidad de tomar medidas en el sentido de lograr un reparto más racional de los recursos, y que sea posible un pacto social global que permita tanto satisfacer las necesidades de las futuras generaciones, cuanto las del presente.

53 Para una perspectiva más amplia del Derecho Ambiental Latinoamericano, *véase*:ROSA MORENO, J., "El Derecho ambiental en Latinoamérica", en REAL FERER, G. (Coord.), *Integración económica y ambiente en América latina*, McGraw-Hill, Madrid, 2000, p. 13-21.

54 Cf. JARIA I MAZANO, J., *op. cit.*, 2011a, p. 194.

55 GEORGETOWN UNIVERSITY, *op. cit.*

56 Mote por lo cual se conoce en Brasil, la Constitución Federal de 1988, por ser promulgada después de los años de plumo de la Dictadura Militar instaurada en el país de 1964 hasta 1985.

57 Para mayores informaciones sobre el Derecho Constitucional Ambiental brasileño, vale consultar la obra referencial de GOMES CANOTILHO, J. J.; MORATO LEITE, J. R. (Coords.), *Direito constitucional ambiental brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 2007, que en la página XVII dicen: "Não há como negar que o Direito Constitucional Ambiental brasileiro é inovador em vários aspectos, pois recebeu alicerce proveniente do efeito produzido pela constatação da crise ambiental contemporânea. O cerne do Direito Ambiental brasileiro encontra espaço dilatado em nossa Constituição da República Federativa de 1988, que inseriu uma verdadeira política ambiental, detalhando e especificando os caminhos a serem trilhados considerados pela sociedade".

En este sentido, cabe aclarar, además, que el artículo 5° de la Constitución brasileña de 1988 consagra el derecho de acción popular contra actos lesivos al ambiente, en cuanto a que su artículo 174.3 se refiere a la protección del ambiente como un factor a ser tenido en cuenta por las políticas públicas en materia agrícola, por ejemplo[58]. El hecho de que la Constitución brasileña conceda el derecho de cualquier ciudadano a ser parte legítima para interponer una acción popular contra actos que lesionen el ambiente es por sí solo el reconocimiento de las facultades reales de la sociedad civil, en relación a la tutela del ambiente.

En otros casos del Constitucionalismo Ambiental Latinoamericano, como el chileno, la protección del ambiente camina conjuntamente con el reconocimiento de los derechos individuales. La Constitución chilena de 1980[59] reconoce el derecho de vivir en un "ambiente libre de contaminación". Vale subrayar que el texto Constitucional chileno da a los poderes públicos deberes para intervenir en la defensa del ambiente y, eventualmente se limitan otros derechos, como la propiedad, dando lugar al "recurso de protección constitucional", cf. el artículo 135. Este recurso puede ser accionado siempre y cuando haya un acto ilegal o arbitrario que sea imputable a una autoridad o persona determinada que lo vulnere[60].

En este mismo sendero, hay que hacer referencia a las constituciones de Colombia, de 1991, que reconoce el derecho de todas las personas a

[58] Sobre este punto vale mencionar que el 26 de mayo de 2011, la Cámara de los Diputados de Brasil aprobó en plenario, por 410 votos a favor y 63 en contra la reforma al Código Forestal de Brasil, lo que ha generado una gran polémica a nivel nacional, ya que según opinión de ambientalistas y ecologistas, la nueva normativa supone una flexibilización de las normas ambientales, lo que parece no respetar o tampoco llevar en consideración el dispositivo constitucional al cual se hace referencia *supra*. El nuevo Código Forestal, propuesto mediante el Proyecto de Ley (PL) 1876/99, ha substituido por el PL 30/2011, lo cual ha sido aprobado en la Comisión Especial de la Reforma del Código Forestal del Congreso de Diputados por 13 votos a favor y 5 en contra, y que hasta el cierre de este trabajo no había sido todavía aprobado en plenario por la segunda vuelta en la Cámara de los Diputados. Para mayores informaciones *véase*: BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de Leis e Outras Proposições. PL 30/2011. Recuperado el 30 de diciembre de 2011, de <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490928>.

[59] CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Constitución (1990). Recuperado el 30 de diciembre de 2011, de <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/index_html>.

[60] *Véase*: RAMÍREZ ARRAYÁS, J. A., "El sistema constitucional ambiental: elementos caracterizadores del caso chileno", en *Revista de derecho público*, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, núm. 65, 2003, p. 296-306.

"gozar de un ambiente sano"[61]; y de la República Argentina, reformada en 1994, que incluye una disposición que reconoce el derecho a un ambiente saludable[62]. Tampoco se puede dejar de mencionar el caso mexicano, que desde el año 1999 reconoce el derecho a un ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar[63].

Más recientemente Ecuador[64] y Bolivia[65] han dado un paso más allá en el ámbito del Constitucionalismo Ambiental, no solo a nivel latinoamericano, sino también global. La Constitución Ecuatoriana, de 2008, se refiere al ambiente como la "Pacha Mama" o como naturaleza, responsable por la existencia y permanencia del ser humano en la Tierra, insistiendo en la cosmogonía indígena y la especial relación que los "pueblos originarios" poseen con el ambiente.

Los constituyentes ecuatorianos expresan el anhelo de la nueva Constitución como instrumento capaz de fomentar una nueva convivencia ciudadana entre la diversidad y armonía del ser humano con la naturaleza, en búsqueda del "sumak kawsay", o sea, el buen vivir, que no debe ser confundido (y también rompe) con el crecimiento económico según el modelo de relación hombre-naturaleza de moldes occidentales. La Constitución Ecuatoriana de 2008 también da a la propia naturaleza el *status* de sujeto de de-

61 *Véase*: COLOMBIA. Gobierno. Banco de la República. Constitución Política de Colombia (1999). Recuperado el 30 de diciembre de 2011, de <http://www.banrep.gov.co/regimen/resoluciones/cp91.pdf>.

62 Para mayores detalles sobre la reforma constitucional argentina de 1994, *véase* el trabajo de DALLA VIA, A. R., "Derecho ambiental en Argentina: la reforma constitucional de 1994 y el ambiente", en Ruiz-Rico Ruiz, G.. (coord.), *Derecho comparado del ambiente y de los espacios naturales protegidos*, Comares, Granada, 2000, p. 286-306.

63 *Véase*: MÉXICO. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Recuperado el 30 de diciembre de 2011, de <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9>.

64 Al respecto del nuevo Ordenamiento Jurídico ecuatoriano, *véase:* ALMEIDA, I., *El Estado Plurinacional – valor histórico e libertad política para los indígenas ecuatorianos,* Abya Yala, Quito, 2008.

65 La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, de 2009, dice que Bolivia "se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías, fundada en la pluralidad [...]". Según CUNHA FILHO, C. M., "Evo Morales e a construção do novo bloco histórico", en *Rev. OIKOS*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2/2011, p. 150-173. Recuperado el 30 de diciembre de 2011, de <http://www.revistaoikos.org/seer/index.php/oikos/article/view/257/157>, p. 169, eso ha ocasionado una de las "*principais críticas feitas pela oposição à nova Constituição Política do Estado ainda hoje se refere ao caráter plurinacional conferido ao Estado e a supostos privilégios concedidos aos indígenas e seus mecanismos de justiça comunitária e representação política por usos e costumes.*"

rechos, cf. su artículo 10; y dedica todo un apartado (27) a los derechos de la naturaleza, donde se hallan importantes innovaciones para la disciplina del Derecho Constitucional Comparado, como los artículos 71, 72, 73 y 74[66].

A su turno, la nueva Constitución Boliviana, de 2009, se refiere en su preámbulo a la "Madre Tierra" y hace un importante revisionismo del *ethos*, en el sentido de identidad nacional de Bolivia, al decir que: "En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra Amazonia, nuestro Chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdores y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia".

Además, su artículo 9.6 afirma que unos de los fines de la Constitución es: "promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, e impulsar su industrialización a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras", así como el artículo 33, en el cual se reconoce el "derecho a un ambiente saludable, protegido y equilibrado", que permita "a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente". La nueva Constitución boliviana, de 2009, también concreta el concepto de bien vivir, según el concepto indígena "*Suma Qamaña"*, en lengua quechua, completado por el contenido del artículo 30, que reconoce a "las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos" el derecho a "vivir en un ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas"[67].

Además de lo expuesto, cabe subrayar que el reconocimiento de un derecho al ambiente saludable y equilibrado se ha hecho común, particularmente en gran parte en el Constitucionalismo Latinoamericano más reciente. De hecho, en el contexto latinoamericano, y quizás por causa de esta tendencia generalizada a reconocer el derecho en relación con la protec-

[66] *Véase*: ECUADOR. Gobierno. Asamblea Nacional. Constitución (2008). Recuperado el 30 de diciembre de 2011, de <http://asambleanacional.gob.ec/leyes-asamblea-nacional.html>.

[67] La Constitución boliviana está disponible en línea mediante la dirección electrónica: BOLIVIA. Nueva Constitución (2009). Recuperado el 30 de desembre de 2011, de <http://www.patrianueva.bo/constitucion>.

ción del ambiente, se puede decir que la idea del derecho a un ambiente sano se inscribe apropiadamente en el contexto de los derechos fundamentales. Independientemente de la opinión que se tenga sobre aseveraciones de este tipo, lo cierto es que, como mínimo, el fenómeno observado del Constitucionalismo Ambiental Latinoamericano es un síntoma de la asunción progresiva en el constitucionalismo comparado, de la necesidad de reconocer el derecho al ambiente saludable y equilibrado como un derecho humano fundamental.

Por tanto, aunque las observaciones que se han hecho sobre la preeminencia de los poderes públicos a la hora de determinar cuál debe ser el ambiente protegido y, particularmente, sobre el papel del legislador en este terreno, se debe tener en cuenta que el derecho individual o colectivo al ambiente sano no es una criatura extraña, más bien empieza a convertirse en un elemento habitual de las constituciones, sino que, además, puede tener un contenido realmente exigible, compatible con el papel del legislador en el momento de determinar la configuración del ambiente digno de tutela.

En definitiva, como pone de manifiesto Seiler (1994, p. 10)[68] y con bases en la *"Risikogesellschaft"* de Beck (1986)[69], se puede afirmar que la configuración de las sociedades contemporáneas en torno de la teoría del riesgo y los cambios que se operan sobre el contexto socioeconómico y cultural en que aparecieron las dos primeras generaciones de derechos fundamentales, se pueden postular nuevos derechos fundamentales, como el derecho a un ambiente sano o adecuado.

IV LOS APORTES DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE

El origen de los derechos humanos reside en la originalidad que ellos tienen a través de su solvencia preeminentemente filosófica, estando situados, independiente de su origen epistemológico, ya sea entre la corriente del *iusnaturalismo*, donde los derechos humanos son inherentes a la na-

[68] SEILER, H., "Staats- und Verwaltungsrechtliche Frage der Bewertung technischer Risiken, insbesondere am Beispiel des Vollzugs von Artikel 10 Umweltschutzgesetz", en *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV)*, v. 1/1994, Stämpfli Verlag, Berna, 1994.

[69] BECK, U., *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a.M., 1986.

turaleza humana, y además son anteriores y superiores al Estado; y del *iuspositivismo* o positivismo jurídico, que considera los derechos humanos como su proclamación normativa en textos jurídicos, que el Estado previamente los ha reconocido en sus normas, leyes o constituciones.

A éstas dos corrientes se suman la corriente ética de los derechos humanos, que les califica como derechos morales; y la corriente historicista, que introduce e innova una característica de los derechos humanos en concebirlos como derechos progresivos, evolutivos y no estáticos incluyendo a los derechos civiles y políticos. Así como hay también un derivado de la corriente historicista que propugna la multiplicación y especificidad de los derechos humanos, como por ejemplo, los derechos de género, de los pueblos indígenas, de los niños, de los ancianos, de los migrantes, de los trabajadores, de los refugiados, etc.; gracias a este aporte se puede decir que hoy día el tema del ambiente sí que está suscrito en el ámbito de los derechos humanos de la contemporaneidad.

Cuando se habla de derechos sociales se está hablando también del derecho a un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona, existiendo una diferencia de perspectiva esencial en relación con el papel del Estado respecto a ellos y el que este debe cumplir en relación con los derechos de libertad clásicos. De esta manera, el desarrollo de la consideración del derecho a un ambiente saludable como un derecho humano, y especialmente su relación con otros derechos humanos directamente relacionados con las condiciones del ambiente, hace hincapié en la jurisdicción internacional y en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos para solventar los casos en que estos derechos son vulnerados.

En el ámbito específico del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, los instrumentos centrales en vigor son la Declaración Americana de Derechos y Deberes de la Persona[70], y la Convención Americana sobre Derechos Humanos[71] o Pacto de San José de Costa Rica, de 1969. La Declaración Americana de Derechos y Deberes de la Persona antecede en solamente seis meses a la Declaración Universal de los Derechos

[70] Aprobada en Bogotá, Colombia, durante la IX Conferencia Internacional Americana, en mayo de 1948, ha sido modificado de "[...] del Hombre", para "de la Persona", según ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *AG/RES. 1591 (XXVIII-O/98)*, la Asamblea General, de 2 de junio de 1998.

[71] Suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, y entró en vigor el 18 de julio de 1978.

Humanos de la ONU, y como esta, combina derechos civiles y políticos con derechos económicos, sociales y culturales.

Se sabe, que por más que las Declaraciones sobre Derechos Humanos, tanto la Universal cuanto la Americana, hayan nacido sin fuerza vinculante, los Pactos de 1966 respectivamente sobre Derechos Civiles, Políticos[72] y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales[73] han otorgado la fuerza jurídica vinculante que necesitaba la Declaración Universal de 1948. En el caso Interamericano ha sido la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagra la vinculación de los principios de la Declaración Americana, confiriéndoles carácter obligatorio a los Estados-parte[74].

A pesar que la Declaración Americana de Derechos y Deberes de la Persona y la Convención Americana sobre Derechos Humanos no mencionan directamente el derecho al ambiente sano y-o equilibrado, dado el momento histórico en que han sido formuladas y redactadas, ambas tratan los derechos humanos de una forma suficientemente laxa que permite, mediante una debida interpretación ontológica[75], la inserción en su rol.

De modo que, será el Protocolo de San Salvador[76] el instrumento regional que mencionará de manera expresa, por la primera vez el ambiente

[72] Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el pacto. Declaraciones y reservas. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Recuperado el 17 de enero de 2012, de <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>.

[73] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), *op. cit*.

[74] Cabe señalarque la Declaraciónsigue siendo importanteen el sistemainteramericano de derechos humanosya que tanto laComisión como la Cortede Derechos Humanos consideraque este instrumentocompromete a los EstadosMiembros de la OEAque no han ratificadola Convención de 1978. El 28 de marzode 2011, ocho países han firmadoo ratificado la Convención: Antigua yBarbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Guyana, Saint KittsyNevis, Santa Lucía, y San Vicente y Granadinas. Según informaciones disponible en el sítio de la ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Departamento de Derecho Internacional. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Recuperado el 17 de enero de 2012, de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>.

[75] El propio artículo 29.b de la Convención Americana de los Derechos Humanos prohíbe una interpretación restrictiva de su contenido.

[76] Adoptado por la Asamblea General de la OEA, en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, entró en vigor el 16 de noviembre de 1999. ORGANIZACIÓN

sano, como se puede observar mediante su artículo 11, que menciona claramente el "derecho a un ambiente sano" como parte integrante del rol de los derechos de toda persona a "vivir en un ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos", y el deber de los Estados-parte en promover la "protección, preservación y mejoramiento del ambiente".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, como parte integrante y pieza fundamental de la jurisdicción del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, posee una interesante y también importante casuística que demuestra como se viene materializando el ambiente como bien jurídico protegido en América Latina, principalmente.

Una de las primeras decisiones es la del Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, que tiene como uno de sus debates centrales el tema de la deforestación y uso insostenible de los recursos naturales hallados en las tierras ancestrales del pueblo Sumo. Este caso ha sido llevado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la cuestión indígena y ha generado una importante jurisprudencia, en especial la realtiva a la cuestión ambiental relacionada a los derechos humanos. En este caso, la Corte reconoció[77] no solo la existencia de un importante vínculo entre la tierra, la cultura y la cosmogonía del pueblo Sumo, sino también el derecho colectivo sobre las tierras que ocupan ancestralmente desde tiempos inmemoriales[78]. En ello, la Corte declaró la violación de los

DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Departamento de Derecho Internacional. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, sociales y culturales *"Protocolo de San Salvador" (1999).* Recuperado el 7 de enero de 2012, de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>.

77 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua, mérito, reparações e custas, sentença de 31 de Agosto de 2001*, série C n°66, §149. Recuperado el 7 de enero de 2012, de <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf>. "Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras".

78 "Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación

artículos 21 (derecho a la propiedad privada) y 25 (protección judicial), en conexión con los artículos 1° (obligación de respetar los derechos) y 2° (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Otro caso es el del *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*[79], en que también se ha relacionado pueblos tradicionales, no solo indígenas, sino *quilombolas*, pues los Saramaka son descendientes de los antiguos esclavos africanos traídos por los holandeses, y que huían hacia el interior del territorio, restableciendo su modo de vida tradicional africano en suelo americano. En este caso, la Corte ha aplicado estándares de pueblos indígenas, cf. la jurisprudencia asentada en el caso anterior del pueblo Sumo, a una población tradicional no-indígena. En el caso Saramaka, existe un mezcla de relaciones entre deforestación y acción minera, específicamente la prospección petrolera, en las tierras ancestralmente ocupadas por ellos, ambas sin consulta previa a las poblaciones afectadas por el emprendimiento extractivo.

En ello, la Corte hace valer el sistema de salvaguarda ya reconocido para la entrega y reparto de los beneficios por la explotación de los de recursos, delante del hecho de la compatibilidad entre el derecho a la tierra de las poblaciones tradicionales y pueblos indígenas y la propiedad estatal sobre los recursos naturales. De modo que la Corte se ha manifestado de forma que, si el Estado tiene la intención de explotar en la Amazonía, por

aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención – que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos –, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua". *Ibid*. § 149.

79 "La demanda somete a la jurisdicción de la Corte las presuntas violaciones cometidas por el Estado contra los miembros del pueblo Saramaka - una supuesta comunidad tribal que vive en la región superior del Río Surinam. La Comisión alegó que el Estado no ha adoptado medidas efectivas para reconocer su derecho al uso y goce del territorio que han ocupado y usado tradicionalmente; que el Estado ha presuntamente violado el derecho a la protección judicial en perjuicio del pueblo Saramaka al no brindarles acceso efectivo a la justicia para la protección de sus derechos fundamentales, particularmente el derecho a poseer propiedad de acuerdo con sus tradiciones comunales, y que el Estado supuestamente no ha cumplido con su deber de adoptar disposiciones de derecho interno para asegurar y respetar estos derechos de los Saramakas". CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007*, §2. Recuperado el 7 de enero de 2012, de <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>.

ejemplo, en una región que afecte poblaciones indígenas y-o tradicionales como los propios Saramaka, hay que hacer unos estudios y un informe de impacto ambiental que posibilite la participación en la toma de decisión y reparto justo de beneficios a las poblaciones concernida y, para ello, la Corte estableció una reordenación de la explotación de los recursos naturales[80].

En el *Caso Claude Reyes y Otros vs. Chile*[81], la Corte se ha visto frente a un caso en que estaban envueltos el derecho de propiedad y el derecho de información frente al Estado en relación con la contaminación. Uno más de los derechos que se ha abierto paso en su estrecha vinculación con los temas de ambiente y en general para la eficacia de un gran número de derechos, es el derecho a la información. Este derecho complementa o se vincula al clásico derecho de libertad de expresión y se encuentra contemplado el pacto de derechos civiles y políticos y en la Convención Americana sobre derechos humanos, pero hasta hace muy poco comenzó a llamar la atención sobre la importancia de su eficacia en diversos temas, tal como lo determinó la Corte.

Caso de la ComunidaddeSan Mateo de Huanchor y sus miembros vs. Perú[82], el caso se presentó a consideración de la Corte, que se ha declarado competente, en relación con los efectos que sufrían los miembros de la

[80] "En resumen, la Corte considera que las concesiones madereras que el Estado ha emitido sobre las tierras de la región superior del Río Surinam han dañado el ambiente y que el deterioro tuvo un impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales que los miembros del pueblo Saramaka han utilizado tradicionalmente, los que se encuentran, en todo o en parte, dentro de los límites del territorio sobre el cual tienen un derecho a la propiedad comunal. El Estado no llevó a cabo o supervisó estudios ambientales y sociales previos ni puso en práctica garantías o mecanismos a fin de asegurar que estas concesiones madereras no causaran un daño mayor al territorio y comunidades Saramaka. Además, el Estado no permitió la participación efectiva del pueblo Saramaka, de conformidad con sus tradiciones y costumbre, en el proceso de la toma de decisiones respecto de las concesiones madereras y, a su vez, los miembros del pueblo Saramaka no recibieron ningún beneficio de la extracción maderera en su territorio. Todo esto constituye una violación al derecho de propiedad de los integrantes del pueblo Saramaka reconocido en el artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento.". *Ibid.* § 154.

[81] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. Recuperado el 7 de enero de 2012, de <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf>.

[82] *Véase*: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe de Admisibilidad no. 69/04, petición 504/03, comunidad de San Mateo Huanchor y sus miembros vs. Perú de 15 de octubre de 2004.*

comunidad ocasionados por la contaminación ambiental originada por "la permanencia de una cancha de relaves de residuos tóxicos". Hubo medidas cautelares y los peticionarios alegaron violaciones a los derechos a la vida, a la integridad personal, libertad personal, protección a la honra y dignidad, libertad de asociación, protección a la familia, derechos del niño, a la propiedad, circulación y residencia, derechos políticos, igualdad ante la ley, protección judicial y el desarrollo progresivo de los derechos económicos sociales y culturales, todos ellos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En ello, la Corte reconoció la demanda colectiva, se refiriendo a "miembros de la comunidad".

En el caso *Kawas Fernández vs. Honduras*[83], la Corte declaró a Honduras responsable por la violación a los artículos 4° (derecho a la vida), 5° (derecho a la integridad personal), 8° (garantías judiciales), 25 (protección judicial) y 16 (libertad de asociación) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en perjuicio de Blanca Jeannette Kawas Fernández y sus familiares. El presente asunto, si bien no aludió a afectaciones al ambiente, sí está relacionado con el tema de la violencia, en ocasiones tolerada por los Estados, ejercida contra los defensores de las causas ambientales.

Por lo tanto, hasta el presente y teniendo en cuenta la interpretación de los textos interamericanos, así como otros instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos, cuya ratificación por la mayoría de los Estados de la región es tomada como una expresión de consenso sobre el contenido de los derechos humanos, que también fomenta una interpretación viva de la Declaración y de la Convención Americana, y la aplicación de un estándar más alto, que algunas veces representado por una norma interna, la Corte viene logrando construir una jurisprudencia sólida e innovadora, que permite la protección efectiva de los derechos humanos a un ambiente sano y equilibrado.

V CONSIDERACIONES FINALES

Los logros frente al desafío de conciliar e integrar el derecho ambiental, derecho internacional y derechos humanos parece estar dando frutos,

[83] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 3 de abril de 2009, serie C, n. 196. Recuperado el 17 de enero de 2012, de <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_196_esp.pdf>.

a pesar de las tendencias interpuestas por los obstáculos enfrentados con el reconocimiento cada vez más amplio por la disciplina del Derecho, del derecho a vivir en y disfrutar de un ambiente sano y equilibrado. Pero cabe aún reflexionar sobre las siguientes indagaciones: 1) ¿Por qué es necesario formular un nuevo Derecho? y 2) ¿Porqué desde la Academia cierta vertiente doctrinaria exige un control de calidad de este nuevo Derecho?

Este nuevo derecho debe ser universal, pero aún se cree que el problema en no considerarlo de esta manera, reside en el hecho de que los estándares ambientales son variados y cambian de país a país y de región a región del planeta. *Ad argumentadum tantum*, si este Derecho no es capaz de contar con un contenido universal porque las condiciones – compuestas por los estándares ambientales y niveles tecnológicos y de desarrollo- no son las mismas, ¿qué hacer frente a ello? Nuestra propuesta se ubica en la utilización de las herramientas dispuestas por el Derecho Ambiental Internacional para tratar que sus principios conformen unos mínimos a ser protegidos por los Estados, y cuando uno de ellos no fuera observado, se deberán definir las maneras de sancionar dichas acciones.

¿Cuál es el contenido de este nuevo derecho? ¿Se debe permitir a los procesos legislativos nacionales determinarlo solo mediante derechos subjetivos de los Derechos Internos? Eso significaría dejar que las Cortes y Tribunales nacionales actuasen cf. cada caso en particular, y en estos casos, ¿quiénes se benefician y se obligan? ¿Cómo se puede monitorear la implementación de este nuevo derecho al ambiente sano y equilibrado? *In summa*, ¿cómo se puede medirlo o estandarizarlo?

Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales son individuales y colectivos *per se*; pero si se puede reconocer la universalidad ambiental, el hecho de que las alusiones directas al ambiente se encuentren entre los instrumentos de derechos económicos, sociales y culturales, puede generar un desarrollo de veras positivo sobre la eficacia y justiciabilidad de ese grupo de derechos.

La participación ciudadana, más allá de materializar uno de los principios fundamentales del Derecho ambiental, es decir, el principio de participación aún puede ser considerado el talón de Aquiles de la implementación efectiva de una jurisdicción internacional en materia ambiental. Ello se corrobora con la expansión del Convenio de Aarhus, más allá de las fronteras europeas, y la participación ciudadana en casos ambientales en Cortes y Tribunales Internacionales como es el caso de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de los De-

rechos Humanos. Un ejemplo práctico de ello a nivel regional es la adopción del Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la ONU, mediante la Resolución A/RES/63/117, el 10 de diciembre de 2008, y que llega con la ambición de regular un sistema de peticiones o quejas internacionales en temas ambientales.

Los derechos económicos, sociales y culturales que se han desarrollado durante toda la segunda mitad del siglo XX combatiendo innúmeras tentativas de vaciamiento, sin embargo, sus raíces les proporcionan la robustez necesaria para no permitirlo. Como diría Cançado Trindade, no se pueden admitir "subterfugios eufemísticos"[84] para quitarles importancia y, las tentativas en este sentido, son como golpes en el aire, y gritos sin eco; de manera que considerar el derecho a un ambiente sano, o saludable, y equilibrado como un derechos de segunda categoría, con base en el débil argumento de tratarse de un derecho progresivo y de larga aplicabilidad es insensato, y es postergar, y eludir su protección de manera irresponsable, pues se requieren soluciones que deben ser tomadas inmediatamente, frente a la crisis del actual sistema que pone en riesgo la permanencia de la especie humana en este Planeta.

El derecho al ambiente sano sí es un derecho humano fundamental, pues está vinculado a la vida, no solo individualmente, sino también a la vida de toda humanidad en este planeta, como se ha pretendido demostrar a través de esta presentación.

REFERENCIAS

ALMEIDA, I., *El Estado Plurinacional – valor histórico e libertad política para los indígenas ecuatorianos,* Abya Yala, Quito, 2008.

BAUDRILLARD, J., *La société de consommation, ses mythes, ses structures*, Éditions Denoël, París, 1970.

BECK, U., *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a.M., 1986.

BOBBIO, N., *L'Età dei diritti*, 3ª edición, Einaudi, Turín, 1997.

[84] CANÇADO TRINDADE, A. A., "La expansión del contenido material del *jus cogens*", en *XXXIV Curso de Derecho Internacional, Aspectos jurídicos del desarrollo regional*, Rio de Janeiro, OEA, 30 de julho-24 de agosto de 2007. Recuperado el 17 de diciembre de 2011, de <http://www.oas.org/DIL/esp/XXXV_curso_La_ampliaci%C3%B3n_del_contenido_material_del_jus_cogens_Antonio_A_Can%C3%A7ado_Trindade.pdf>.

BOLIVIA. (2009). Nueva Constitución. Recuperado el 30 de diciembre de 2011, de <http://www.patrianueva.bo/constitucion/>.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de Leis e Outras Proposições. PL 30/2011. Recuperado el 30 de diciembre de 2011, de <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490928>

CANÇADO TRINDADE, A. A., "La expansión del contenido material del *jus cogens*", en *XXXIV Curso de Derecho Internacional, Aspectos jurídicos del desarrollo regional*, Rio de Janeiro, OEA, 30 de julio a 24 de agosto de 2007. Recuperado el 17 de diciembre de 2011, de <http://www.oas.org/DIL/esp/XXXV_curso_La_ampliaci%C3%B3n_del_contenido_material_del_jus_cogens_Antonio_A_Can%C3%A7ado_Trindade.pdf>.

CANÇADO TRINDADE, A. A., *A proteção internacional dosdireitoshumanos*: *fundamento*s *jurídico*s *e instrumento*s *básico*s, Saraiva, São Paulo, 1991.

CANÇADO TRINDADE, A. A., "La expansión del contenido material del *jus cogens*", en *XXXIV Curso de Derecho Internacional, Aspectos jurídicos del desarrollo regional*, Rio de Janeiro, OEA, 30 de julio a 24 de agosto de 2007. Recuperado el 17 de diciembre de 2011, de <http://www.oas.org/DIL/esp/XXXV_curso_La_ampliaci%C3%B3n_del_contenido_material_del_jus_cogens_Antonio_A_Can%C3%A7ado_Trindade.pdf>.

CANÇADO TRINDADE, A. A., "The contribution of international human rights law to environmental protection, with special reference to global environmental change", en BROWN WEISS, E. (ed.), *Environmental change and international law: new challenges and dimensions,* United Nations University Press, Tokyo, 1992.

CAPRA, F., *La trama de la vida. Una nueva perspectiva de los sistemas vivos*, trad. David Sempau, Barcelona, Colección Argumentos, Anagrama, 1996.

CARMONA TINOCO, J. U., "Aproximaciones sobre el derecho internacional de los derechos humanos y su vinculación con la eficacia del derechos a un ambiente saludable", en CARMONA TINOCO, J. U.; HORI FOJACO, J. M. (coords.), *Derechos Humanos y Ambiente*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 535, y Secretaría de Ambiente y Recursos Naturales, México, 2010.

CARSON, R., *Primavera Silenciosa*, Crítica, Biblioteca de Bolsillo, Barcelona, 2005.

CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Constitución (1990). Recuperado el 30 de diciembre de 2011, de <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/index_html>.

COLOMBIA. Gobierno. Banco de la República. Constitución Política de Colombia (1999). Recuperado el 30 de diciembre de 2011, de <http://www.banrep.gov.co/regimen/resoluciones/cp91.pdf>.

COMTE, A., *Discours sur l'ensemble du positivisme*, Flammarion, París, 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. Recuperado el 7 de enero de 2012, de <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua.* Mérito, reparações e custas. Sentença de 31 de Agosto de 2001, série C n°66, §149. Recuperado el 7 de enero de 2012, de <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam.* Sentencia del 28 de noviembre de 2007, § 2.Recuperado el 7 de enero de 2012, de <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 3 de abril de 2009, serie C, n. 196. Recuperado el 7 de enero de 2012, de <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_196_esp.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*. Informe de Admisibilidad no. 69/04, petición 504/03, comunidad de San Mateo Huanchor y sus miembros vs. Perú de 15 de octubre de 2004.*

CUNHA FILHO, C. M., "Evo Morales e a construção do novo bloco histórico", en *Rev. OIKOS*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2/2011, p. 150-173. Recuperado el 30 de diciembre de 2011, de <http://www.revistaoikos.org/seer/index.php/oikos/article/view/257/157>.

DA MAIA, C., "Le *jus cogens* dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme", en HENNEBEL, L. ; TIGROUDJA, H. (Dirs.), *Le cinquantième anniversaire de l'adoption de la Convention américaine des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruselas, 2009.

DALLA VIA, A. R., "Derecho ambiental en Argentina: la reforma constitucional de 1994 y el ambiente", en RUIZ-RICO RUIZ, G. (Coord.), *Derecho comparado del ambiente y de los espacios naturales protegidos*, Comares, Granada, 2000.

DE SCHUTTER, O.*, International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

DIEGUES, A. C., *O Mito moderno da natureza intocada*, Hucitec, São Paulo, 2004.

DOBSON, A., Justice *and the Environment. Conceptions of Environmental Sustainability and Dimensions of Social Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

DONNELY, J., "The Relative Universality of Human Rights", *Human Rights Quarterly*, num. 29, v. 2, Johns Hopkins University Press, 2007.

ECUADOR. Gobierno. Asamblea Nacional. Constitución (2008). Recuperado el 30 de diciembre de 2011, de <http://asambleanacional.gob.ec/leyes-asamblea-nacional.html>*.*

ESPAÑA. Boletín Oficial del Estado (BOE). *Constitución Española (1978).* Recuperado el 28 de diciembre de 2011, de <http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>.

GEORGETOWN UNIVERSITY. Political Database of the Americas (PDBA)."Constitutions and Comparative Constitutional Study". Recuperado el 28 de diciembre de 2011, de <*http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/brazil.html*>.

GOMES CANOTILHO, J. J.; MORATO LEITE, J. R. (Coords.), *Direito constitucional ambiental brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 2007.

HAYWARD, T., *Constitutional Environmental Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

HERNÁNDEZ POZO, I. (2007). "Del constitucionalismo moderno al constitucionalismo ambiental y su influencia en Cuba". Recuperado el 28 de diciembre de 2011, de <http://www.gestiopolis.com/administracion-estrategia/constitucionalismo-ambiental-y-su-influencia-en-cuba.htm>.

JARIA I MANZANO, J., *Being Fairer to People and Nature: An Attempt to Re-Build the Idea of Environmental Justice. La garantía jurídica de la vertiente intergeneracional de la justicia ambiental como aspecto social del desarrollo sostenible*, Ministerio de Ciencia e Innovación, Madrid, 2011.

JARIA I MANZANO, J., *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*. Colección Alternativa, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2011a.

KISS, A. C. ; BEURIER, J. P., *Droit International de l'Environnement*, Pedone, París, 2004.

MEADOWS, D.; RANDERS, J.; MEADOWS, D. (2004). "Limits to growth: the 30th year update". Recuperado el 23 de diciembre de 2011, de <http://developpementdurable.revues.org/4422?&id=4422#authors>.

MESA CUADROS, G., *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad: concepto y fundamento de nuevas demandas y resistências actuales hacia el 'Estado ambiental de Derecho'*, 3ª edición, Unijus, Bogotá, 2013.

MÉXICO. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Recuperado el 30 de diciembre de 2011, de <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9>.

OLIVEIRA DO PRADO, R. C., "Direitos humanos, povos indígenas e desenvolvimento na expansão da fronteira agrícola na Amazônia brasileira", en *Rev. Direito Econ*. *Socioambiental*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 207-251, jan./jun. 2011.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Programa de las Naciones Unidas para el Ambiente (PNUMA). Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente Humano (1992). Versión oficial en lengua inglesa disponible en: <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=97>. Recuperado el 28 de diciembre de 2011.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convenio Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático (1992). Recuperado el 29 de diciembre de 2011, de <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992). Recuperado el 30 de diciembre de 2011, de <*http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf*>.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente Humano, hecha en Estocolmo (1972). Recuperado el 16 de diciembre de 2011, de <*http://www.prodiversitas.bioetica.org/doc89.htm*>.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración de Rio sobre el Ambiente y el Desarrollo (1992). Recuperado el 29 de diciembre de 2011, de <http://www.un.org/esa/dsd/agenda21_spanish/res_riodecl.shtml>.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración universal de los Derechos Humanos (1948). Recuperado el 28 de diciembre de 2011, de <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Recuperado el 12 de diciembre de 2011, de <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH). Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Recuperado el 29 de diciembre de 2011, de <http://www.unicef.org/spanish/crc/index_30160.html>.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Recuperado el 7 de enero de 2012, de <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. (1987). "Report of the World Commission on Environment and Development". Recuperado el 29 de diciembre de 2011, de <http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. UNTreaty.Vienna Convention on the Law of Treaties (1969).Recuperado el 20 de diciembre de 2011, de <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf>.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *AG/RES. 1591 (XXVIII-O/98)*, la Asamblea General, 2 de junio de 1998.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Departamento de Derecho Internacional. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Recuperado el 7 de enero de 2011, de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Departamento de Derecho Internacional. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, sociales y culturales *"Protocolo de San Salvador"*(1999). Recuperado el 7 de enero de 2012, de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO(OIT). *Peuples indigènes et tribaux: conventions.*Recuperado el 29 de diciembre de 2011, de <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/lang--fr/index.htm>.

PECCEI, A. "The Club of Rome: Agenda for the End of the Century (1984)". Recuperado el 12 de noviembre de 2011, de <http://www.clubofrome.at/peccei/files/agenda.pdf>.

PERÚ. Gobierno. Congreso. Constituciones de Perú. Recuperado el 28 de diciembre de 2011, de <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1979.pdf>.

PERÚ. Tribunal Constitucional. Constitución Política del Perú (2000). Recuperado el 28 de diciembre de 2011, de <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>.

PORTUGAL. Diário da República Electrónico. Constituição da República Portuguesa (1976). Recuperado el 28 de diciembre de 2011, de <http://dre.pt/comum/html/legis/crp.html>.

RAMÍREZ ARRAYÁS, J. A., "El sistema constitucional ambiental: elementos caracterizadores del caso chileno", en *Revista de derecho público*, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, núm. 65, 2003.

ROSA MORENO, J., "El Derecho ambiental en Latinoamérica", en REAL FERER, G. (Coord.), *Integración económica y ambiente en América latina*, McGraw-Hill, Madrid, 2000.

SEILER, H., "Staats- und Verwaltungsrechtliche Frage der Bewertung technischer Risiken, insbesondere am Beispiel des Vollzugs von Artikel 10 Umweltschutzgesetz", *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV),* v. 1/1994, Stämpfli Verlag, Berna, 1994.

SHELTON, D., *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

SIMMA, B. *et al.* (dir.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2002.

SIMMA, B., *Curso general sobre el impacto de los Derechos Humanos sobre el Derecho Internacional. Academia de Derecho Internacional de La Haya*, Sesión del verano 2009.

ULL PON, E. J., "La defensa del ambiente en la Constitución", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 5, Nueva Época, sep.-oct., 1978.

VERNET, J.; JARIA I MANAZANO, J., "El Derecho a un Ambiente Sano: Su Reconocimiento en el constitucionalismo comparado y el Derecho Internacional". Recuperado el 14 de diciembre de 2011, de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:TeoriayRealidadConstitucional2007-14&dsID=dcho_medio.pdf>.

VIÑUALES, J. E., "The Contribution of the International Court of Justice to the Development of International Environmental Law: A Contemporary Assessment", en *Fordham International Law Journal*, v. 32, Issue 1 2008, Article 14.

10

YASUNÍ Y LOS DERECHOS COLECTIVOS INDÍGENAS EN EL ECUADOR

Malka San Lucas Ceballos

Abogada por la Universidad de Especialidades Espíritu Santo (UEES), de Guayaquil, Ecuador. Máster en Derecho Ambientalpor la Universitat Rovira i Virgili, de Tarragona, España. Investigadora del CEDAT-URV. Becaria predoctoral AGAUR-GENCAT. Universitat Rovira i Virgili (URV).
malkaandrea.sanlucas@urv.cat

Alberto Acosta

Economista ecuatoriano. Profesor e investigador de la FLACSO. Ministro de Energía y Minas, enero-junio 2007. Presidente de la Asamblea Constituyente y asambleísta, octubre 2007-julio 2008. Candidato a la Presidencia de la República, septiembre 2012-febrero 2013.
alacosta48@yahoo.com

1 INTRODUCCIÓN

Ecuador es un país petrolero y a la vez un país plurinacional y culturalmente diverso. Se trata de un país geográficamente pequeño pero de una gran riqueza natural, la cual a veces podría llegar a considerarse como una maldición para su población. En la era en la que vivimos, una era caracterizada por la competencia exacerbada por el acceso a los recursos naturales, la justicia social y los derechos de aquellas poblaciones que dependen directamente de ellos y que habitan zonas de alta vulnerabilidad se ven claramente afectados.

El Parque Nacional Yasuní (PNY) es un espacio sometido a la extracción petrolera, se encuentra ubicado en una zona estratégica para el Ecuador en materia energética así como para la conservación de la Amazonía. El Estado en su afán de satisfacer la necesidad energética y sostener las finanzas y la economía del país, promueve el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables tales como el petróleo, lo que ha implicado las degradaciones ambientales en todo el país, pero especialmente en la Amazonía, por la coincidencia de zonas mega diversas con las instalaciones petroleras.

Las actividades extractivas de petróleo desarrolladas en la Amazonía ecuatoriana generan por lo tanto impactos que afectan las áreas naturales protegidas y los pueblos que las habitan. Con estos antecedentes surge el interrogante de qué pueden hacer estos pueblos para ser tomados en consideración e incidir en las estructuras de toma de decisión que afectan la disponibilidad de los recursos de los que dependen y alteran el medio en el que viven.

Así mismo, en la región amazónica la actividad petrolera ha incidido en la extinción de las actividades económicas de las poblaciones locales provocando el desplazamiento de poblaciones indígenas y en el peor de los casos pudiendo llegar a ponerlas en peligro de extinción.

El presente artículo tiene por objeto el análisis de la situación de la extracción petrolera en el en el PNY y el cómo esta afecta a la comunidades que lo habitan con énfasis en los derechos colectivos indígenas. La normativa internacional y nacional vigente exige y regula tanto la protección de los grupos humanos como la conservación de los ecosistemas y la biodiversidad. En el régimen ecuatoriano se incluyen las normas sobre derechos colectivos de los pueblos indígenas, las leyes y reglamentos nacionales sobre protección ambiental, áreas protegidas, y los Derechos de la Naturaleza y la actual Constitución que refuerza y profundiza en estos aspectos.

2 LA EXTRACCIÓN PETROLERA EN EL ECUADOR: ¿QUIÉN GANA Y QUIÉN PIERDE?

Las actividades petroleras en el Ecuador se desarrollan principalmente en la Región Amazónica y es por esto que representan altos riesgos ambientales y sociales para las poblaciones locales, en particular para los pueblos indígenas y la explotación en el PNY no ha sido ni es la excepción.

2.1 El petróleo en Ecuador

Las primeras exploraciones petroleras con contratos representativos en la Amazonía ecuatoriana empezaron en los años 1930. Sin embrago, estas exploraciones implicaron muy poca extracción a causa del aislamiento geográfico de la zona y la fuerte oposición de las comunidades indígenas[1]. Además, en esa época el petróleo ecuatoriano no era muy atractivo en comparación con los yacimientos disponibles en otros lugares del planeta.

El proceso extractivo petrolero en el nororiente ecuatoriano en sí, lo inicia TEXACO hacia el año 1967 cuando esta empresa desarrolla el primer yacimiento denominado Lago Agrio. En el año 1972 fluye por primera vez el petróleo por el oleoducto transecuatoriano hacia el puerto de Balao en Esmeraldas y en agosto de ese mismo año zarpa el buque Ana Cortez de esa empresa con el primer cargamento de petróleo amazónico hacia los mercados mundiales[2]. A partir ese año, Ecuador se convierte en un país exportador de petróleo, y desde ese momento la economía del país empezó a girar en torno a este producto.

Comenzó entonces un período en el que el objetivo principal era consolidar la propiedad estatal sobre las riquezas existentes en el subsuelo, objetivo que se tradujo incluso en la legislación que se aprobó en su momento con la cual se pretendió reforzar el papel de las instituciones públicas tales como la constitución de la empresa petrolera estatal ecuatoriana, Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (CEPE) en ese entonces, actualmente PETROECUADOR. Siguiendo esta misma línea los contratos de

1 CERTOMÀ, C.; GREYL, L., "Nonextractive Policies as a Path to Environmental Justice? The Case of the Yasuni Park in Ecuador", en *New Political Spaces in Latin American Natural Resources Governance,* Palgrave MacMillan, Nueva York, Estados Unidos, 2012, p. 200.

2 NARVÁEZ, I., *Petróleo y poder: el colapso de un lugar singular Yasuní,* FLACSO-GTZ, Quito, Ecuador, 2009, p. 91.

explotación petrolera fueron renegociados y el 80% de las áreas que se habían entregado en concesiones se transfirieron nuevamente al Estado[3].

De esta forma en los años setenta, Ecuador entró de lleno en el mercado mundial. Continuó exportando materias primas (banano, cacao, café, etc.) pero además los ingresos producidos por las exportaciones petroleras crecieron de manera exponencial. "La explotación de crudo constituyó el revitalizador de la economía, otorgándole a Ecuador la imagen de "nuevo rico"."[4].

Sin embargo, este boom petrolero de los años 70 en Ecuador, liderado por TEXACO, no solo no cumplió con las expectativas de desarrollo para el país, sino que convirtió Ecuador en un país dependiente, en crisis y con las tasas de contaminación y empobrecimiento más altas de la región[5]. El aceptar el ingreso fácil de capitales implicó a su vez el masivo endeudamiento externo del país. El monto de la deuda externa ecuatoriana creció en casi 22 veces: de 260,8 millones de dólares al finalizar 1971 a 5.868,2 millones al concluir el año 1981. Es decir, del 16% del PIB en 1971, al 42% del PIB en 1981[6].

Con la posterior liberalización de la economía nacional, se promueven las inversiones privadas, especialmente en el sector petrolero. En el año 1987, casi 15 años después de la nacionalización de la industria petrolera, la legislación sobre la materia fue modificada y se redujeron de manera significativa las funciones de la empresa estatal del ramo. En este sentido, la participación estatal en las ganancias petroleras se redujo a entre un 15 y 30%, dependiendo de lo que se estipulara en los contratos con las diferentes compañías petroleras. La liberalización de las políticas petroleras ha dado lugar a la organización de diferentes rondas petroleras que han llevado a la división del 67% de la Amazonía ecuatoriana en bloques petroleros[7]. Y en la actualidad dicha frontera se amplía con la XI Ronda Petrolera en marcha, que engloba el sur de la Amazonía, a más de la controvertida

3 GUZMÁN-GALLEGOS, M. A., "The Governing of Extraction, Oil Enclaves, and Indegenous Responses in the Ecuadorian Amazon"en *New Political Spaces in Latin American Natural Resources Governance,* Palgrave MacMillan, Nueva York, Estados Unidos, 2012, p. 158.

4 ACOSTA, A., *La Maldición de la Abundancia*, Ediciones Abya-Yala, Quito, Ecuador, 2009, p. 40.

5 AMAZONÍA POR LA VIDA, *Yasuní, más de 100 buenas razones para no sacar el petróleo*, Esperanza Martínez (editora), Manthra Ediciones, 2008.

6 ACOSTA, A. (2009). *Op. cit.* p. 41.

7 GUZMÁN-GALLEGOS, M. A. (2012). *Op. Cit.* p. 158-159.

decisión presidencial, del 15 de agosto del presente año, para explotar el crudo del ITT (Ischpingo, Tambococha, Titutini).

A pesar del cambio de enfoque, de uno completamente estatal a uno abierto a la inversión privada las consecuencias siguieron siendo las mismas. La bonanza motivada por el petróleo representaba la mayor cantidad de divisas que el país había recibido jamás, pero al aparecer así de forma masiva y relativamente inesperada, se acumuló sobre las estructuras previas y reproduciendo a una escala aún mayor las antiguas diferencias. El salto cuantitativo llevó al Ecuador a otro nivel de crecimiento económico no esperado pero, al no corresponderse a una transformación cualitativa similar, en poco tiempo se cristalizó en "el mito del desarrollo" ya que junto con los ingresos petroleros y el endeudamiento externo, llegaron otros problemas característicos de situaciones como esta de un auge primario-exportador inesperado, que constituyen lo que se conoce como la "enfermedad holandesa". Se trata de una especie de virus que infecta al país exportador de materia prima, cuando su elevado precio o el descubrimiento de nuevas fuentes o yacimientos desatan un boom de exportación primaria[8].

De esta forma, como cualquier otro país que depende del petróleo Ecuador rápidamente dejó de invertir en otras fuentes de energía debido a su gran dependencia en las ganancias procedentes del petróleo. Los efectos perjudiciales de la extracción petrolera en el medio ambiente, en la economía y en las condiciones sociales, implicaron cambios socioeconómicos significativos casi imposibles de revertir desencadenando en inseguridad e inestabilidad política y económica para el país[9].

Siguiendo este modelo, en Ecuador los últimos treinta y cinco años se han extraído aproximadamente 4200 millones de barriles de petróleo y los ingresos petroleros han representado aproximadamente un 36% del presupuesto general del Estado. Se estima que entre 1972 y 2011 los gobiernos dispusieron de alrededor de 135 mil millones de dólares generados por este proceso extractivo. Hasta el año 2007 hasta un 80% de la extracción bruta realizada por las empresas transnacionales les pertenecía. Todo este proceso ha favorecido únicamente a las empresas previamente mencionadas y a los intereses de los grupos hegemónicos y ha afectado negativamente a la naturaleza sin colaborar con el desarrollo social[10].

8 ACOSTA, A. (2009). *Op. Cit.* p. 40. AMAZONÍA POR LA VIDA. (2008). *Op. Cit.*

9 CERTOMÀ, C. GREYL, L. (2012). *Op. cit.* p. 200.

10 NARVÁEZ, I., "Yasuní y derechos colectivos indígenas en el Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional, ecuatoriano", en *Retos y Amenazas en*

En los últimos años se podría decir que la situación petrolera se ha revertido en cuanto a cuestiones de poder y manejo. Bajo el actual gobierno del presidente Correa, en el año 2007 las empresas privadas controlaban el 50% de la extracción petrolera, pero en el año 2011 esto se redujo a un 30%. De esta forma el gobierno ha retomado el control de la explotación de este recurso privilegiando a las empresas estatales ante las internacionales. A pesar de que la industria petrolera no se encuentre en un estado de expansión significativa, sigue siendo sector central de la economía ecuatoriana en la cual la exportación de materia prima representa cerca del 54% del total de los ingresos recibidos por exportaciones. La diversificación de las fuentes de ingresos del país sigue siendo muy escasa mientras que las inequidades sociales, étnicas y regionales son muy altas. Varios son los estudios que han demostrado que aunque las exportaciones de recursos naturales aumenten son muy pocas las fuentes de trabajo que se generan y la distribución de los ingresos es inequitativa[11].

Por todo lo anteriormente expuesto, se puede concluir que "el petróleo es un factor eco-geopolítico que ha incidido en la construcción del espacio amazónico fomentando su desterritorialización…vaciándolo de contenido cultural, hasta el punto de poner en riesgo el proceso identitario indígena y la sobrevivencia física de los grupos más vulnerables"[12].

2.2 Yasuní, petróleo, biodiversidad y pueblos indígenas

El Yasuní fue declarado como Parque Nacional el 20 de noviembre de 1979[13]. Es el área protegida más grande del Ecuador continental con un área de 982 000 hectáreas (ha) y, es considerado una de las zonas de mayor diversidad genética del planeta, debido a que el número y variedad de especies que alberga es superior al de cualquier otro ecosistema terrestre[14]. El Yasuní, ubicado en las provincias de Pastaza y Orellana, cuenta con

Yasuní, Anita Krainer y María Fernanda Mora (compiladoras), FLACSO-WCS, Quito, Ecuador, 2011, p. 22.

11 CERTOMÀ, C.; GREYL, L. (2012). *Op. Cit.* p. 200-201. NARVÁEZ, I. (2009). *Op. Cit.* p. 91.

12 NARVÁEZ, I. (2011). *Op. Cit.* p. 24.

13 Declarado mediante Acuerdo Interministerial Nº 0322 del 26 de julio de 1979, publicado en el Registro Oficial Nº 69 de 20 de noviembre de 1979.

14 RIVADENEIRA-ROURA, C., "Región Amazónica. Amazonía Norte. VI. Parque Nacional Yasuní", en ECOLAP y MAE. 2007. Guía del Patrimonio de Áreas Naturales Protegidas del Ecuador, ECOFUND, FAN, DarwinNet, IGM, Quito, Ecuador, 2007, p. 234.

una posición biogeográfica única en el planeta, donde especies de plantas vasculares, anfibios, aves y mamíferos alcanzan las máximos índices de diversidad. De acuerdo con el Plan de Manejo del PNY, el Yasuní constituye el área protegida del Ecuador con mayor biodiversidad de anfibios, reptiles, mamíferos y posiblemente de peces, plantas e invertebrados; es también la segunda área más importante del país en diversidad de aves y una de las dos áreas protegidas más importantes de Sudamérica junto con Manú – Perú; destacándose, además, el hecho de que por su extensión el PNY permite albergar poblaciones saludables y estables de cualquier especie, a lo largo del tiempo[15].

Pero, además de ser un área de una gran importancia biológica, cuenta con una gran diversidad en materia étnica, en él habitan diversos grupos indígenas tales como los Huaoraní, los pueblos no contactados en aislamiento voluntario como los Tagaeri y los Taromenane, los Kichwa, los Shuar y otras comunidades locales.

En 1989, el PNY y gran parte de la zona adyacente correspondiente a la "Reserva Étnica Huaoraní" pasaron a formar parte de la Reserva Mundial de la Biosfera del Programa del Hombre y de la Biosfera (MAB, por sus siglas en inglés, Man and Biosphere Reserve Program) de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

Desde su creación, el PNY ha sido motivo de controversia a consecuencia del descubrimiento de yacimientos petroleros en su subsuelo. Es así como en el año 1986, CEPE firmó contratos para explorar/explotar petróleo en el PNY en tres bloques dentro del mismo, los bloques 14, 16 y 17. Con estos contratos empezaron las críticas a nivel nacional e internacional ya que con estas actividades se ponían en riesgo territorios indígenas huaoraní, atentando contra sus formas sociales, económicas y culturales, mediante la colonización, deforestación, reducción de los espacios para la caza, además de los claros efectos adversos que se producirían en el área[16].

[15] Instituto Ecuatoriano Forestal y de Áreas Naturales y Vida Silvestre (INEFAN) y Dirección Nacional de Áreas Naturales y Vida Silvestre (DNANVS) (1998). Plan Maestro para la Protección de la Biodiversidad Mediante el Fortalecimiento del Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Plan de Manejo del Parque Nacional Yasuní. Aprobado mediante Resolución Ministerial No. 103 de 30 de diciembre de 1999 del Ministerio del Ambiente. Registro Oficial Suplemento Nº 360 de 13 de enero del 2000. p. 43.

[16] ANDRADE MENDOZA, K., "El Parque Nacional Yasuní y la Iniciativa Yasuní-ITT frente a la explotación petrolera. ¿Conservación o Explotación?", en *Retos y Amenazas en Yasuní*, Anita Krainer y María Fernanda Mora (compiladoras), FLACSO-WCS, Quito, Ecuador, 2011, p. 48-49.

Como consecuencia de las presiones y críticas, en el año 1990, se creó el territorio huaoraní, con la adjudicación de 678.220 ha a este pueblo indígena. Sin embargo, esta situación no que fue definida como un triunfo para el grupo huaoraní no lo fue en materia de medio ambiente y en realidad tampoco para esta población, ya que en la práctica lo que se consiguió fue facilitar las actividades petroleras en el parque. En realidad, gran parte de este territorio huaoraní se encuentra en bloque 16. De esta forma podemos constatar que al dejar de ser área protegida y haberse definido como territorio indígena, se perdió mucho. Para los parques existe la tutela constitucional, legal y de Derecho internacional que busca evitar la extracción de recursos, mientras que los territorios indígenas carecen de esta tutela y es así cómo se procedió a separar el campo petrolero del parque en sí. Lo anteriormente expuesto nos demuestra cómo se ha manipulado la categoría de protección del territorio para cometer ilegalidades y maniobras que lo que han conseguido es degradar cada vez más el territorio[17].

Posteriormente, en 1999, una parte del PNY fue declarada por el gobierno ecuatoriano como "zona intangible" (ZI), por su excepcional importancia natural y biológica y, consecuentemente, se prohíben las actividades extractivas, mineras y de explotación de madera, así como cualquier otra actividad humana, que pudiera implicar el riesgo de la integridad cultural y biológica de las zonas declaradas como tales, ya que son de importancia no solamente regional o nacional, sino también mundial. Mediante la declaratoria de zona intangible se pretende proteger los ecosistemas pero reconocer al mismo tiempo el papel y los derechos de las comunidades nativas, quienes forman parte de estas zonas y que a través del tiempo han protegido y gestionado este entorno, en el caso del Yasuní, el pueblo Huaoraní[18], además de buscarse la protección de los pueblos en aislamiento voluntario Tagaeri y Taromenani.

La declaración de la ZI anuló uno de los bloques petroleros que se habían constituido, el bloque 32 y puso bajo custodia los territorios circundantes al mismo. Sin embargo, la declaratoria de ZI no cuenta con un

[17] ANDRADE MENDOZA, K., "El Parque Nacional Yasuní y la Iniciativa Yasuní-ITT frente a la explotación petrolera. ¿Conservación o Explotación?", en *Retos y Amenazas en Yasuní*, Anita Krainer y María Fernanda Mora (compiladoras), FLACSO-WCS, Quito, Ecuador, 2011, p. 48-49.

[18] Creación de "zona intangible" mediante Decreto Ejecutivo Nº 552 del 29 de enero de 1999, publicado en el Registro Oficial Suplemento Nº 121 de 2 de febrero de 1999.

cuerpo o instrumento legal que la respalde. Se declaró como tal a partir de un Decreto Ejecutivo y al no contar con ninguna otra herramienta se ha llegado a temer que una revocatoria pudiera dar lugar a la reanudación de actividades en el antiguo bloque existente o a la creación de nuevos bloques en las zonas aledañas[19].

A partir de lo anteriormente expuesto se puede deducir que a pesar de la existencia de un marco institucional y legal para la protección de las áreas protegidas en el Ecuador la exploración y explotación se ha hecho presente en los bosques tropicales y áreas protegidas y frágiles como el PNY no han sido la excepción. Ni la declaración de la ZI o la del Parque Nacional en sí han podido modificar las políticas extractivas en la Amazonía. Con la expansión de la frontera petrolera el territorio del Yasuní se ha dividido hasta el momento en seis bloques de explotación: 14, 15, 16, 17, 31 y el bloque ITT[20]. Este último responde al área cubierta por la propuesta denominada Iniciativa Yasuní-ITT, que fracasó en manos del propio gobierno que la propuso.

La Iniciativa Yasuní-ITT es una propuesta que nació de la sociedad civil y que fue presentada, que consiste básicamente en mantener el crudo del campo ITT, indefinidamente bajo tierra, a cambio de la cooperación económica de la comunidad internacional, aportando por lo menos con lo equivalente a la mitad de las utilidades que recibiría el Ecuador en caso de explotar el crudo o mediante los mercados de carbono. La Iniciativa tiene como objetivos principales respetar el territorio de las comunidades indígenas que viven en el Yasuní, combatir el cambio climático evitando la emisión de 407 millones de toneladas métricas de Dióxido de Carbono (CO2) a la atmósfera y, proteger el parque y su biodiversidad.

En el caso del petróleo descubierto en ITT, la situación no ha sido muy distinta a la descrita previamente para otros bloques y en general para la Amazonía ecuatoriana aunque a raíz de la Iniciativa podría parecer que sí. Durante décadas el Estado promovió la futura explotación del ITT que contiene un 30% de las reservas petroleras totales del Ecuador.

En un principio se quería la explotación de estos recursos a cualquier costo, sin embargo, por falta de recursos y una fuerte oposición al considerarse esta zona el corazón del PNY las negociaciones de exploración y explotación no se llegaron a concretar a lo largo del tiempo. Adicionalmente, precisamente este bloque, ITT, ubicado al noreste del Parque, limita hacia

[19] ANDRADE MENDOZA, K. (2011). *Op. cit.* p. 50.

[20] CERTÓMÀ, C.; GREYL, L. (2012). *Op. cit.* p. 202.

el sur con la ZI. En el año 2004, durante el gobierno del ex mandatario, Lucio Gutiérrez, se comenzó a hablar abiertamente sobre las grandes reservas de petróleo que albergaba el Bloque ITT y se presentó un proyecto de explotación del campo que por 10 años no había podido consolidarse. En ese momento, hubo incluso negociaciones con Estados Unidos y Brasil con las compañías Global Petroleum y Petrobras respectivamente[21]. Las negociaciones y presiones por la explotación del bloque ITT continuaron durante el gobierno de Alfredo Palacio en el año 2005 y también en el 2006 con el entonces electo, pero no posesionado, Rafael Correa.

No es sino hasta el año 2007 cuando comienzan las divergencias entre PETROECUADOR y el entonces ministro de Energía y Minas, Alberto Acosta, que fue quien propuso, originalmente a nivel del gobierno, dejar el crudo bajo tierra y buscar la cooperación de la comunidad internacional. Ante este panorama interno el Presidente Correa aseguró en un principio que la explotación del ITT se llevaría a cabo aún a pesar de la oposición[22] pero, en el medio de tanta divergencia, ese mismo año surge y se hace pública la Iniciativa Yasuní-ITT[23]. Es así como se decide no explotar, lo que implica un cambio en las políticas y lineamientos tradicionales y configurar una etapa post-petróleo en Ecuador proponiendo además un modelo de justicia climática a nivel internacional. De esta forma se presenta la Iniciativa ante la comunidad internacional.

Sin embargo, en los tiempos que corren, el gobierno ecuatoriano ha manifestado recientemente sus intenciones de explotar este campo. La Iniciativa Yasuní-ITT no alcanzó a consolidarse debido a las inconsistencias y contradicciones del gobierno del presidente Rafael Correa, así como por causa de la insensibilidad de los gobiernos de los países más poderosos, que no quisieron asumir sus responsabilidades[24].

La Iniciativa dependía de la acogida de la comunidad internacional y nacional y contribuiría a evitar la emisión de 410 millones de toneladas de $CO_{2,}$ mediante la canalización de los fondos recaudados a través de un

[21] MARTÍNEZ, E., *Yasuní. El tortuoso camino de Kioto a Quito,* 1. edición, Quito, Ediciones ABYA YALA, Universidad Politécnica Salesiana y Comité Ecuménico de Proyectos (CEP), Ecuador, 2009, p. 10.

[22] MARTÍNEZ, E. (2009). *Op. cit.* p. 12-14.

[23] El Presidente del Ecuador, Rafael Correa, anunció el 28 de septiembre del 2007, ante la Asamblea General de las Naciones Unidas la Iniciativa Yasuní-ITT. Yasuní-ITT. Una iniciativa por la vida. ¿Qué es la Iniciativa?

[24] ACOSTA, A., "La Iniciativa Yasuní-ITT. Una crítica desde la economía política", en *Revista COYUNTURA de la Universidad de Cuenca*, 30 de septiembre de 2013.

fondo ambiental de conservación, el Fondo de Fideicomiso Yasuní-ITT, que tendría propósitos específicos como por ejemplo el desarrollo de fuentes de energía renovable. Ecuador intentó entonces reflejar una preocupación ética y política para preservar el Yasuní y combatir los efectos del cambio climático así como contribuir también al desarrollo de objetivos fundamentales para la nación como el desarrollo de una economía de servicios y valor agregado e impulsar fuentes alternativas de energía, siendo el objetivo último una sociedad más justa y equitativa[25].

No obstante, como las decisiones en Ecuador suelen tomarse para mantener el flujo en las arcas estatales y en materia de extracción de recursos naturales se lo hace justificándose en la premisa de que el Estado es el propietario exclusivo de los recursos naturales y es de su competencia el uso de los mismos, el gobierno ha anunciado que se procederá a la explotación del ITT.

Con la entrada del ITT, la extracción petrolera en el país se recuperaría desde el 2016, alcanzando los 600 mil barriles al año siguiente, todo esto de acuerdo a informaciones oficiales. Esto supone que la extracción del crudo de los campos del ITT empezaría en dos años; un supuesto poco realista. Además, no se puede dejar de lado el hecho de que el crudo de este campo es pesado, con gran cantidad de azufre, y cuya costosa extracción implica sacar una gran cantidad de agua de formación, en extremo contaminante; la relación agua-petróleo se estima en casi 10 a 1 barriles. Creer que con esta explotación el Ecuador saldrá de la pobreza es una falacia, llevamos 41 años explotando petróleo y ni el país se ha desarrollado ni se ha erradicado la pobreza. Adicionalmente de que no se trata de un asunto simplemente económico, sino fundamentalmente de ética política ya que lo que está en juego son los Derechos Humanos y los Derechos de la Naturaleza consagrados en la propia Constitución, no simplemente más ingresos económicos[26].

Es así, como en congruencia con esta dinámica y realidad, el área del Yasuní, que abarca no solo áreas protegidas, sino también reservas indígenas y concesiones extractivistas, se presenta como el escenario perfecto para la generación de conflictos por el desarrollo de la actividad petrolera así como confrontaciones, incluso sangrientas, entre los pueblos indígenas y los demás actores involucrados[27].

[25] ANDRADE MENDOZA, K. (2011). *Op. cit.* p. 60-61.

[26] ACOSTA, A., "La Iniciativa Yasuní-ITT. La difícil construcción de la utopía", Artículo para Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), 3 de octubre de 2013.

[27] FINER, M. *et al*., "La Reserva de la Biosfera Yasuní de Ecuador: una breve historia moderna y los retos de la conservación.", en ACOSTA, A. y MARTÍNEZ, E. (compi-

3 PUEBLOS INDÍGENAS Y DERECHOS COLECTIVOS

A consecuencia de la explotación de los recursos naturales, en particular del petróleo, las poblaciones del oriente ecuatoriano tienen una historia llena de falencias e intrusiones externas en sus formas culturales y en sus estilos de vida además de las nuevas formas y modelos de comportamiento social y económico impuestos por el mundo occidental que han contribuido a hacer más complejas las relaciones entre los diferentes actores y su vinculación a las dinámicas nacionales y locales de producción, extracción y explotación[28].

3.1 Petróleo y el proceso reivindicatorio indígena

Así como el proceso de explotación petrolera en el país ha ido evolucionando, también el papel de las comunidades locales ha variado según las circunstancias. En un principio se consideraba la Amazonía como una región inhabitada llegándose incluso a negar la existencia de poblaciones indígenas o a considerarlas como irrelevantes. Paralelamente al desarrollo de la explotación petrolera en la zona se construyeron carreteras y oleoductos, lo que favoreció la migración masiva de campesinos empobrecidos, intensificándose así lo que se ha conocido como la *colonización de la Amazonía*. La concesión de títulos de propiedad a nuevos colonizadores legalizó el desplazamiento de las poblaciones indígenas de las zonas que habían habitado desde tiempos muy remotos[29].

En los últimos años la situación ha cambiado substancialmente, principalmente en lo que respecta a las relaciones entre el Estado y las comunidades indígenas. Estos cambios han radicado principalmente en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas como actores políticos que no podían continuar siendo ignorados. La movilización indígena, el fortalecimiento de las organizaciones ambientales y las alianzas establecidas entre estos dos actores han conseguido grandes avances legislativos a nivel nacional e internacional.

El proceso socio-organizativo del movimiento indígena en Ecuador ha tenido varias etapas. En un principio estaba orientado a reclamar el

ladores), *ITT-Yasuní entre el petróleo y la vida,* ABYA YALA Universidad Politécnica Salesiana, Quito, Ecuador, 2010, p. 36.

28 ANDRADE MENDOZA, K. (2011) *Op. cit.* p. 43.

29 GUZMÁN-GALLEGOS, 1997; TRUJILLO, 2001; WHITTEN, 1976 citados por GUZMÁN-GALLEGOS, M. A. (2012). *Op. cit.* p. 158-159.

acceso a la tierra, obtener salarios justos en el trabajo agrícola y mejores condiciones de vida. Posteriormente en los años ochenta el discurso va más allá y se busca incluir la protección de sus valores culturales proponiendo una sociedad multinacional, multiétnica y plurilingüística. A inicios de la década de los noventa las movilizaciones indígenas, lideradas por la Organización de los Pueblos Indígenas del Pastaza (OPIP) y la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), entre otros, exigen cambios y transformaciones sociopolíticas y jurídico-institucionales, fundamentalmente defienden el derecho colectivo indígena a la autodeterminación[30]. Y es así como sucesivamente y a lo largo del tiempo se ha ido avanzando hasta el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en el Ecuador.

Los derechos colectivos reconocen la titularidad de derechos humanos a nivel de colectividades. El objeto protegido son los caracteres de la colectividad y las funciones por las cuales se identifica ante sí misma y se diferencia de los demás grupos con los que coexiste. Los derechos reconocidos a las nacionalidades indígenas y otras colectividades son derechos humanos, porque le son reconocidos a agrupaciones por estar integradas por personas humanas, y porque satisfacen su vocación a la vida social porque cuentan con características que les confieren identidad propia[31]. Estos derechos pertenecen a los que se conocen como derechos de tercera generación, que incluye los derechos participativos y colectivos.

Actualmente existe un marco jurídico-institucional que garantiza los derechos colectivos a favor de los pueblos indígenas, así como de aquellos pueblos en aislamiento voluntario; derechos para mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones, a poseer sus tierras comunitarias, a conservar y desarrollar sus formas de convivencia y organización social y a no ser desplazados de sus territorios disfrutando plenamente de los derechos económicos, sociales y culturales y políticos; el conflicto se presenta a la hora del ejercicio de los mismos [32].

[30] NARVÁEZ, I. (2011). *Op. cit.* p. 27-28.

[31] TRUJILLO, J. C., "Derechos colectivos de los pueblos indígenas. Conceptos Generales", en *De la Exclusión a la Participación. Pueblos Indígenas y sus Derechos Colectivos en el Ecuador,* BERNAL, A. M. (compiladora), Ediciones Abya-Yala, Quito, Ecuador, 2000, p. 10-11.

[32] NARVÁEZ, I., "Huaorani: mundos paralelos, mundos superpuestos y submundos", en *La guerra del fuego. Políticas petroleras y crisis energética en América Latina,* FLACSO-Ministerio de Cultura. Primera edición, Quito, Ecuador, 2008, p. 280.

Las últimas dos constituciones del Ecuador, de 1998 y 2008, así como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ratificada por Ecuador en 1998, por citar algunos ejemplos, garantizan de manera específica derechos colectivos a los pueblos indígenas del país. De entre estos derechos, los más importantes son los derechos de propiedad sobre sus tierras ancestrales que han ocupado tradicionalmente y el derecho a la consulta previa en relación a planes o programas que afecten sus tierras y formas de vida. Adicionalmente, otras normas ambientales han consagrado la protección del derecho de los ciudadanos a un medio ambiente sano incluyendo además referencias a derechos de los pueblos indígenas.

Sin embargo, como se explicó en líneas anteriores, a pesar de la existencia de todos estos instrumentos legales su implementación es deficiente. Si bien constituyen un marco legal que influye y establece responsabilidades para el Estado y las corporaciones ante las comunidades indígenas, su aplicación en la práctica no es del todo satisfactoria. A continuación, procederemos a analizar los derechos de los pueblos indígenas consagrados en los diferentes instrumentos legislativos partiendo del ámbito internacional hasta llegar al ámbito nacional.

3.2 Los Derechos de los Pueblos Indígenas en la esfera internacional

3.2.1 El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales

El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989 entró en vigor el 5 de septiembre de 1991. Es un instrumento jurídico internacional de naturaleza vinculante. Hasta la fecha este Convenio ha sido ratificado por 20 países[33], uno de ellos Ecuador[34]. Mediante este Convenio, las Partes asumen la responsabilidad de desarrollar una acción coordinada y sistemática, con miras a proteger los derechos de los pueblos indígenas y tribales y garantizar el respeto a su integridad[35].

[33] OIT. Convenio Nº 169. Organización Internacional del Trabajo. Pueblos Indígenas y Tribales. Recuperado el 20 de septiembre de 2013, de <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--es/index.htm>.

[34] Convenio ratificado y publicado en el Registro Oficial Nº 304, de 24 de abril de 1998.

[35] Artículo 2.1. Convenio Nº 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. OIT (1989). 28 ILM 1382.

El Convenio recoge algunos principios fundamentales que son desarrollados en su articulado tales como el de identificación de los pueblos indígenas y tribales, el principio de no discriminación, medidas especiales, reconocimiento de la cultura y otras características específicas de los pueblos indígenas y tribales, consulta y participación y derecho a decidir las prioridades para el desarrollo.

En lo que respecta a sus territorios, el artículo 13 del Convenio es muy claro estableciendo que los Estados deben respetar la importancia especial que tiene para los pueblos interesados, en cuanto a cultura y valores espirituales, la relación que mantienen con las tierras y territorios que ocupan y de manera particular los aspectos colectivos de esa relación. El mismo artículo amplía el término tierras indicando que este incluye el concepto de territorios y por lo tanto se refiere a la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos en cuestión ocupan o utilizan de alguna forma. Esto en relación al espacio en el cual estos pueblos ejercen su autonomía o autogobierno.

En lo relativo a los derechos de propiedad o de uso y control de los pueblos indígenas sobre estas tierras o territorios, el artículo 14 dispone que se debe reconocer a estos pueblos el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, así como salvaguardar su derecho a utilizar las tierras que no ocupen exclusivamente pero a las que tradicionalmente han tenido acceso para el desarrollo de sus actividades, y los gobiernos deben tomar las medidas necesarias para determinar estas tierras y proteger sus derechos sobre las mismas.

Un derecho fundamental consagrado en el Convenio, que ha sido considerado por los expertos en la materia y por el propio Consejo de Administración de la OIT como la piedra angular del mismo, es el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, o visto desde otra perspectiva, la obligación o deber estatal de consultar a los pueblos indígenas[36]. Se podría considerar a este derecho como la piedra angular del Convenio ya que se hace presente a lo largo del mismo en distintas disposiciones sobre distintos aspectos. El artículo 6 por ejemplo dispone que los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados mediante los procedimientos apropiados cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas que los puedan afectar di-

[36] ANAYA, J. "El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del Derecho Internacional". Recuperado el 22 de septiembre de 2013, de <http://www.politicaspublicas.net/panel/docs/deber-estatal-de-consulta-james-anaya-abril-2013.pdf>.

rectamente. El artículo 17 establece la consulta siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad y así sucesivamente la consulta se hace también presente en temas de educación por ejemplo.

No obstante, para el desarrollo de la presente investigación, la consulta que nos interesa resaltar es la prevista en el artículo 15 del Convenio en relación a sus recursos y sus tierras. Este artículo hace especial referencia a los derechos de estos pueblos en relación con "…los recursos naturales existentes en sus tierras… estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos"[37] y se dispone además que en caso de que los minerales o recursos del subsuelo pertenezcan al Estado o este tenga derecho sobre otros recursos existentes en sus tierras"…los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras"[38] pudiendo también participar de los beneficios que se obtengan del desarrollo de estas actividades y debiendo ser indemnizados por cualquier daño que sufran, como consecuencia de las mismas[39].

Por lo tanto, en el contexto de un proyecto de extracción de recursos naturales, los pueblos o comunidades indígenas específicas a ser consultados son aquellos que son los titulares de los derechos que podrían verse afectados por el proyecto, en este caso los pueblos indígenas que habitan el PNY.

A Declaración de las Naciones unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007[40] incluye en su preámbulo el reconoci-

[37] Artículo 15.1. y 15.2. Convenio Nº 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. OIT (1989). 28 ILM 1382.

[38] Artículo 15.2. Convenio Nº 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. OIT (1989). 28 ILM 1382.

[39] *Idem*.

[40] Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. ONU (2007) A/61/L.67 y Add.1.

miento de la "…urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas…"[41], que "…poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos…"[42]. Estos derechos incluyen: el derecho "…al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales…"[43], "…a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido…"[44]. Continuando en este sentido, el artículo 26 dispone que los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional que tienen y corresponde a los Estados asegurar el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos.

Así mismo se consagra su derecho a "…la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos…"[45], y "…a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos…"[46]. La Declaración a su vez reconoce"... que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente…"[47].

La Declaración también, al igual que el Convenio 169, dispone que los Estados tienen la obligación de celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas para obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente aquellos proyectos relacionados

41 ONU. (2007). Preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Recuperado el 20 de septiembre de 2013, de <www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf >.

42 Preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. ONU (2007).

43 Artículo 1. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. ONU (2007).

44 Artículo 26. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. ONU (2007).

45 Artículo 29. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. ONU (2007).

46 Artículo 32.1. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. ONU (2007).

47 Preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. ONU (2007).

con el desarrollo, utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (art. 32.2).

Si bien la Declaración no es un instrumento jurídicamente vinculante, como el Convenio 169, y no constituye una fuente primaria de obligación, sí es un instrumento complementario para otros que sí lo son e incluye el reconocimiento de otros derechos que son de gran importancia. De esta forma en su artículo 2 la Declaración se refiere a que los pueblos indígenas y sus individuos son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas, teniendo derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular aquella discriminación por su origen o identidad indígena. Otro derecho trascendental es el de la libre determinación, consagrado en el artículo 3; en virtud de este derecho los pueblos indígenas determinan libremente su condición política y pueden perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural. Otro derecho de gran trascendencia recogido en la declaración en el artículo 4 es el derecho a la autonomía o autogobierno en todo aquello relacionado con sus asuntos internos y locales, además del derecho a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.

B Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos[48] trata en su artículo 21 el derecho a la propiedad privada. De acuerdo con el texto del mismo toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes cuyo uso y goce puede ser subordinado por ley al interés social. Adicionalmente se estipula que ninguna persona puede ser privada de sus bienes a no ser mediante el pago de una indemnización justa y por razones de utilidad pública o de interés social según lo previsto por la ley. Las formas de explotación quedan prohibidas en cualquier forma.

Si bien ni el texto del artículo ni el de la Convención en sí hacen referencia a los pueblos indígenas, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha establecido que el artículo 21 incluye los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales[49]. En la sentencia del caso

[48] Convención Americana sobre Derechos Humanos. Recuperado el 20 de septiembre de 2013, de <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. Ratificada por Ecuador en 1977.

[49] NARVÁEZ, I. (2011). *Op. cit.,* p. 40.

Sawhoyamaxa, la Corte resumió los principios establecidos en su jurisprudencia como se explica a continuación:

> 128. 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y estas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas…[50].

3.3 Los Derechos Colectivos Indígenas en el Ecuador, un Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional

3.3.1 Constitución del 2008

La tradición jurídica en Ecuador negó a lo largo de la historia la posibilidad del reconocimiento a nivel constitucional del Ecuador como un Estado plurinacional. Entre los argumentos que se promovían para este fin se sostenía que ese reconocimiento atentaría contra el principio de unidad del Estado como una sola nación. Gracias a la constante lucha indígena, por primera vez en la Constitución de 1998 se reconoció la diversidad cultural y étnica del país[51]. En el artículo 1 de ese texto constitucional se definía al Ecuador como un Estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, **pluricultural y multiétnico.**

Posteriormente la Constitución del 2008, norma fundamental vigente, prescribe lo siguiente en su artículo 1 también:

---

[50] Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146. Recuperado el 22 de septiembre de 2013, de <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>.

[51] NARVÁEZ, I. (2011). *Op. cit.*, p. 28.

"El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, **intercultural, plurinacional** y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada…".[52].

Este reconocimiento formal a nivel constitucional es la base legislativa para la instauración y efectividad de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, se parte del reconocimiento de estos pueblos como una parte integral del Estado ecuatoriano. En Ecuador, en estas dos constituciones se han positivizado los principios y derechos previamente consagrados en los instrumentos internacionales previamente tratados.

La Constitución reconoce a los pueblos indígenas derechos colectivos que abarcan principios de identidad cultural, no discriminación, propiedad, participación, consulta previa, no desplazamiento, entre otros. Estos derechos se recogen en el Título II de los "Derechos", Capítulo Cuarto, correspondiente a los Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En primer lugar, el artículo 56 establece que las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas junto con el pueblo afroecuatoriano, el montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano que es único e indivisible.

El artículo 57 procede a enumerar los derechos colectivos que se reconocen a estos pueblos, los cuales se citan a continuación:

> 1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.
>
> 2. No ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural.
>
> 3. El reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación.
>
> 4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.
>
> 5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.
>
> 6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.
>
> 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comerciali-

[52] Constitución del Ecuador. Registro Oficial nº 449, de 20 de octubre del 2008.

zación de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad.

9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.

10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.

11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales.

12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora. Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

13. Mantener, recuperar, proteger, desarrollar y preservar su patrimonio cultural e histórico como parte indivisible del patrimonio del Ecuador. El Estado proveerá los recursos para el efecto.

14. Desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, con criterios de calidad, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, conforme a la diversidad cultural, para el cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías de enseñanza y aprendizaje. Se garantizará una carrera docente digna. La administración de este sistema será colectiva y participativa, con alternancia temporal y espacial, basada en veeduría comunitaria y rendición de cuentas.

15. Construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa. El Estado reconocerá y promoverá todas sus formas de expresión y organización.

16. Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado.

17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

18. Mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación con otros pueblos, en particular los que estén divididos por fronteras internacionales.

19. Impulsar el uso de las vestimentas, los símbolos y los emblemas que los identifiquen.

20. La limitación de las actividades militares en sus territorios, de acuerdo con la ley.

21. Que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones se reflejen en la educación pública y en los medios de comunicación; la creación de sus propios medios de comunicación social en sus idiomas y el acceso a los demás sin discriminación alguna…[53]

El mismo artículo 57 se refiere los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario y se establece que estos son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. Partiendo de lo dispuesto en este artículo podemos concluir que cualquier territorio en los que habiten estos pueblos son intangibles *per se* y no se permite ningún tipo de actividad extractiva sin preverse además ninguna excepción a esta situación. Surge entonces el cuestionamiento de por qué se explota o pretende explotar en estas zonas en el Yasuní cuando se trataría de una explotación completamente inconstitucional e ilegal al no existir en la norma ninguna salvedad que permita el desarrollo de actividades de esta índole en estos territorios.

El mismo artículo siguiendo esta línea dispone que el Estado adoptará medidas para garantizar la vida de estas poblaciones, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos y se establece que la violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley. Además, se reafirma el compromiso del Estado a garantizar la aplicación de los derechos colectivos previamente citados sin ningún tipo de discriminación, en condiciones de igualdad y equidad.

[53] Artículo 57 Constitución del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 de 20 de octubre de 2008.

El art 60 de este mismo título y capítulo establece que los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para así preservar su cultura.

A partir de los derechos y artículo previamente enunciados podemos concluir que el nuevo marco jurídico previsto en las disposiciones constitucionales recoge entonces de manera efectiva los principios consagrados en las normas internacionales, no obstante, lo que ocurre en la práctica es distinto. El territorio de las comunidades indígenas, el Yasuní en el caso que nos ocupa, ha sido zonificado como consecuencia de la superposición de categorías político-administrativas que se han establecido en el mismo y esto dificulta y obstruye el cumplimiento de los derechos colectivos y de la naturaleza que han sido garantizados por el Estado en la Constitución. El espacio en que estos pueblos desarrollan sus vidas se ha sometido a un proceso de control y vigilancia mediante el establecimiento de diversas instituciones superpuestas "que prácticamente han *panoptizado* el Yasuní, desarticulándolo y sometiéndolo a los designios del poder político y económico nacional y transnacional"[54].

Estos derechos colectivos carecen, además de un respeto y aplicación práctica efectiva, de un desarrollo normativo material que los desarrolle y que permita que sean plasmados en la realidad a la hora de la ejecución de proyectos y actividades en los territorios de los pueblos indígenas en el Ecuador. El país cuenta con un marco normativo e institucional, pero este marco debe ser reivindicado y aplicado para garantizar una verdadera protección de los pueblos indígenas en el Ecuador.

4 CONSIDERACIONES FINALES

La actividad petrolera se ha convertido en uno de los ejes fundamentales de la economía ecuatoriana enriqueciendo a ciertos sectores como la clase política y los grupos de poder. Al petróleo se le ha conferido una importancia económica tal que se lo ha llegado a considerar la columna vertebral de la economía del Ecuador, sin embargo, a lo largo de la historia, este recurso se ha constituido en uno de los detonantes de la deuda externa del país.

Las actividades extractivas desarrolladas en la Amazonía no solo han implicado consecuencias negativas ambientales, sino que han influido

[54] NARVÁEZ, I. (2011). *Op. cit.,* p. 27.

en las dinámicas de los grupos poblacionales que se ven afectados por su desarrollo. Los grupos indígenas han sufrido transformaciones culturales irreversibles ya que esta es su área de subsistencia y los recursos naturales de la misma se ven amenazados y disminuidos por la intromisión del Estado y de las empresas multinacionales en áreas protegidas. Legalmente estas operaciones están prohibidas, pero el Estado sigue promoviendo la explotación de recursos naturales hidrocarburíferos en zonas de alta sensibilidad poniendo en riesgo el equilibrio natural y las formas de vida de los grupos indígenas que habitan las zonas intervenidas y sus alrededores.

Los efectos de las actividades extractivas en los ecosistemas y en las poblaciones amazónicas han sido constatados a través del tiempo, y aun así y contando con las leyes que permiten evitar que estas consecuencias negativas se repitan, las negociaciones y procesos extractivos continúan.

Los instrumentos jurídicos internacionales y nacionales recogen los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Estos derechos tienen una motivación histórica asociada al hecho de que aún a pesar de haber sido considerados parte del Estado, estas poblaciones permanecían alejadas de la realidad política y no tenían ninguna capacidad de incidencia. Los derechos colectivos han sido objeto de un reconocimiento paulatino por parte del Estado y se han materializado en la Constitución. Estos derechos y su materialización representan la reivindicación indígena y se encuentran asociados a los espacios geográficos donde estos pueblos se han desarrollado y continúan desarrollándose en todos los ámbitos de sus vidas.

A pesar de contarse con un marco jurídico e institucional que ha sabido incorporar los principios del derecho internacional en la materia, consagrando los derechos colectivos de los pueblos indígenas, el contar con las normas y estructura no es suficiente ya que en la práctica se puede verificar que la explotación continua y sus consecuencias no varían. Mientras no se alcance un verdadero ejercicio de estos derechos consagrados en los instrumentos legales la situación no se corregirá. El efectivo ejercicio de los derechos de autodeterminación y territorialidad permitirá garantizar la tutela de los grupos humanos vulnerables pero mientras esto no suceda los pueblos indígenas de la Amazonía y del Yasuní seguirán sufriendo, siendo desplazados e incluso correrán el riesgo de desaparecer.

El carácter transversal de los derechos colectivos indígenas se ha asumido a través de las prescripciones incluidas en la Constitución, y deberán ser objeto de un posterior desarrollo legal que viabilice su ejercicio. La autodeterminación de los pueblos indígenas es fundamental para garanti-

zar la preservación de sus territorios y de sus valores culturales y sociales, así como para mantener la integridad de sus hábitats y el aprovechamiento de los recursos naturales que en ellos se encuentran.

Para revertir esta situación en la que los derechos colectivos de los pueblos indígenas están consagrados en la Constitución pero en la práctica no se hace evidente su ejercicio, estos deben ser tomados en consideración en las políticas y programas pertinentes del Estado. Para que el respeto a la diversidad y la inclusión de los pueblos indígenas sean efectivos es fundamental que todos los programas y políticas nacionales observen estos derechos en la medida en que les sean aplicables.

La gestión petrolera en las áreas protegidas en el Ecuador no solo reduce la capacidad de preservar sus ecosistemas sino que atenta directamente contra sus habitantes. Solo una efectiva aplicación de las normas vigentes y una verdadera reivindicación de los derechos colectivos, que son derechos fundamentales, podrá evitar la destrucción de la riqueza natural y étnica del Ecuador.

REFERENCIAS

ACOSTA, A., *La Maldición de la Abundancia*, Ediciones ABYA-YALA, Quito, Ecuador, 2009.

ACOSTA, A., "La Iniciativa Yasuní-ITT. Una crítica desde la economía política", en *Revista COYUNTURA* de la Universidad de Cuenca, 30 de septiembre de 2013.

ACOSTA, A., "La Iniciativa Yasuní-ITT. La difícil construcción de la utopía". Artículo para Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), 3 de octubre de 2013.

ACUERDO Interministerial Nº 0322 del 26 de julio de 1979, publicado en el Registro Oficial Nº 69 de 20 de noviembre de 1979.

AMAZONÍA POR LA VIDA, *Yasuní, más de 100 buenas razones para no sacar el petróleo*, Esperanza Martínez (editora), Manthra Ediciones, 2008.

ANAYA, J. El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del Derecho Internacional. Recuperado el 22 de septiembre del 2013, de <http://www.politicaspublicas.net/panel/docs/deber-estatal-de-consulta-james-anaya-abril-2013.pdf>.

ANDRADE MENDOZA, K., "El Parque Nacional Yasuní y la Iniciativa Yasuní-ITT frente a la explotación petrolera. ¿Conservación o Explotación?", en *Retos y Amenazas en Yasuní*, Anita Krainer y María Fernanda Mora (compiladoras), FLACSO-WCS, Quito, Ecuador, 2011.

CERTOMÀ, C.; GREYL, L., "Nonextractive Policies as a Path to Environmental Justice? The Case of the Yasuni Park in Ecuador", en *New Political Spaces in Latin American Natural Resources Governance,* Palgrave MacMillan, Nueva York, Estados Unidos, 2012.

CONSTITUCIÓN del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 de 20 de octubre del 2008.

CONVENIO Nº 169. Organización Internacional del Trabajo. Pueblos Indígenas y Tribales.

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146 Recuperado el 22 de septiembre de 2013, de <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>.

DECLARACIÓN de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. ONU (2007) A/61/L.67 y Add.1.

DECRETO Ejecutivo Nº 552 del 29 de enero de 1999, publicado en el Registro Oficial Suplemento Nº 121 de 2 de febrero de 1999.

FINER, M. *et al*., "La Reserva de la Biosfera Yasuní de Ecuador: una breve historia moderna y los retos de la conservación", en ACOSTA, A.; MARTÍNEZ, E. (compiladores), *ITT-Yasuní entre el petróleo y la vida,* ABYA YALA, Universidad Politécnica Salesiana, Quito, Ecuador, 2010.

GUZMÁN-GALLEGOS, M. A., "The Governing of Extraction, Oil Enclaves, and Indegenous Responses in the Ecuadorian Amazon", en *New Political Spaces in Latin American Natural Resources Governance,* Palgrave MacMillan, Nueva York, Estados Unidos, 2012.

INSTITUTO Ecuatoriano Forestal y de Áreas Naturales y Vida Silvestre (INEFAN) y Dirección Nacional de Áreas Naturales y Vida Silvestre (DNANVS) (1998). Plan Maestro para la Protección de la Biodiversidad Mediante el Fortalecimiento del Sistema

Nacional de Áreas Protegidas. Plan de Manejo del Parque Nacional Yasuní. Aprobado mediante Resolución Ministerial No. 103 de 30 de diciembre de 1999 del Ministerio del Ambiente. Registro Oficial Suplemento Nº 360 de 13 de enero del 2000.

MARTÍNEZ, E., *Yasuní. El tortuoso camino de Kioto a Quito,* Primera edición, Ediciones ABYA YALA, Universidad Politécnica Salesiana y Comité Ecuménico de Proyectos (CEP), Quito, Ecuador, 2009.

NARVÁEZ, I., *Petróleo y poder: el colapso de un lugar singular Yasuní,* FLACSO-GTZ, Quito, Ecuador, 2009.

NARVÁEZ, I., "Yasuní y derechos colectivos indígenas en el Estado constitucional de derechos, intercultural y plurinacional, ecuatoriano", en *Retos y Amenazas en Yasuní,* Anita Krainer y María Fernanda Mora (compiladoras), FLACSO-WCS. Quito, Ecuador, 2011.

NARVÁEZ, I., "Huaorani: mundos paralelos, mundos superpuestos y submundos", en *La guerra del fuego. Políticas petroleras y crisis energética en América Latina,* FLACSO-Ministerio de Cultura, Primera edición, Quito, Ecuador, 2008.

RIVADENEIRA-ROURA, C., "Región Amazónica. Amazonía Norte. VI. Parque Nacional Yasuní", en *ECOLAP y MAE. 2007. Guía del Patrimonio de Áreas Naturales Protegidas del Ecuador*, ECOFUND, FAN, DarwinNet, IGM, Quito, Ecuador, 2007.

TRUJILLO, J. C., "Derechos colectivos de los pueblos indígenas. Conceptos Generales", en *De la Exclusión a la Participación. Pueblos Indígenas y sus Derechos Colectivos en el Ecuador,* BERNAL, A. M. (compiladora), Ediciones ABYA-YALA, Quito, Ecuador, 2000.

11

LA SOSTENIBILIDAD EN EL MECANISMO PARA UN DESARROLLO LIMPIO: UNA MIRADA A LA OPERATIVIDAD DE LOS PROYECTOS

Paola Villavicencio Calzadilla

Doctora en Derecho con mención internacional por la Universidad Rovira i Virgili. Máster en Derecho Ambiental. Miembro del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona – CEDAT en la Universidad Rovira i Virgili, de Tarragona, España.
p_villavicencio@hotmail.com

Francesco Sindico

Reader in International Environmental Law, School of Law, University of Strathclyde, Glasgow, Scotland, UK y Director del Strathclyde Centre for Environmental Law and Governance.
francesco.sindico@strath.ac.uk

I INTRODUCCIÓN

El cambio climático, consecuencia del calentamiento global producido en gran medida por las emisiones de gases de efecto invernadero (en adelante, GEI) a la atmósfera resultantes de las actividades humanas, se ha posicionado como uno de los principales problemas que apremian el mundo actual y una de las mayores amenazas para todas las formas de vida en el Planeta. Precisamente, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible celebrada en Río de Janeiro (Brasil) en junio de 2012, los Estados reconocieron que el cambio climático "[...] es una crisis intersectorial y persistente" y expresaron su preocupación por el hecho de que "[...] la magnitud y gravedad de los efectos adversos del cambio climático afectan a todos los países y debilitan la capacidad de todos ellos, en particular los países en desarrollo, para lograr el desarrollo sostenible y los Objetivos de Desarrollo del Milenio y ponen en peligro la viabilidad y la supervivencia de las naciones"[1].

La elevación del nivel de los mares y océanos, la degradación de los suelos, la pérdida de biodiversidad, el derretimiento y desaparición de las coberturas de hielo y nieve en glaciares y montañas, la aparición de enfermedades relacionadas a episodios de calor extremo, la extinción o pérdida territorial y, con ello, los movimientos forzados de poblaciones enteras, son solo algunos de los efectos visibles e irreversibles del cambio climático. Además de generar pérdidas económicas significativas y que se incrementan con el transcurso del tiempo[2], el cambio climático incluso afecta al disfrute de los derechos humanos más fundamentales como la vida, la salud, la alimentación y la cultura, entre otros. Cabalmente, en septiembre de 2011, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas adoptó la Resolución 18/22 sobre los derechos humanos y cambio climático, en la que "[...] reitera su preocupación por que el cambio climático plantea una amenaza inmediata y de gran alcance para la población y las comunidades

[1] *Vid.* UNITED NATIONS, Report of the United Nations Conference on Sustainable Development (Rio de Janeiro, Brazil 20-22 June 2012), UN Doc. A/CONF.216/L.1, Resolution 1 Outcome document: "The future we want", párrafo 25, p. 5.

[2] El Informe Stern sobre la Economía del Cambio Climático exhibe que la inacción frente al cambio climático puede suponer una pérdida de hasta el 20% del Producto Interno Bruto (PIB) mundial cada año, mientras que el coste de evitar esta pérdida y disminuir las emisiones de GEI se sitúa en torno al 1% del PIB mundial. *Vid.* STERN, N., *The Economics of climate change: Stern review on the economics of climate change*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. xv.

de todo el mundo y tiene consecuencias adversas en el pleno disfrute de los derechos humanos"[3].

Como problema global y complejo, el cambio climático requiere de una respuesta internacional efectiva basada en la colaboración de todos los países. Consecuentemente, ante la constatación de su existencia y consecuencias perjudiciales, la respuesta internacional ante el reto del cambio climático se materializó a través de la adopción de dos instrumentos jurídicos de gran relevancia: la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el cambio climático (en adelante, CMNUCC)[4] y el Protocolo de Kyoto[5], puestos a la firma en 1992 y 1997 respectivamente.

Como base para articular una respuesta mundial al problema del cambio climático, la CMNUCC tiene por objetivo lograr la estabilización de las concentraciones de GEI en la atmosfera situándolas en un nivel que impida interferencias humanas nocivas en el sistema climático[6]. Por su parte, el Protocolo de Kyoto, que amplía y complementa la CMNUCC, determina un marco de obligaciones específicas y vinculantes de limitación y reducción de emisiones de GEI distintas para los Estados en función de sus respectivas capacidades. Se trata pues de un tratado internacional con compromisos jurídicamente vinculantes que incorpora los principios de la CMNUCC pero que evoluciona e introduce novedosas y específicas obligaciones en el ámbito del Derecho internacional del medio ambiente[7].

---

3 *Vid*. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, Resolución 18/22 "Los derechos humanos y el cambio climático", Doc. A/HRC/RES/18/22 de 17 de octubre de 2011, párrafo 1, p. 3.

4 Adoptada durante la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992. *Vid.*UNITED NATIONS, Report of the United Nations Conference on Environment and Development, UN Doc. A/CONF.151/26/Rev. 1, Vols. I-II, 1993.

5 Aprobado durante la Tercera Conferencia de las Partes celebrada en Kyoto en 1997. *Vid.* UNFCCC, Doc. FCCC/CP/1997/7, de 24 de marzo de 1998, "Informe de la Conferencia de las Partes sobre su tercer período de sesiones, celebrado en Kyoto del 1º al 11 de diciembre, de 1997. Primera parte. Deliberaciones", y Doc. FCCC/CP/1997/7/Add.1 de 25 de marzo de 1998 "Informe de la Conferencia de las Partes sobre su tercer período de sesiones, celebrada en Kyoto del 1º al 11 de diciembre de 1997. Adición. Segunda parte. Medidas adoptadas por la Conferencia de las Partes en su tercer período de sesiones".

6 *Vid*. Artículo 2 de la CMNUCC.

7 *Vid.* RIBERA, T., "Marco jurídico internacional de la política contra el cambio climático: El proceso de ratificación del Protocolo de Kioto", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 3, 2001. Recuperado el 10 de septiembre de 2013, de: <http://www.reei.org/index.php/revista/num3/notas/marco-juridico-internacional-politica-contra-cambio-climatico-proceso-ratificacion-delprotocolo-kioto>.

El Protocolo de Kyoto, además de fijar compromisos vinculantes de reducción de emisiones, contempla la posibilidad de que una parte de dichos compromisos sean satisfechos mediante un conjunto de mecanismos que permiten a los países en desarrollo, quienes deben soportar los costos por la modificación de sus industrias y la reducción de sus emisiones contaminantes, utilizar vías alternativas, económicamente rentables y ambientalmente más eficientes para el cumplimiento de dichos compromisos, con independencia del lugar donde éstos se produzcan.

Bajo esta premisa, el Protocolo de Kyoto introduce los denominados "mecanismos de flexibilidad" que comprenden tanto el mercado de emisiones[8], como los mecanismos basados en proyectos: la aplicación conjunta[9] y el mecanismo para un desarrollo limpio (en adelante, MDL)[10]. Mediante

[8] El artículo 17 del Protocolo de Kyoto faculta a "las Partes incluidas en el anexo B a participar en operaciones de comercio de los derechos de emisión a los efectos de cumplir sus compromisos dimanantes del artículo 3". En consecuencia, se brinda la alternativa de realizar operaciones de venta de los derechos de emisión de GEI de un país del anexo B a otro que también lo integra, siempre que el país que vende cumpla con sus compromisos de reducción y el país que compre no haya podido cumplir con los compromisos asumidos. Sobre el mercado de emisiones *véase*: SANZ, I. (coord.), *El mercado de derechos a contaminar: régimen jurídico-público del mercado comunitario de derechos de emisión en España,* ed. Lex Nova, Valladolid, 2007; GODARD, O., "Effet serre et quotas d'émission: Les enjeux d'un nouveau commerce international", en *Revue Politique Étrangère*, ed. Année, v. 63, núm. 3, 1998; FAURE, M.; PEETERS, M. (eds.), *Climate Change and European Emissions Trading. Lessons for Theory and Practice,* ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2008; y KLEPPER, G.; PETERSON, S., "*The European Emissions Trading Regime and the Future of Kyoto",* en ZEDILLO, E., *Global Warming: Looking beyond Kyoto,* Center for the Study of Globalization, Yale University, Washington, 2008.

[9] El artículo 6 del Protocolo de Kyoto establece que todo Estado incluido en el anexo I de la CMNUCC tiene el derecho de "transferir a cualquiera de estas Partes, las unidades de reducción de emisiones (URE) resultantes de proyectos encaminados a reducir las emisiones antropógenas por los sumideros de los gases de efecto invernadero en cualquier sector de la economía". En consecuencia, un país o persona jurídica que tenga obligaciones de limitación o reducción de sus emisiones de GEI puede realizar inversiones en otro país a objeto de cumplir con esta obligación, siempre que el país receptor haya asumido también las mismas obligaciones cuantificables. *Vid.* SARASÍBAR, M.,*Régimen Jurídico del Cambio Climático,* ed. Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 69. Sobre El mecanismo de aplicación conjunta *véase*: KUIK, P.; PETERS, P.; SCHRIJVER, N. (eds.), *Joint Implementation to Curb Climate Change: Legal and Economic Aspects,* ed. Kluwer Academic Publisher, The Netherlands, 1994, p. 3-26, 162 y ss.; MISSFELDT, F. "Flexibility Mechanisms: Which Path to Take after Kyoto?", en *Review of European community and International Environmental Law*, v. 7, Issue 2, 1998, p. 133-138; y BEGG, K.; JACKSON, T.; PARKINSON, S., "Beyond joint implementation-designing flexibility into global climate policy", en *Energy Policy,* v. 29, Issue 1, January 2001, p. 17-27.

[10] *Vid.* Artículo 12 del Protocolo de Kyoto.

estos mecanismos, los países del anexo I de la CMNUCC - países desarrollados y con economías en transición de mercado[11] - que tienen compromisos de reducción de emisiones y que consideren oneroso reducir dichas emisiones en su propio territorio, pueden comprar derechos de emisión o pagar un precio mucho más económico a través del desarrollo de proyectos que reduzcan las emisiones de GEI en territorios de otros países.

Estos tres mecanismos introducen flexibilidad en el sistema de compromisos de reducción de emisiones a objeto de que el cumplimiento de los mismos no genere un perjuicio económico y, por el contrario, se logren al menor coste posible[12]. La diferencia primordial entre el mercado de emisiones, la aplicación conjunta y el MDL, es que mientras que los primeros facilitan la participación solo de los países del anexo I de la CMNUCC, este último es el único que permite la participación de los países en desarrollo en las tareas de mitigación del cambio climático.

II CUESTIONES RELATIVAS AL MECANISMO PARA UN DESARROLLO LIMPIO

Como resultado de un largo proceso de debate desarrollado durante la tercera Conferencia de las Partes (COP3), celebrado en Kyoto en 1997[13], el MDL emerge como un instrumento por el cual las Partes del Protocolo de Kyoto con cuotas asignadas de reducción de emisiones[14] desarrollan o promueven actividades de proyectos de reducción de emisiones de GEI por las fuentes, o de captura de CO2 a través de los sumideros en los países

[11] Estados enumerados en el anexo B del Protocolo de Kyoto que coinciden con los enumerados en el anexo I de la CMNUCC.

[12] *Vid.* Giles, R., "El Protocolo de Kioto como modelo de gestión ambiental global", en REMIRO, A.; FERNÁNDEZ, R. (eds.), *El Cambio Climático en el Derecho Internacional y Comunitario*, Fundación BBVA, Bilbao, 2009, p. 47.

[13] La inesperada aprobación del MDL en la COP3 fue una de las "más grandes sorpresas de Kyoto", no solo porque su conformidad estuvo postergada hasta las últimas horas del día final de las negociaciones, sino porque los detalles de su creación, contenido e incorporación dentro del Protocolo habían generado una serie de opiniones a partir de la propuesta inicial presentada por la delegación brasileña y su denominado "fondo de desarrollo limpio". *Vid.*WERKSMAN, J., "The Clean Development Mechanisms: Unwrapping the "Kyoto Surprise", en *Review of European Community and International Environmental Law,* v. 7, Issue 2, 1998, p. 147-158. Asimismo sobre la propuesta de Brasil *véase:*JOHNSON, K., "Brazil and the Politics of the Climate Change Negotiations", en *The Journal of Environment Development*, v. 10, No. 2, June 2001, p. 178-206.

[14] En el anexo B del Protocolo se encuentran los compromisos de reducción de los países OCDE y con economías en transición a un modelo de mercado.

que no son Parte del anexo I de la CMNUCC y que no tienen compromisos de reducción. De esta manera, a diferencia del mercado de emisiones y la aplicación conjunta que favorecen la participación exclusiva de países desarrollados en las tareas de mitigación del cambio climático, el MDL es el único mecanismo de flexibilidad que permite a los países en desarrollo participar en dicho cometido[15].

Este mecanismo de flexibilidad tiene como objetivos básicos y simultáneos ayudar a los países en desarrollo, sin compromisos de reducción o limitación de emisiones, a lograr un desarrollo sostenible y contribuir al objetivo último de la Convención, así como asistir a los países desarrollados con el cumplimiento a sus compromisos cuantificados de limitación y reducción de emisiones contraídos en virtud del Protocolo de Kyoto[16]. Mientras los países no anexo I de la CMNUCC se benefician de las actividades de proyectos que promuevan reducciones certificadas de emisiones (en adelante, RCE)[17], las Partes incluidas en el anexo I utilizan dichas reducciones resultantes para contribuir al cumplimiento de parte de sus compromisos de limitación y reducción de emisiones[18]. En consecuencia, según su configuración normativa, el MDL no solo contribuye con la mitigación del cambio climático, sino que fomenta el desarrollo razonable y

[15] Sobre el MDL *véase*: Mejía, C., "Mecanismo de Desarrollo Limpio: Una debilidad convertida en oportunidad", en *Pensamiento y gestión: Revista de la División de Ciencias Administrativas de la Universidad del Norte,* núm. 18, Colombia, 2005;RIVERO, C., "El mecanismo para un desarrollo limpio. Herramienta valiosa", en*Revista Ambienta. Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino,* núm. 44, 2005; HALVORSSEN. A. M., "The Kyoto Protocol and Developing Countries- The Clean Development Mechanism", en *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, v. 16, no. 2, 2005, p. 360 y ss.; COTO, O.; MORERA, L., *El MDL en América Latina y el Caribe*, OLADE, Quito, 2006; y, UNESA, *Metodologías para la Implementación de los Mecanismos flexibles de Kioto – Mecanismo de Desarrollo Limpio en Latinoamérica – Programa Synergy*", España, 2005.

[16] *Vid.* Artículo 12.2 del Protocolo de Kyoto.

[17] Las "reducciones certificadas de las emisiones" o "RCE" son unidades expedidas de conformidad con el artículo 12 del Protocolo de Kyoto y los requisitos que contiene, así como con las disposiciones pertinentes de esas modalidades y procedimientos, y corresponden a una tonelada métrica de dióxido de carbono equivalente. *Vid*. UNFCCC, Decisión 17/CP.7 "Modalidades y procedimientos de un mecanismo para un desarrollo limpio, según se define en el artículo 12 del Protocolo de Kyoto", del Doc. FCCC/CP/2001/13/Add.2 de 21 de enero de 2002 "Informe de la Conferencia de las Partes sobre su Séptimo Período de Sesiones, celebrado en Marrakech, del 29 de octubre al 10 de noviembre de 2001. Adición. Segunda parte: Medidas adoptadas por la Conferencia de las Partes. v. II. 'Los Acuerdos de Marrakech' (continuación)", p. 28.

[18] *Vid.* Art. 12.3 del Protocolo de Kyoto.

sostenible de los países en desarrollo, generando un progreso en su política económica general y de sostenibilidad.

El fundamento para que los proyectos de MDL sean implementados en países sin compromisos de reducción es que además de existir una diferencia importante entre los costes de mitigación entre países desarrollados y en desarrollo (debido a los distintos niveles de desarrollo económico, distintas estructuras de capital, distinta tecnología, y diferente dotación de recursos, etc.), el resultado de la implementación de este mecanismo es el mismo para la atmósfera[19].

Además de los requisitos de participación que deben cumplir las Partes que deseen beneficiarse con el uso del MDL[20], todo proyecto que pretenda ser ejecutado bajo este mecanismo y que aspire a la obtención de

[19] *Vid*. ACQUATELLA, J., *Fundamento económico de los mecanismos de flexibilidad para la reducción internacional de emociones en el marco de la Convención de Cambio Climático (UNFCCC),* Naciones Unidas-Comisión económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, 2001, p. 16-18.

[20] Los requisitos de participación en el MDL exigen: a) La participación voluntaria en una actividad de proyecto del MDL; b) la designación de las Partes de una autoridad nacional para el MDL que se encargará de, en el caso de los países anfitriones del proyecto, analizar la contribución del proyecto al desarrollo sostenible y emitir la correspondiente Carta de Aprobación Nacional; y c) que las Partes no incluidas en el anexo I que quieran participar en una actividad de proyecto del MDL deben ser Partes en el Protocolo de Kyoto. En el caso de los países anexo I de la CMNUCC con compromisos de reducción y limitación de emisiones de GEI consignados en el anexo B del Protocolo de Kyoto, podrán utilizar las RCE provenientes de la actividad de proyecto del MDL a fin de cumplir con parte de sus compromisos, siempre que: a) sean parte del Protocolo de Kyoto; b) que la cantidad atribuida de conformidad con los párrafos 7 y 8 del artículo 3 del Protocolo de Kyoto haya sido calculada y registrada con arreglo a la Decisión 13/CMP.1, lo que supone tener fijado el objetivo asumido por este país en la ratificación del Protocolo de Kyoto, teniendo establecido su tope cuantitativo de emisiones para el primer período de compromisos; c) posean un sistema nacional para estimar las emisiones antropógenas por las fuentes y la absorción por los sumideros de todos los GEI no controlados por el Protocolo de Montreal; d) establecieron un registro nacional en el cual se registra todas las unidades generadas, asignadas y transferidas en el marco del Protocolo de Kyoto y que recibirá las RCE generadas por el proyecto del MDL en el que participan; e) hayan presentado oportunamente sus inventarios anuales correspondiente a las emisiones de GEI y sumideros; f) hayan presentado información suplementaria sobre la cantidad atribuida de conformidad con el párrafo 1 del artículo 7 y con los requisitos de las directrices que se impartan en virtud de él; y g) realizaron adiciones o sustracciones a la cantidad atribuida de acuerdo con los párrafos 7 y 8 del artículo 3 del Protocolo de Kyoto. *Vid*. UNFCCC, Decisión 17/CP.7 "Modalidades y procedimientos de un mecanismo para un desarrollo limpio" del Doc. FCCC/CP/2001/13/Add.2, *cit. supra*, p. 14-15.

RCE debe cumplir los siguientes requisitos específicos: i) participación voluntaria de las Partes participantes; ii) beneficios reales, mensurables y a largo plazo en relación a la mitigación del cambio climático; y iii) reducción de emisiones que sean adicionales a las que se producirían en ausencia de la actividad de proyecto certificada[21]. La verificación de estos requisitos constituye la pieza clave del mecanismo.

Según lo establecen el Protocolo de Kyoto y las normas del mecanismo definidas en los denominados "Acuerdos de Marrakech" (Decisión 17/CP.7)[22], la realización de un proyecto del MDL exige la participación de una diversidad de actores tanto para la autorización y ejecución del proyecto, así como para el control y la expedición de las RCE que se obtengan como resultado de su implementación. Así, además de la participación de los países desarrollados o sus empresas inversoras y los países en desarrollo anfitriones de proyectos, en el desarrollo de los proyectos del MDL intervienen otros actores, como: la Conferencia de las Partes en su calidad de Reunión de las Partes del Protocolo de Kyoto (en adelante, COP/MOP)[23], la Junta Ejecutiva[24],

[21] *Vid.* Artículo 12.5 del Protocolo de Kyoto.

[22] En este sentido nos referimos a las modalidades y procedimientos del MDL aprobados en la séptima COP (Decisión 17/CP.7) y adoptados en la primera Conferencia de las Partes en calidad de Reunión de las Partes del Protocolo de Kyoto (COP/MOP) celebrada en 2005 (Decisión 3/CMP.1). Cabe señalar que durante la octava COP/MOP los Estados decidieron la primera revisión de estas modalidades y procedimientos que se llevará a cabo en su noveno período de sesiones a finales de 2013. A este fin se inició una convocatoria pública para la recepción de comentarios y sugerencias sobre los posibles cambios de dichas normas. También se solicitó a la Junta Ejecutiva la presentación de recomendaciones sobre estos cambios tomando en cuenta la experiencia de la misma y de los participantes dentro del MDL. Las recomendaciones sobre los posibles cambios en las modalidades y procedimientos del MDL serán elaboradas por el Órgano Subsidiario de Ejecución y las presentará a la COP/MOP para su consideración en su noveno período de sesiones. *Vid.* UNFCCC, Decision 5/CMP.8 "Guidance relating to the clean development mechanism", del Doc. FCCC/KP/CMP/2012/13/Add.2, *cit. supra*, párrafos 9 y ss.

[23] La COP/MOP es el máximo órgano que imparte orientaciones sobre la aprobación de metodologías, procedimientos y normas de desarrollo básicas del MDL que aseguren la transparencia y eficiencia de los proyectos. *Vid*. Art. 12.7 del Protocolo de Kyoto.

[24] La Junta Ejecutiva es el órgano encargado de la supervisión del funcionamiento del MDL y está sujeta a la autoridad de la COP/MOP. Entre sus funciones, formula recomendaciones a la COP/MOP sobre las modalidades y procedimientos del MDL, aprueba las metodologías relacionadas con los planes de vigilancia, las bases de referencia y los ámbitos de los proyectos, y es responsable de la acreditación de las entidades operacionales designadas. *Vid.* Art.12.4 del Protocolo de Kyoto y también UNFCCC, Decisión 17/CP.7, *cit. supra*, p. 29-31.

las Entidades Operacionales Designadas (EOD)[25] y las Autoridades Nacionales Designadas (AND)[26].

Cada uno de estos actores desempeña un papel importante durante el ciclo del proyecto del MDL, el cual se inicia cuando el desarrollador del proyecto diseña la actividad del proyecto que pretende llevar a cabo mediante la preparación de una Nota de Idea de Proyecto (PIN, por sus siglas en Ingles). Dicha Nota es ampliada en un documento oficial denominado Documento de Diseño del Proyecto (DDP) que, entre otras cosas, contiene la descripción general del proyecto, la metodología de la línea base, el período de acreditación, los protocolos de monitoreo y vigilancia, las repercusiones ambientales del proyecto, los comentarios y alegaciones de los interesados en el proyecto y la información necesaria que describa el potencial del proyecto dentro del MDL. Cuando el DDP ha sido elaborado, éste es presentado a la AND de los países participantes a efectos de que emitan la correspondiente Carta de Aprobación. En el caso del país anfitrión, además de corroborar su participación voluntaria en el proyecto también tendrá que confirmar que éste contribuye a su desarrollo sostenible. Con esta Carta de Aprobación, el desarrollador del proyecto selecciona a una EOD a fin de que ésta realice el proceso de validación del proyecto demostrando su viabilidad ambiental, social y económica que posibilitará su registro como proyecto del MDL ante la Junta Ejecutiva. Una vez que el proyecto ha sido registrado se prosigue con su implementación o puesta en marcha debiendo realizarse sobre él las acciones de monitoreo propuestas en el DDP. El monitoreo o vigilancia del proyecto, realizado por su desarrollador, posibilita la medición sistemática del rendimiento del proyecto calculando las cantidades de reducciones de emisiones que éste ha generado y que se reflejaran en un reporte final. El reporte final de monitoreo se convierte en el documento fundamental para la prosecución de la siguiente fase del ciclo del proyecto, es decir, la verificación o examen periódico e independiente que se encuentra a cargo de una EOD diferente a la que realizó su validación (a excepción de

[25] Una Entidad Operacional Designada es una entidad independiente acreditada por la Junta Ejecutiva del MDL y designada por la COP/MOP que realiza la validación de las actividades de proyectos del MDL, verifica y certifica la reducción de las emisiones antropógenas y las presenta ante la Junta Ejecutiva para su aprobación, registro y la consiguiente emisión de RCE. *Vid. Ibídem*, p. 34-35

[26] Cada Estado que participe en el MDL debe elegir una Autoridad Nacional Designada que estará a cargo de confirmar su participación voluntaria en la actividad de proyecto y que, para el caso de los países en desarrollo, evaluará además el cumplimiento de los requisitos y la contribución al desarrollo sostenible. *Vid. Ibídem,* p. 35. Sobre la Autoridad Nacional Designada *véase:*COTO, O.; MORERA, L., *El MDL en América Latina y el Caribe*, *op. cit.*, p. 6-8.

los proyectos de pequeña escala donde una misma EOD puede realizar la validación y verificación). Dicha entidad, además de verificar si el proyecto cumple con todos los requisitos, también comprobará la cantidad de las reducciones o absorciones calculadas y entonces recomendará a la Junta Ejecutiva certifique el proyecto y emita los certificados correspondientes. Si así lo considerará conveniente, la Junta Ejecutiva, previa revisión del reporte de verificación, dentro de los 15 días siguientes emitirá las RCEs de las que se reducirán un monto destinado a los gastos administrativos y otro al Fondo de Adaptación. El resto de los certificados deberá ser distribuido de acuerdo al pedido de los proponentes del proyecto[27].

Como resultado de todo este proceso, los proyectos que ingresen al sistema del MDL deberán generar, simultáneamente, la reducción de emisiones de GEI y la contribución al desarrollo sostenible de los países anfitriones, agregando así un valor ambiental a las inversiones que se lleven cabo en estos últimos.

III LIMITACIONES DEL MDL EN TORNO A SU CONTRIBUCIÓN A LA SOSTENIBILIDAD

Tomando en cuenta el carácter pionero del mecanismo, no cabe duda que el MDL es una de las primeras herramientas del régimen jurídico del cambio climático que busca contribuir con la reducción de emisiones de GEI mundiales[28]. Al mismo tiempo, como único mecanismo de flexibilidad que promueve la participación conjunta de países desarrollados y en desarrollo en la mitigación del cambio climático, independientemente de la responsabilidad histórica de cada uno de ellos sobre los niveles de emisiones de GEI, representa también el comienzo en los esfuerzos de los países en desarrollo para contribuir con la reducción de emisiones a nivel mundial[29].

[27] *Vid*. UNFCCC, Decisión 17/CP.7 "Modalidades y procedimientos de un mecanismo para un desarrollo limpio, según se define en el artículo 12 del Protocolo de Kyoto", del Doc. FCCC/CP/2001/13/Add.2 de 21 de enero de 2002, p. 28 y ss.

[28] No obstante, algunos autores señalan que el MDL no es un instrumento que permita la reducción global de emisiones y, por lo tanto, es ineficiente para combatir el calentamiento global, pues al ser un instrumento de compensación su labor es compensar las emisiones excedentes de los países desarrollados mediante el desarrollo de proyectos en países en desarrollo. *Vid.*WARA, M., "Is the global carbon market working?", en *Nature*, v. 445, 2007, p. 595–596; y SCHATZ, A., "Discounting the Clean Development Mechanism", en *Georgetown International Environmental Law Review*, v. 20, No. 4, 2008, p. 705-723.

[29] *Vid.* FIGUERES, C.; STRECK C., "The Evolution of the CDM in a Post-2012 Climate Agreement", en *Journal of Environment and Development*, v. 18, n. 3, September 2009, p. 226.

Desde el registro y puesta en marcha del primer proyecto del MDL en 2004[30], diversos estudios analizaron e identificaron las fortalezas y beneficios del mecanismo, a fin de exhibir su éxito durante el primer período de compromisos del Protocolo de Kyoto y lograr su continuidad más allá de 2012[31]. De este modo, se afirma que el MDL es un mecanismo que permite, primordialmente, la incorporación de cuestiones relativas al cambio climático en las políticas nacionales de muchos países y promueve procesos de sensibilización a fin de crear conciencia sobre el valor y los beneficios de las actividades de mitigación[32]. Asimismo, se alega que el MDL influye en la conciencia y comprensión de las tecnologías limpias, el comercio de emisiones y las acciones futuras que deben ser desarrolladas por gobiernos, empresas y la sociedad civil en su conjunto; y que incluso permite introducir la cuestión del cambio climático como un tema clave para actores involucrados en los países en desarrollo[33]. Además de promover la financiación para el desarrollo de proyectos de energía limpia en países en desarrollo; este mecanismo también otorgaría la posibilidad de obtener experiencia y mejorar las ca-

[30] El primer proyecto del MDL registrado se trataba de un proyecto de generación de energía desarrollado en Brasil bajo la denominación "*Brazil Nova Gear Landfill Gas to Energy Project*". Las características del proyecto pueden verse en: <http://cdm.unfccc. Int/Projects/DB/DNV-CUK1095236970.6>. *Última visita 10 de septiembre de 2013.*

[31] Toda vez que el primer período de compromisos del Protocolo de Kyoto comprendía de 2008 a 2012, durante la décimo octava Conferencia de las Partes (COP18) y la octava Conferencia de las Partes en calidad de Reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto (COP/MOP8), celebrada entre el 26 de noviembre y 8 de diciembre de 2012, los Estados acordaron un segundo período de compromisos que comenzaría en enero de 2013 y duraría hasta 2020. En este segundo período de compromisos, todavía pendiente de ratificación, la aplicación del Protocolo de Kyoto continuará sin interrupción, incluidos sus mecanismos de cooperación. *Vid.* UNFCCC, Decisión 1/CMP.8 "Enmienda al Protocolo de Kyoto de conformidad con su artículo 3, párrafo 9 (Enmienda de Doha)" del Doc. FCCC/KP/CMP/2012/13/Add.1, sobre "Informe de la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto sobre su octavo período de sesiones, celebrado en Doha del 26 de noviembre al 8 de diciembre de 2012. Adición. Segunda parte: medidas adoptadas por la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el protocolo de Kyoto en su octavo período de sesiones", de 28 de febrero de 2013, p. 2.

[32] *Vid.* VV. AA., *Study on the Integrity of the Clean Development Mechanism (CDM)*, Final Report, European Commission - DG Clima,Ref: CLIMA.B.3/ETU/2010/0020r, December 2011, p. 13 y ss. Recuperado el 15 de julio de 2012, de: <http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/linking/docs/final_ report_en.pdf>.

[33] *Vid.* SCHNEIDER, L., *Is the CDM fulfilling its environmental and sustainable development objectives? An evaluation of the CDM and options for improvement,* Öko-Institut, Report prepared for WWF, Berlín, 2007, p. 72-73.

pacidades personales e institucionales de dichos países en relación a temas relativos a la mitigación del cambio climático[34].

En este cometido, durante el 18º período de sesiones de la Conferencia de las Partes (COP18) y el 8º período de sesiones de la Conferencia de las Partes en calidad de Reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto (COP/MOP8), celebrada entre el 26 de noviembre y 8 de diciembre de 2012 en Doha, Qatar, las Partes reconocieron la importancia del MDL como instrumento de lucha contra el cambio climático y de su implementación durante el primer período de compromisos del Protocolo de Kyoto[35]. Precisamente, se afirmó que al haber promovido el desarrollo de más de 5000 proyectos en aproximadamente 80 países[36], el mecanismo ayudó a mitigar millones de toneladas de emisiones de GEI, permitió la expedición de RCE por encima de los mil millones de toneladas, y posibilitó la concreción de inversiones por aproximadamente 215 mil millones de dólares estadounidenses en países en desarrollo, siendo un apoyo esencial para el crecimiento económico y el alivio de la pobreza de los mismos[37]. Por estas y otras razones, a la conclusión del primer período de compromisos del Protocolo de Kyoto, el MDL se logró posicionar como el principal generador de créditos de compensación de las emisiones de carbono a nivel mundial[38].

A pesar de estas connotaciones, a lo largo de los años la implementación del MDL se ha enfrentado a una serie de obstáculos y limitaciones, especialmente por la importancia que habría adquirido la reducción de emisiones a bajo costo en el desarrollo de proyectos, dejando de lado el otro objetivo del mecanismo, es decir, la contribución a la sostenibilidad de los países en desarrollo[39].

---

34 *Vid.* VV. AA., *Study on the Integrity of the Clean Development Mechanism (CDM)*, *op. cit.*, p. 14.

35 *Vid.* UNFCCC, Decisión 5/CMP.8 "Guidance relating to the clean development mechanism" del Doc. FCCC/KP/CMP/2012/13/Add.2, *cit. supra*, p. 1.

36 El estado actual de los proyectos del MDL registrados *véase* en el Portal Oficial de la CMNUCC-MDL en <http://cdm.unfccc.int>. Recuperado el 11 de septiembre de 2013.

37 *Vid.* UNFCCC, Decisión 5/CMP.8 "Guidance relating to the clean development mechanism", *cit. supra,* p. 1.

38 *Vid.* UNFCCC, Doc. FCCC/KP/CMP/2012/3 (Part I) de 25 de octubre de 2012, "Informe anual de la Junta Ejecutiva del mecanismo para un desarrollo limpio a la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto", p. 5. Recuperado el 10 de enero de 2013, de: <http://unfccc.int/resource/docs/2012/cmp8/spa/03p01s.pdf>.

39 En relación a las críticas referidas a la escasa contribución del MDL al desarrollo sostenible *véase*: SCHNEIDER, L., *Is the CDM fulfilling its environmental and sustai-*

Escasas son las ocasiones en las que el MDL ha promovido RCE generadas a partir de proyectos con claros beneficios de sostenibilidad para las poblaciones locales y, por el contrario, algunos de estos proyectos reportan exiguos beneficios para las comunidades empobrecidas y altamente vulnerables a los efectos del cambio climático. De hecho, existen evidencias de que muchos de los proyectos del MDL no solo promueven el uso de grandes cantidades de bienes ambientales como la tierra y el agua, sino que ocasionan conflictos sociales y represiones a comunidades locales[40]. Autores como A. Guijarro, J., Lumbreras y J. Habert, por ejemplo, manifiestan que los proyectos del MDL se enfrentan a una gran diversidad de obstáculos que dificultan su impacto positivo sobre el desarrollo sostenible del país anfitrión, en general, y de las comunidades locales afectadas por el proyecto, en particular; razón por la que los proyectos del MDL que actualmente se desarrollan no generan mayores beneficios para los países más pobres[41]. Incluso, otros autores han identificado al MDL como una nueva forma de "colonialismo", denominada por H. Bachram como "*Carbon Colonialism*", donde el único propósito perseguido es distraer la atención para evitar que se produzcan cambios importantes en los países desarrollados[42].

nable development objectives? An evaluation of the CDM and options for improvement, op. cit., p. 13-54*;* Olsen, K., "The Clean Development Mechanism's contribution to sustainable development: A review of the literature", en *Climate Change*, v. 84, Issue 1, September, 2007, p. 59-73; SUTTER, C.; PARREÑO, J. C., "Does the current Clean Development Mechanism (CDM) deliver its sustainable development claim? An analysis of officially registered CDM projects", en *Climatic Change*, v. 84, 2007, p. 75-76;Subbarao, S.; Lloyd, B., "Can the Clean Development Mechanism (CDM) deliver?", en *Energy Policy*, v. 39, Issue 3, 2011, p. 1600–1611; e IBARRA, R., *El Mecanismo de Desarrollo Limpio. Estudio crítico de su régimen jurídico a la luz del imperativo de sostenibilidad*, Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*,* Monografía No. 20, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 341 y ss.

40 Traducción de los autores. *Vid.* FERNÁNDEZ, R. M., "The Flexible Mechanisms to Combat Climate Change: A Critical View of their Legitimacy", en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, v. 2, No. 2, 2011, p. 24. Recuperado el 10 de marzo de 2013, de: <http://www.rcda.cat/index.php/rcda/article/ viewFile/228/830>.

41 *Vid.* GUIJARRO, A.; LUMBRERAS, J.; HABERT, J., *El Mecanismo de Desarrollo Limpio y su contribución al Desarrollo Humano. Análisis de la situación y metodologíade evaluación del impacto sobre el desarrollo*, OXFAM - Universidad Politécnica de Madrid, Madrid, 2008, p. 9.

42 *Vid.* BACHRAM, H., "Climate Fraud and Carbon Colonialism: The New Trade in Greenhouse Gases", en *Capitalism Nature Socialism*, v. 15, No. 4, December 2004, p. 1–16.*Véase* también: VAN ASSELT, H.; GUPTA, J., "Stretching Too Far? Developing Countries and the Role of Flexibility Mechanisms Beyond Kyoto", en *Stanford Environmental Law Journal*, v. 28, No. 2, 2009, p. 337.

A la luz de estas críticas, si bien el MDL demostró ser en algunos casos una herramienta útil para la reducción de costos de las acciones de mitigación conservando importantes ventajas para los inversores de proyectos, en ocasiones la implementación de este mecanismo no ha estado en consonancia con las prioridades de sostenibilidad de los países en desarrollo. Por ello, la pretendida integridad ambiental, eficiencia económica y equidad social del mecanismo, tal como se analiza a continuación, se encuentran ausentes en la ejecución de proyectos del MDL.

1 Respecto a la integridad ambiental

La integridad ambiental es un elemento crucial para analizar el éxito y eficacia del MDL, en tanto que garantiza la reducción de emisiones de GEI a fin de mantener un nivel seguro de temperatura en el Planeta[43]. Dicha integridad está relacionada con la reducción adicional de emisiones de GEI generadas por un proyecto del MDL, la cual es superior a la que se produciría en ausencia del mismo, garantizando así que las cantidades de RCE emitidas sean iguales a las cantidades de reducciones logradas[44]. Si un proyecto del MDL no cumple con la condición de adicionaliadad entonces estaría provocando un efecto contrario al esperado, pues su desarrollo permitiría la generación de créditos de carbono (RCE) falsos que podrían ser utilizados por los países anexo I dela CMNUCC para evitar la reducción de emisiones en sus fuentes, sin contribuir realmente a la reducción de emisiones mundiales[45].

El problema con la adicionalidad radica principalmente en su demostración[46]. Para probar que un proyecto del MDL es adicional se debe di-

[43] *Vid.* FERNÁNDEZ, R. M., "The Flexible Mechanisms to Combat Climate Change: A Critical View of their Legitimacy", *op. cit.*, p. 8.

[44] *Vid.* UNFCCC, Decisión 17/CP.7 "Modalidades y procedimientos de un mecanismo para un desarrollo limpio" del Doc. FCCC/CP/2001/13/Add.2, *cit. supra*, párrafo 43, p. 39.

[45] *Vid*. ALEXEEW, J. y otros, "An analysis of the relationship between the additionality of CDM projects and their contribution to sustainable development", en *International Environmental Agreements:Politics, Law and Economics*, v. 10, Issue 3, 2010, p. 235.

[46] En efecto, se cree que la complejidad que rodea a la demostración de adicionalidad podría haber desalentado a los desarrolladores de proyectos y limitado el número de proyectos dentro del MDL. *Vid.* COSBEY, A. y otros, *Making Development Work in the CDM. Phase II of the Development Dividend Project*, International Institute for Sustainable Development, Manitoba, 2006, p. 63; y STRECK, C., "The Concept of Additionality under the UNFCCC and the Kyoto Protocol: Implications for En-

bujar un escenario hipotético que no se puede probar con absoluta certeza y, por tanto, nunca se podrá llegar a conocer la respuesta a la pregunta qué podría haber pasado sin el proyecto[47].

Al mismo tiempo, como señala C. Voigt, la integridad ambiental del MDL no solo debería estar relacionada con la adicionalidad de las reducciones logradas por un proyecto, sino también con la presencia de beneficios ambientales o al menos la ausencia de impactos negativos sobre el medio ambiente[48]. Si por el contrario, el proyecto no logra una reducción efectiva de emisiones de GEI que sean adicionales y su ejecución genera más bien impactos negativos en el medio ambiente, la integridad ambiental del mecanismo se ve seriamente afectada.

Desde el punto de vista de la sostenibilidad, en la práctica se observa que muchos de los proyectos del MDL que son adicionales y logran importantes reducciones de emisiones de GEI contribuyen escasamente al desarrollo sostenible de los países anfitriones. Por el contrario, si el proyecto genera beneficios de sostenibilidad para el país anfitrión pocas veces es eficiente económicamente y, por tanto, poco atractivo para los inversores[49]. Esto representa que en el actual sistema del MDL existe un conflicto entre la reducción de emisiones/producción de RCE y la contribución al desarrollo sostenible[50].

---

vironmental Integrity and Equity", 2010, p.1. Recuperado el 21 de septiembre de 2013, de: <http://www.ucl.ac.uk/ laws/environment/docs/hong-kong/The%20 Concept%20of%20Additionality%20%28Streck%29.pdf>.

47 *Vid.* MÜLLER, B., *Additionality in the Clean Development Mechanism. Why and What?*, Oxford Institute for Energy Studies EV 44, March 2009, p. 8.

48 *Vid.* VOIGT, C., "Responsability for the Environmental Integrity of the CDM: Judicial Review of Executive Board Decisions", en FREESTONE, D.; STRECK, C., *Legal Aspects of Carbon Trading: Kyoto, Copenhagen, and beyond*, Oxford University Press, New York, 2009, p. 277. Aunque como lo advierte la misma autora, la ampliación del concepto de integridad ambiental hacia la valoración de los beneficios ambientales o la ausencia de los impactos negativos sobre el medio ambiente más allá de la definición realizada por el artículo 12 del Protocolo de Kyoto, podría llegar a suponer una necesidad de enmendar dicho instrumento legal. *Ibídem.*

49 *Vid.* VOIGT, C., "The Deadlock of the Clean Development Mechanism: caught between Sustainability, Environmental Integrity and Economic Efficiency", en RICHARDSON, B.; LE BOUTHILLIER, Y.; MCLEOD-KILMURRAY, H.; WOOD, S.(eds.), *Climate Law and Developing Countries: Legal and Policy Challenges for the World Economy*, Edward Elgar Publishing, 2009, p. 235 y 245.

50 En una evaluación realizada por J. ALEXEEW y otros sobre 40 proyectos del MDL desarrollados en la India, se evidencia que los proyectos de energía eólica y biomasa tienen importantes beneficios para el desarrollo sostenible, mientras que los proyectos hidroeléctricos, de eficiencia energética y proyectos de reducción

Además, ante la necesidad de los países desarrollados por obtener créditos que sirvan para el cumplimiento de sus compromisos y la oportunidad de los países en desarrollo para recibir proyectos que promuevan su crecimiento económico, la demostración de la adicionalidad ha estado relacionada con actos de corrupción en los que los niveles de reducción de emisiones han sido manipulados a fin de acreditar mayores unidades de reducción que las obtenidas realmente por el proyecto[51].

Puesto que las reglas del MDL facilitan y promueven la reducción de emisiones de GEI, al olvidar la valoración de la sostenibilidad, el MDL ha promovido el desarrollo de proyectos que han generado importantes impactos negativos sobre el medio ambiente y las poblaciones locales más pobres y altamente vulnerables a los efectos del cambio climático[52]. El conjunto de estos daños colaterales representan un óbice en la integridad ambiental del mecanismo y, por tanto, reflejan la escasa contribución del mismo a la sostenibilidad.

La diversidad de impactos ambientales esta relacionada con el tipo de proyectos admitidos en el MDL. Así, en general, los proyectos de energías renovables (especialmente proyectos de generación de energía a partir de residuos de biomasa o proyectos de generación de energía eléctrica o térmica a partir de la energía solar) poseen un alto potencial para generar beneficios socioeconómicos (por ejemplo, el abastecimiento energético a poblaciones rurales aisladas); utilizan recursos renovables; no emiten contaminantes; y, por tanto, repercuten en la mejora de la calidad del aire local disminuyendo la dependencia de combustibles fósiles[53]. Otros, como los proyectos de generación eléctrica para el uso industrial no presentan ningún beneficio ambiental más que la sola reducción de emisiones, así los beneficios reales suelen ser únicamente para la industria que promueve el proyecto[54].

---

de HFC-23, si bien generan importantes beneficios económicos, en general, no son sostenibles. La conclusión de esta investigación es que ninguno de los proyectos examinados puede generar una alta contribución al desarrollo sostenible y al mismo tiempo tener una gran adicionalidad. *Vid*. ALEXEEW, J. y otros, "An analysis of the relationship between the additionality of CDM projects and their contribution to sustainable development", *op. cit*., p. 244.

51 *Vid.* BROWN, M., "Limiting Corrupt Incentives in a Global REDD Regime", en *Ecology Law Quarterly*, v. 37, Issue 1, 2010, p. 246-249.

52 *Vid.* VOIGT, C., "The Deadlock of the Clean Development Mechanism: caught between Sustainability, Environmental Integrity and Economic Efficiency", *op. cit*., p. 238.

53 *Vid.* GUIJARRO, A.; LUMBRERAS, J.; HABERT, J., *El Mecanismo de Desarrollo Limpio y su contribución al Desarrollo Humano Análisis de la situación y metodología de evaluación del impacto sobre el desarrollo*, *op. cit*., p. 39.

54 *Ibídem*, p. 47-48.

En cualquier caso, es importante señalar que mientras la integridad ambiental de un proyecto puede ser asegurada mediante el uso de diversas normas y procedimientos para la demostración de adicionalidad y puede ser controlada por actores como las EOD y la Junta Ejecutiva del MDL[55]; en el actual sistema no existen normas de monitoreo ni seguimiento de la contribución a la sostenibilidad y que constaten su logro efectivo.

2 Respecto a la eficiencia económica

Además de asegurar su integridad ambiental, los proyectos del MDL deben responder también a criterios económicos y sociales que propicien su contribución a la sostenibilidad. Sin embargo, la realidad demuestra que en la práctica los intereses económicos priman dentro del sistema del MDL y, por ello, los proyectos desarrollados han concentrado esfuerzos en maximizar la generación de RCE en lugar de atender los requerimientos de sostenibilidad[56].

De hecho muchos de los proyectos representan una gran oportunidad para empresas extranjeras quienes se benefician de las RCE generadas a pesar de no tener ninguna contribución clara o positiva y, por el contrario, generan importantes impactos negativos para las poblaciones rurales[57]. De ahí que autores como B. Pearson señalen que "[...] los gobiernos de los países más industrializados y sus empresas están utilizando el MDL solo para reducir el costo de cumplir con sus objetivos de Kyoto y, como tal, existe una búsqueda de proyectos que ofrecen grandes volúmenes de créditos baratos"[58]. Esto representa que en la práctica existe una aparente

[55] *Vid*. UNFCCC, Decisión 17/CP.7 "Modalidades y procedimientos de un mecanismo para un desarrollo limpio, según se define en el artículo 12 del Protocolo de Kyoto", párrafo 37, b); 62 f) y 63.

[56] Al respecto *véase*: VOIGT, C., "The Deadlock of the Clean Development Mechanism: Caught between Sustainability, Environmental Integrity and Economic Efficiency", *op. cit*., p. 235; y GUIJARRO, A.; LUMBRERAS, J.; HABERT, J., *El Mecanismo de Desarrollo Limpio y su contribución al Desarrollo Humano. Análisis de la situación y metodologíade evaluación del impacto sobre el desarrollo*, *op. cit.*, p. 19.

[57] *Vid*. THOMAS, S.; DARGUSCH, P.; GRIFFITHS, A., "The Drivers and Outcomes of the Clean Development Mechanism in China", en *Environmental Policy and Governance*, v. 21, No. 4, July-August 2011, p. 237.

[58] Traducción de los autores. *Vid.* PEARSON, B., "Market failure: Why the Clean Development Mechanism won't promote clean development", en *Journal of Cleaner Production*, v. 15, Issue 2, 2007, p. 247.

contraposición entre la reducción de emisiones costo-eficientes y la contribución al desarrollo sostenible[59].

Según sus niveles de desarrollo económico, estructuras capitales, tecnología y aparatos productivos, entre otros, algunos países ofrecen mejores oportunidades para introducir tecnologías novedosas y lograr importantes niveles de reducción de emisiones costo-eficientes[60]. Precisamente, esta fue la razón para que la gran mayoría de proyectos, cerca de un 80% del total registrado, se llevaran a cabo en países como China, Brasil e India[61]. Esta situación ha provocado que otros países menos desarrollados, como el caso de los países de África que agrupan poco más del 2% de proyectos, queden al margen del mecanismo. Así, mientras China logra concentrar más de dos mil proyectos, países como Albania, Etiopia, Camerún, Jamaica, Fiji o Paraguay solo registran entre uno y dos proyectos del MDL[62].

Ahora bien, es importante recordar que el objetivo del mecanismo no es la sola financiación de proyectos que promuevan importantes reduc-

[59] El criterio de costo-efectividad representa reducir las emisiones a nivel internacional en los lugares donde sea más barato debido a que independientemente del lugar dónde se lleve a cabo la reducción, el resultado para la atmósfera es el mismo. Desde el punto de vista de costo-efectividad se observa que en algunos casos los países desarrollados buscan lograr a través del MDL una disminución de las emisiones de GEI al menor costo posible sin que esto impida la creación de RCE, incluso aunque estos proyectos no supongan una verdadera promoción al desarrollo sostenible. Mientras algunos proyectos reportan importantes resultados en relación a su eficiencia económica, desde un punto de vista global no necesariamente contribuyen con la sostenibilidad, ni con la ética intergeneracional y regional. *Vid*. YÁBAR, A., "Los mecanismos de flexibilidad de Kioto, otros instrumentos de lucha contra el cambio climático y su aplicación en la Unión Europea", en *RevistaObservatorio Medioambiental*, No. 4, 2001, p. 238.

[60] Se entiende que una opción de reducción de emisiones es barata cuando la reducción de los costos está por debajo del promedio de precio de mercado de carbono de las RCE. En consecuencia, si el precio de mercado no compensa el costo de mitigación, entonces el proyecto no es financieramente atractivo, siendo preferible el comercio de créditos de carbono en el mercado.

[61] La amplia participación de estos países dentro del MDL se debe no solo a su importante crecimiento demográfico suscitado durante los últimos años, sino también al incremento de sus necesidades que propició el establecimiento de nuevas industrias que generan importantes niveles de emisión de GEI, razón por la que adoptar medidas bajas de carbono se convierte en una alternativa favorable.

[62] Mientras el 52.8% de los proyectos de MDL registrados se desarrollan en China, el 18.4% lo hacen en India, el 4.1% en Brasil, el 2.6% en México, el 3.5% en Vietnam y el 2% en Malasia. El restante 16.6% de proyectos se encuentra repartido en otros países en desarrollo. Sobre la distribución de los proyectos del MDL a nivel mundial *véase:* <http://cdm.unfccc.int/Statistics/Registration/NumOfRegisteredProjByHostPartiesPieChart.html>. Recuperado el 12 de septiembre de 2013.

ciones de emisiones a bajo costo, sino que generen a su vez mayores beneficios de sostenibilidad para los países en desarrollo. Por ello la valoración de los proyectos del MDL no puede limitarse a la única contribución de la mitigación del cambio climático, sino también debe vigilarse su potencial para generar beneficios ambientales, económicos y sociales, especialmente a escala local[63].

Debido a la ausencia de una noción operativa de desarrollo sostenible y sus criterios de medición universalmente aceptados, tanto países en desarrollo como países desarrollados han concentrado su atención en la mera reducción de emisiones a bajo costo, perdiendo de vista los elementos del componente de sostenibilidad[64]. Sin embargo, como hace notar R. Fernández, "[...] lo que es barato no siempre es medioambientalmente efectivo o socialmente justo", razón por la que "[...] el desarrollo sostenible solo se podría conseguir si la eficiencia económica se equilibra con la integridad del medio ambiente y un trato equitativo"[65].

El MDL ha funcionado, en general, como un mecanismo de compensación que promueve la sola transferencia de ubicación de las reducciones de emisiones o "fugas de carbono" en los lugares donde es más barato, dejando las medidas más costosas a los países en desarrollo en caso de tener éstos la necesidad de cumplir objetivos de mitigación en el futuro[66]. D. Brown señala que dicha situación representa que los países en desarrollo y, muy especialmente, los países emergentes que podrían asumir compromisos dentro del futuro régimen de cambio climático, se encontrarían con que los escenarios para la obtención de reducciones de GEI económicamente eficientes, ya han sido copados con proyectos del MDL llevados a cabo por países desarrollados. Así, los costos de sus reducciones naciona-

63 *Vid.* KOLSHUS, H., "Can the Clean Development Mechanism attain both cost-effectiveness and sustainable development objectives?", en *CICERO - WorkingPaper*, Oslo, 2001, p. 21–22.

64 *Vid.* BUCHNER, B. K., "CDM – A Policy to Foster Sustainable Development?", en CLINI, C.; MUSU, I.; GULLINO, M. L., *Sustainable Development and Environmental Management. Experiences and Case Studies*, Springer Netherlands, Dordrecht, The Netherlands, 2008, p. 323-324.

65 Traducción de los autores. *Vid.* FERNÁNDEZ, R. M., "The Flexible Mechanisms to Combat Climate Change: A Critical View of their Legitimacy", *op. cit.*, p. 2 y 14.

66 *Vid.* GILBERTSON, T.; REYES, O., *Carbon Trading: How it works and why it fail*, Critical Currents No.7, Dag Hammarskjöld Foundation, November 2009; y SINDICO, F., "Why comply when others are not bound? Emissions Trading, Carbon Leakage and Trade Measures", en RAJAMANI, L.; MALJEAN- DUBOIS, S., *The Implementation of Environmental Law*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2011, p. 209-215.

les futuras se incrementarían dado que dichos países solo tendrían opciones de reducción mucho más caras[67].

Por lo anterior, se observa que una importante porción de la cartera de proyectos del MDL tienen pocos beneficios sobre el medio ambiente, la economía y la sociedad ya que en su mayoría están destinados a la mitigación de GEI y la generación de mayores créditos de carbono. Así el MDL estaría siendo utilizado como un medio barato para reducir los costos que implica cumplir con los compromisos de mitigación del cambio climático, olvidando el otro objetivo, el de contribución a la sostenibilidad.

3 Respecto a la equidad social

Cuando se analiza la contribución de un proyecto del MDL a la sostenibilidad del país anfitrión, la reducción de la pobreza, la generación de empleo, el mejoramiento de la equidad, el acceso a los servicios básicos, la promoción de la educación, el apoyo a los procesos de participación de la comunidad en la toma de decisiones, la mejora de la calidad de vida de las poblaciones locales y el respeto a los derechos fundamentales de las comunidades y pueblos indígenas, entre otros, son indicadores que permiten medir el potencial del proyecto para generar beneficios sociales. La valoración de estos indicadores sociales corresponde a las AND de los países en desarrollo, quienes a tiempo de confirmar la contribución del proyecto a la sostenibilidad de su país, también deben ratificar la existencia de beneficios ambientales y sociales.

Sin embargo, ante la ausencia de una noción operativa universalmente aceptada sobre desarrollo sostenible, así como por la falta de claridad de las políticas nacionales de sostenibilidad y la escasez de recursos económicos y humanos dedicados al control del MDL, muchos países en desarrollo se han visto en la imposibilidad de evaluar correctamente un gran número de proyectos, permitiendo su ejecución en base a su único potencial para

[67] *Vid.* BROWN, D., *Ethical Issues Raised by Carbon Trading*, 15 de junio de 2010.Recuperado el 2 de abril de 2013, de <http://rockblogs.psu.edu/climate/2010/06/ethical-issues-raised-by-carbon-cap-and-trade-regimes.html>. No obstante, posiciones contrarias afirman que el MDL no está capturando todo el potencial de reducción en los países en desarrollo, por lo que tampoco es evidente que les deja solo las opciones de mitigación más caras. Al respecto *véase:*CASTRO, P., *Climate change mitigation in advanced developing countries: Empirical analysis of the low-hanging fruit issue in the current CDM*,Working paper 54, Centre for Comparative and International Studies, Swiss Federal Institute of Technology Zurich and University of Zurich, Zurich, 2010, p. 1-33. Recuperado el 20 de junio de 2013, de <http://www.cis.ethz.ch/publications/publications/2010_WP54_Castro.pdf>.

reducir las emisiones de GEI pero olvidando el otro componente del MDL: el desarrollo sostenible[68].

S. Subbarao y B. Lloyd señalan que

> [...] es obvio que dejar la responsabilidad al país anfitrión para definir el término de 'desarrollo sostenible' ha resultado que el concepto sea usualmente interpretado como 'crecimiento económico'. Además la interpretación conceptual se ha visto muy influenciada por la existencia de los participantes de los proyectos [...] en su mayoría de sectores privados y corporativos.[69]

El resultado es que si bien estos proyectos, evaluados con criterios mínimos de sostenibilidad, logran trascender de alguna manera gracias a sus beneficios económicos y ambientales, solo pocos generan impactos sociales positivos en las comunidades locales[70].

En este escenario en el que la dimensión social del desarrollo sostenible es poca o escasamente valorada, una de las deficiencias del actual sistema del MDL es el limitado acceso a la información y la escasa participación de los interesados[71] en los procesos de toma de decisiones[72]. Esta limitación no solo conlleva la escasa consideración de derechos de los miembros de comunidades locales o pueblos indígenas

68 *Vid.* HUBENTHAL, A., "A host country's perspective on the dual CDM objective (are climate change mitigation and sustainable development convergent project-level targets?)", presentación realizada en el marco de la III Conferencia de la Red de Investigación para el Medio Ambiente y Desarrollo (ReNED), "The Clean Development Mechanism (CDM) – Linkages to Poverty Reduction and Sustainability", 2005, como representante de la Oficina de Promoción del MDL en Ecuador, sin fecha. Recuperado el 20 de abril de 2013, de <http://www.rened.dk/static.asp?page=-CDM_2005>.

69 *Vid.* SUBBARAO, S.; LLOYD, B., "Can the Clean Development Mechanism (CDM) deliver?", *op. cit*., p. 1610.

70 Así, del total de proyectos registrados bajo el MDL, el 51% contribuiría con la sostenibilidad ambiental, el 43% con la sostenibilidad económica y solo el 6% lo hacen con la sostenibilidad social *Vid.* UNFCCC, *Benefits of the Clean Development Mechanism,* 2011, p. 11. Recuperado el 10 de junio de 2012, de <http://cdm.unfccc.int/about/dev_ben/pg1.pdf>.

71 Según los Acuerdos de Marrakech, por "interesados" se entiende a las personas, grupos o comunidades efectiva o potencialmente afectados por una propuesta de actividad de proyecto del MDL. *Vid*. UNFCCC, Decisión 17/CP.7 "Modalidades y procedimientos de un mecanismo para un desarrollo limpio, según se define en el artículo 12 del Protocolo de Kyoto" del Doc. FCCC/CP/2001/13/Add.2, *cit. supra*, anexo, p. 28.

72 *Vid.* BOYD, E. y otros, "Reforming the CDM for sustainable development: lessons learned and policy future", *en Environmental Science & Policy*, v. 12, No. 7, 2009, p. 828.

afectados por un proyecto, sino que en ocasiones desencadena en una invasión e interrupción de la armonía social de dichas poblaciones.

Para el caso del MDL, la difusión de la información relativa a un proyecto y la promoción de la participación pública son indicadores de su contribución a la sostenibilidad del país anfitrión, pues el acceso a la información y la participación del público en la toma de decisiones sobre temas y cuestiones ambientales son elementos fundamentales del desarrollo sostenible[73].

Las normas del MDL prevén que la validación de un proyecto del MDL debe tener lugar luego de que una EOD haya examinado el DDP y la documentación de apoyo que confirman que el promotor del proyecto desarrolló procesos de consulta con las partes interesadas y las poblaciones locales. Con este propósito, cada EOD asume la tarea de examinar el DDP y la documentación de apoyo con el objeto de confirmar que el promotor del proyecto recabó los comentarios de los interesados locales, presentó un documento resumen sobre los comentarios recibidos y dirigió un informe que demuestra cómo dichos comentarios fueron debidamente considerados. Asimismo, dichas disposiciones señalan que la EOD deberá recibir, en el plazo de 30 días, las observaciones de las Partes, de los interesados y de las organizaciones no gubernamentales acreditadas ante la COP, sobre los requisitos de validación del proyecto y deberá ponerlas a disposición del público, a fin de fomentar un proce-

[73] El reconocimiento al derecho de acceso a la información sobre el medio ambiente, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia medioambiental ha tenido una larga evolución. Recordar, a título ilustrativo, el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo por el que se destaca que los asuntos ambientales son mejor manejados con la participación de todos los ciudadanos interesados en el nivel que corresponda y que a nivel nacional toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre medio ambiente que se encuentre bajo posesión de las autoridades nacionales y aquella referida a actividades que comporten un peligro para las comunidades, así como a participar en los procesos de las tomas de decisiones; tareas todas que deben ser facilitadas y fomentadas por los Estados. Otro ejemplo, lo encontramos en el principal instrumento jurídico a nivel europeo con efectos vinculante: la Convención sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, conocida como "Convención de Aarhus" (BOE núm. 40, 16 de febrero de 2005) que, regulando la participación pública, señala que el público en general debe participar en los procesos de toma de decisiones que inciden en el medio ambiente y en el desarrollo sostenible y, por lo tanto, existe el deber de informar de manera eficaz y oportuna cualquiera de los procesos que puedan crear un daño potencial al medioambiente (Preámbulo 8 y artículo 6.2).

so de participación abierto y transparente[74]. Mediante esta consulta todas las personas, grupos o comunidades que pueden verse afectadas por la realización de un determinado proyecto del MDL tienen la oportunidad de formular sus observaciones. Transcurrido el plazo para la recepción de observaciones, en base a la información proporcionada y tomando en cuenta cada uno de los comentarios recibidos, la EOD determinará si el proyecto puede o no validarse[75].

Pese a lo anterior, las normas y procedimientos del MDL no definen las reglas de participación de los interesados ni garantizan su participación activa durante el diseño e implementación de los proyectos. Esto ha provocado que los procesos de consulta se desarrollen de manera poco transparente y cuando la gran mayoría de las decisiones ya habrían sido tomadas, derivando incluso en la vulneración de derechos. Como señala K. WILSON, los interesados no tienen la oportunidad de influir en el diseño del proyecto, por lo que no se valoran sus conocimientos sobre las condiciones ambientales y económicas a nivel local, ni se garantiza el mantenimiento de sus necesidades básicas[76].

Asimismo se observa que en ocasiones los procesos de participación pública son poco transparentes, pues en determinados casos, los promotores seleccionan previamente a las personas o grupos a fin de obtener solo opiniones positivas sobre el proyecto y evitar aquellas que por su negatividad, afectarían su realización. Así, en términos prácticos, una cuarta parte de proyectos solo considera las opiniones de los interesados que han sido seleccionados previamente[77]. De ahí que L. Schneider afirme que "[...] el actual proceso de consulta a los interesados tiene dos puntos débiles. En primer lugar, este no asegura que todos los interesados relevantes sean en realidad invitados y, en segundo lugar, los comentarios de las partes interesadas no son reflejados de forma transparente en los DDP"[78].

[74] *Vid.* UNFCCC, Decisión 17/CP.7, "Modalidades y procedimientos de un mecanismo para un desarrollo limpio, según se define en el artículo 12 del Protocolo de Kyoto" del Doc. FCCC/CP/2001/13/Add.2, *cit. supra*, anexo, inciso 37 b) y 40 c, p. 37-38.

[75] *Ibídem*, anexo, inciso 40 d), p. 38.

[76] *Vid.* WILSON, K., "Access to Justice for Victims of the International Carbon Offset Industry", en *Ecology Law Quarterly*, v. 38, Issue 4, 2011, p. 1029.

[77] Un ejemplo de esta selección sucede en la India donde en muchas ocasiones sólo se involucraba a las administraciones locales en los proyectos del MDL. *Vid.*SCHNEIDER, L. *Is the CDM fulfilling its environmental and sustainable development objectives? An evaluation of the CDM and options for improvement*, *op. cit.*, p. 11-12.

[78] Traducción de los autores*. Ibídem*, p. 62.

La falta de orientación y claridad de las reglas del MDL sobre los procesos de consulta pública y sobre su valoración por las EOD ha provocado que la participación y consulta en los proyectos sea insuficiente o incluso inexistente[79]. En muchos casos los promotores de proyectos adoptaron sus decisiones sin tomar en cuenta las opiniones de los afectados, vulnerando incluso algunos de sus derechos fundamentales como la vida, la salud o la seguridad[80]. Así, los participantes no tienen la oportunidad de recibir la información del proyecto, analizarla, entender íntegramente su implementación y participar en la evaluación y aprobación. Por el contrario, como afirma K. Wilson, muchos de los proyectos desplazan y marginan a los actores locales y las comunidades indígenas, haciendo caso omiso de las necesidades básicas de las poblaciones afectadas por los proyectos[81].

Por tanto, la falta de participación pública y el escaso acceso a la información en el MDL impide la correcta redistribución de los beneficios del mecanismo, los recursos y las oportunidades, así como la construcción de un verdadero balance intercultural y de género en la toma de decisiones relacionadas con los proyectos, desencadenando una importante inequidad social.

IV CONSIDERACIONES FINALES

Si bien el MDL fue creado para promover la reducción de emisiones de GEI, la razón principal por la que muchos de los países en desarrollo aceptaron su viabilidad, fue la contribución al desarrollo sostenible que los proyectos podrían generarles, razón por la que los países en desarrollo vieron en este mecanismo una esperanza para su crecimiento socio-económico sostenible. Sin embargo, el MDL ha sido utilizado como una falsa panacea para la solución del cambio climático, pues en realidad ha contribuido principalmente a los países desarrollados y sus empresas quienes han invertido en proyectos en países en desarrollo con la sola finalidad de obtener RCE y así comprarse su derecho a seguir contaminando localmente.

79 *Vid.* BURIAN, M., *The Clean Development Mechanism, Sustainable Development and its Assessment*, *op. cit.*, p. 51-52.

80 Al respecto *véase:* INTERNATIONAL RIVERS, "The failure of the Kyoto Protocol's clean development mechanism", November 2008. Recuperado el 5 de julio de 2013, de <http://www.internationalrivers.org>.

81 *Vid.*WILSON, K., "Access to Justice for Victims of the International Carbon Offset Industry", *op. cit.*, p.1029.

La contribución a la sostenibilidad ha sido un objetivo relegado en la implementación de proyectos, no solo porque en el desarrollo de los mismos ha primado el interés por generar reducciones de GEI costo-eficientes, sino porque con su ejecución se han generado importantes impactos negativos sobre el medio ambiente y las poblaciones locales.

Ante este hecho, durante los últimos años se ha avanzado en el diseño, desarrollo y puesta en marcha de diversas iniciativas que buscan superar las actuales limitaciones del sistema y así favorecer el desarrollo de proyectos que contribuyan con la mitigación del cambio climático y generen, particularmente, beneficios ambientales, económicos y sociales para los países en desarrollo. Un ejemplo son los sistemas voluntarios de certificación de créditos de carbono de alta calidad como el promovido por la organización *Gold Standard* (GS)[82]. Mediante el uso de una metodología de evaluación de proyectos, el sistema de certificación de GS busca estimular las inversiones en proyectos adicionales y sostenibles que tengan una contribución significativa y duradera para los países anfitriones. Esta metodología incluye un esquema de certificación voluntaria y adicional al MDL convencional que garantiza la calidad de los créditos de carbono, así el GS certifica proyectos que produzcan una reducción efectiva de emisiones de GEI y demuestren una contundente contribución a la sostenibilidad[83]. Con el cumplimiento de estos dos objetivos, la organización entrega créditos "*Premium*" que luego pueden ser comercializados tanto en los mercados de carbono regulados (Protocolo de Kyoto y Unión Europea), así como en los voluntarios. Otro ejemplo es el Programa de Actividades del MDL (PoA, por sus siglas en inglés), también denomina-

[82] *"Gold Standard"* es una organización Suiza sin fines de lucro que opera un sistema de certificación de créditos de carbono de alta calidad y cuyo objeto es la promoción del desarrollo sostenible a través del mercado de carbono. Más información sobre *Gold Standard véase* en su Portal Oficial en: <http://www.cdmgoldstandard.org>. Recuperado el 29 de septiembre de 2013.

[83] Las reglas del GS, siempre que sea posible, se diseñan sobre la base delas normasdela CMNUCC paraevitar la duplicidad de trabajo para el promotor del proyecto, pero este esquema va mucho más allá, sobre todo en cuestiones relativas a la sostenibilidad del proyecto. Desde que en agosto de 2005 GS registrara su primer proyecto de MDL (Kuyasa Energy Efficient Housing in South Africa) a septiembre de 2013, el número total de proyectos registrados bajo su sistema ha aumentado significativamente. En consecuencia se observan 168 solicitudes de registro, 334 proyectos enlistados, 54 proyectos validados, 99 registrados y 83 que recibieron la certificación y los créditos. Mayor información sobre cada uno de estos proyectos puede verse en <http://www.cdmgoldstandard.org/our-projects/project-pipeline>. Recuperado el 29 de septiembre de 2013.

do "MDL programático", que surge como una modalidad evolucionada del MDL convencional desde el punto de vista operativo y económico[84]. Mediante este enfoque programático se fomenta el desarrollo de proyectos de reducción de emisiones de GEI en países y sectores con menor representación en el sistema, promoviendo una distribución más equitativa de proyectos, incentivando la participación y generando mayores beneficios de sostenibilidad, especialmente a escala local. A pesar de sus importantes connotaciones, cabe señalar que si bien estas alternativas cubren de algún modo las carencias del actual sistema del MDL, en el fondo no generan cambios sustanciales al mismo.

Por ello adquiere especial importancia la necesidad de revisión del marco jurídico e institucional del MDL a fin de superar, en base a la experiencia, las limitaciones del actual sistema mediante la incorporación de un enfoque ecosistémico y de justicia climática que favorezca la gestión sostenible de proyectos, el trato justo y el respeto a los derechos humanos. Una buena señal de este cometido es el proceso de revisión de las modalidades y procedimientos del MDL que se llevará a cabo en el noveno período de sesiones de la COP/MOP a realizarse en Varsovia, Polonia, el próximo mes de noviembre de 2013.

En cualquier caso, el propósito final debería estar encaminado a superar los obstáculos presentes en el MDL a fin de asegurar la presencia del mecanismo en el régimen jurídico del cambio climático no solo como una herramienta para la mitigación de GEI, sino como promotor del desarrollo sostenible de los países en desarrollo.

REFERENCIAS

ACQUATELLA, J., Fundamento económico de los mecanismos de flexibilidad para la reducción internacional de emociones en el marco de la Convención de Cambio Climático (UNFCCC), Naciones Unidas-Comisión económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, 2001.

[84] *Vid.* UNFCCC, Decisión 7/CMP.1 "Nueva orientación relativa al mecanismo para un desarrollo limpio" del Doc. FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.1, *cit. supra*, párrafo 20, p. 116. El primer PoA registrado por la Junta Ejecutiva del MDL se realizó en julio de 2009 (Cuidemos México 'Campaña de Uso de Inteligencia de Energía de México' – Smart Use of Energy México) y tiene como objetivo reemplazar 30 millones de bombillas de luz incandescente por focos fluorescentes compactos. Desde entonces se han registrado doscientos veintidós PoAs más. Mayor información sobre los PoAs registrados puede verse en <http://cdm.unfccc.int/ProgrammeOfActivities/registered.html>. Recuperado el 28 de septiembre de 2013.

ALEXEEW, J. y otros, "An analysis of the relationship between the additionality of CDM projects and their contribution to sustainable development", en International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics, v. 10, Issue 3, 2010, p. 233-248.

BACHRAM, H., "Climate Fraud and Carbon Colonialism: The New Trade in Greenhouse Gases", en *Capitalism Nature Socialism*, v. 15, No. 4, December 2004, p. 1–16.

BOYD, E. y otros, "Reforming the CDM for sustainable development: lessons learned and policy future", *en Environmental Science & Policy*, v. 12, No. 7, 2009, p. 820-831.

BROWN, D., *Ethical Issues Raised by Carbon Trading*, 15 de junio de 2010.Recuperado el 2 de abril de 2013, de: <http://rockblogs.psu.edu/climate/2010/06/ethical-issues-raised-by--carbon-cap-and-trade-regimes.html>.

BROWN, M., "Limiting Corrupt Incentives in a Global REDD Regime", en *Ecology Law Quarterly*, v. 37, Issue 1, 2010, p. 237-267.

BUCHNER, B. K., "CDM – A Policy to Foster Sustainable Development?", en Clini, C.; Musu, I.; Gullino, M. L.,*Sustainable Development and Environmental Management. Experiences and Case Studies*, Springer Netherlands, Dordrecht, The Netherlands, 2008, p. 317-331.

CASTRO, P., *Climate Change Mitigation in Advanced Developing Countries: Empirical Analysis of the Low-hanging Fruit Issue in the Current CDM*,Working paper 54, Center for Comparative and International Studies, Swiss Federal Institute of Technology Zurich and University of Zurich, Zurich, 2010. Recuperado el 20 de junio de 2013, de: <http://www.cis.ethz.ch/publications/publications/2010_WP54_Castro.pdf>.

COSBEY, A. y otros, *Making Development Work in the CDM. Phase II of the Development Dividend Project*, International Institute for Sustainable Development, Manitoba, 2006.

COTO, O.; MORERA, L., *El MDL en América Latina y el Caribe*, OLADE, Quito, 2006.

FERNÁNDEZ, R. M., "The Flexible Mechanisms to Combat Climate Change: A Critical View of their Legitimacy", en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, v. 2, No. 2, 2011, p. 1-39. Recuperado el 10 de marzo de 2013, de: <http://www.rcda.cat/index.php/rcda/article/viewFile/228/830>.

FIGUERES, C.; STRECK C., "The Evolution of the CDM in a Post-2012 Climate Agreement", en *Journal of Environment and Development*, v.18, No. 3, September 2009, p. 227-247.

GILBERTSON, T.; REYES, O., *Carbon Trading. How it works and why it fails*, Critical Currents No.7, Dag Hammarskjöld Foundation, November 2009.

GILES, R., "El Protocolo de Kioto como modelo de gestión ambiental global", en REMIRO, A.; FERNÁNDEZ, R. (eds.), *El Cambio Climático en el Derecho Internacional y Comunitario*, Fundación BBVA, Bilbao, 2009, p. 27-60.

GUIJARRO, A.; LUMBRERAS, J.; HABERT, J., *El Mecanismo de Desarrollo Limpio y su contribución al Desarrollo Humano. Análisis de la situación y metodologíade evaluación del impacto sobre el desarrollo*, OXFAM - Universidad Politécnica de Madrid, Madrid, 2008.

IBARRA, R., *El Mecanismo de Desarrollo Limpio. Estudio crítico de su régimen jurídico a la luz del imperativo de sostenibilidad*,Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, Monografía No. 20, Aranzadi, Navarra, 2012.

JOHNSON, K., "Brazil and the Politics of the Climate Change Negotiations", en *The Journal of Environment Development*, v. 10, No. 2, June 2001, p. 178-206.

KOLSHUS, H., "Can the Clean Development Mechanism attain both cost-effectiveness and sustainable development objectives?", en *CICERO - WorkingPaper*, No. 8, 2001, p. 1-22.

MÜLLER, B., *Additionality in the Clean Development Mechanism. Why and What?*, Oxford Institute for Energy Studies EV 44, March 2009. Recuperado el 18 de febrero de 2013, de: <http://www.oxfordclimatepolicy.org/publications/documents/EV44.pdf>.

OLSEN, K., "The Clean Development Mechanism's contribution to sustainable development: A review of the literature", en *Climate Change*, v. 84, Issue 1, September, 2007, p. 59-73.

PEARSON, B.,"Market failure: Why the Clean Development Mechanism won't promote clean development", en *Journal of Cleaner Production*, v. 15, Issue 2, 2007, p. 247-252.

RIBERA, T., "Marco jurídico internacional de la política contra el cambio climático: El proceso de ratificación del Protocolo de Kioto", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 3, 2001. Recuperado el 10 de septiembre de 2013, de: <http://www.reei.org/index.php/revista/num3/notas/marco-juridico-internacional-politica-contra-cambio-climatico--proceso-ratificacion-delprotocolo-kioto>.

SARASÍBAR, M.,*Régimen Jurídico del Cambio Climático,* Lex Nova, Valladolid, 2006.

SCHATZ, A., "Discounting the Clean Development Mechanism", en *Georgetown International Environmental Law Review(GIELR*), v. 20, No. 4, 2008, p. 705-723.

SCHNEIDER, L., *Is the CDM fulfilling its environmental and sustainable development objectives? An evaluation of the CDM and options for improvement*,Öko-Institut, Report prepared for WWF, Berlín, 2007.

SINDICO, F., "Why comply when others are not bound? Emissions Trading, Carbon Leakage and Trade Measures", en Rajamani, L.; Maljean- Dubois, S.,*The Implementation of Environmental Law*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2011, p. 209-250.

STERN, N., *The Economics of climate change: Stern review on the economics of climate change*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

STRECK, C., "The Concept of Additionality under the UNFCCC and the Kyoto Protocol: Implications for Environmental Integrity and Equity", 2010. Recuperado el 21 de septiembre de 2013, de: <http://www.ucl.ac.uk/laws/environment/docs/hong-kong/The%20Concept%20of%20Additionality%20%28Charlotte%20Streck%29.pdf>.

SUBBARAO, S.; LLOYD, B., "Can the Clean Development Mechanism (CDM) deliver?", en *Energy Policy*, v. 39, Issue 3, 2011, p. 1600–1611.

SUTTER, C.; PARREÑO, J. C., "Does the current Clean Development Mechanism (CDM) deliver its sustainable development claim? An analysis of officially registered CDM projects", en *Climatic Change*, v. 84, 2007, p. 75-76.

THOMAS, S.; DARGUSCH, P.; GRIFFITHS, A., "The Drivers and Outcomes of the Clean Development Mechanism in China", en *Environmental Policy and Governance*, v. 21, No. 4, July-August 2011, p. 223- 224.

UNFCCC, *Benefits of the Clean Development Mechanism*,2011. Recuperado el 10 de junio de 2012, de: <http://cdm.unfccc.int/about/dev_ben/pg1.pdf>.

VAN ASSELT, H.; GUPTA, J., "Stretching Too Far? Developing Countries and the Role of Flexibility Mechanisms Beyond Kyoto", en*Stanford Environmental Law Journal*, v. 28, No. 2, 2009, p. 311- 379.

VOIGT, C., "Responsability for the Environmental Integrity of the CDM: Judicial Review of Executive Board Decisions", en FREESTONE, D.; STRECK, C., *Legal Aspects of Carbon Trading: Kyoto, Copenhagen, and beyond*, Oxford University Press, New York, 2009, p. 272- 294.

_____ "The Deadlock of the Clean Development Mechanism: Caught between Sustainability, Environmental Integrity and Economic Efficiency", en RICHARDSON, B.; LE BOUTHILLIER, Y.; MCLEOD-KILMURRAY, H.; WOOD, S.(eds.), *Climate Law and Developing Countries: Legal and Policy Challenges for the World Economy*, Edward Elgar Publishing, 2009, p. 235-261.

WARA, M., "Is the global carbon market working?", en *Nature*, v. 445, 2007, p. 595–596.

WERKSMAN, J., "The Clean Development Mechanisms: Unwrapping the "Kyoto Surprise", en *Review of European Community and International Environmental Law,* v. 7, Issue 2, 1998, p. 147-158.

WILSON, K.,"Access to Justice for Victims of the International Carbon Offset Industry", en *Ecology Law Quarterly*, v. 38, Issue 4, 2011, p. 967-1032.

YÁBAR, A., "Los mecanismos de flexibilidad de Kyoto, otros instrumentos de lucha contra el cambio climático y su aplicación en la Unión Europea", en *Revista Observatorio Medioambiental*, Núm. 4, 2001, p. 307-338.

12

LOS CONFLICTOS AMBIENTALES CAUSADOS POR EMPRESAS TRANSNACIONALES: REALIDADES Y RETOS JURÍDICOS INTERNACIONALES

Isabel Vilaseca Boixareu

Licenciada en Derecho por la Universidad de Barcelona. Máster en Derecho Ambiental por la Universidad Rovira i Virgili, de Tarragona, España. Investigadora predoctoral en el Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona. Participante en el proyecto del Marco Europeo Environmental Justice Organizations, Liabilities and Trade.

Susana Borràs Pentinat

Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Investigadora del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona, Universidad Rovira i Virgili, de Tarragona, España.

I INTRODUCCIÓN

El creciente número de conflictos ambientales existentes actualmente es un tema de gran importancia, que se produce por el proceso de apropiación y transformación del medio ambiente, bien porque se genera un choque de intereses entre quienes provocan el problema ecológico o bien porque hay un desacuerdo por la distribución y uso de los recursos naturales entre los pobladores de un territorio determinado.

En cierto modo, los conflictos ambientales no dejan de considerarse conflictos tradicionales, pero con la particularidad de ser inducidos por una degradación del ambiente, que genera un impacto al equilibrio ambiental, como a la calidad de vida de las personas.

Las ETNs son agentes muy importantes en el proceso de globalización, pero a su vez generan impactos muy significativos en la economía, la política, la sociedad y el medio ambiente de muchas poblaciones locales. Las ETNs poseen un gran poder económico, que convierten en poder político para obtener condiciones ventajosas para sus negocios, causando a menudo efectos negativos en los derechos humanos y en el medio ambiente.

Considerando la importancia que actualmente desempeñan estas empresas, el presente capítulo se centra en el análisis de dos cuestiones muy importantes en relación con su papel en los conflictos ambientales. En primer lugar, se identifican los principales aspectos y tendencias que caracterizan los conflictos ambientales derivados de las actividades que desarrollan las corporaciones multinacionales en todo el mundo, especialmente en los países en vías de desarrollo. En segundo lugar, determinar las diferentes vías jurídicas disponibles para reclamar responsabilidades por daños ambientales, analizando las ventajas e inconvenientes de cada uno de ellos, con el fin de poder extraer, en última instancia, conclusiones acerca de cuáles son las vías más efectivas y recomendables para dar respuesta a estos conflictos.

El análisis de todas estas cuestiones tiene su fundamento en el informe titulado "Legal avenues for EJOs to claim environmental liability"[1],

[1] *EJOLT. "Report 4: Legal avenues for EJOs to claim environmental liability"*. Informe elaborado en 2012 por el Dr. Antoni Pigrau, la Dra. Susana Borràs, el Dr. Jordi Jaria i Manzano y el Dr. Antonio Cardesa-Salzmann de la Universidad Rovira i Virgili (Tarragona-España), con el apoyo de los doctorandos Isabel Vilaseca y Mariano Cirone, estudiantes del Máster Universitario en Derecho Ambiental de la Universidad Rovira i Virgili (Tarragona-España) y financiado por el European Union's Seventh Framework Programme (FP7/2007-2013) under grant agreement nº 266642.

elaborado en el marco del Proyecto Europeo "Environmental Justice Organisations, Liabilities and Trade" (EJOLT)[2]. Los resultados de este informe se han obtenido a partir del análisis y comparación de once estudios de caso, en concreto: el caso Shell (en Nigeria), Texaco (Texaco/Chevron en Ecuador), Trafigura (en Costa de Marfil), el caso Río Tinto-Papua (en Bougainville, Papua, Nueva Guinea), el caso Yanacocha (en Perú), Dyncorp (en Colombia y Ecuador), el caso de los Inuit (zonas del Ártico), el caso Río Tinto-Namibia (en Namibia), el caso Vedanta (en India), Chocó (en Colombia) y el análisis final de una cuestión común a todos los casos, es decir, la persecución de los defensores ambientales[3].

El Proyecto EJOLT tiene como objetivo poner a disposición de las organizaciones dedicadas a promover la justicia ambiental un mapa claro de las vías existentes actualmente para abordar los conflictos ambientales protagonizados por empresas multinacionales y ofrecer sugerencias sobre la efectividad y viabilidad de las diferentes alternativas. Los resultados de este informe no se plantean como definitivos, sino que son más bien observaciones preliminares o provisionales, que pretenden ser revisadas o profundizadas a partir del estudio de nuevos casos.

II LA CARACTERIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS AMBIENTALES CAUSADOS POR EMPRESAS TRANSNACIONALES (ETNS)

Detrás de la extracción y quema de combustibles fósiles, del peligro de la proliferación incontrolada de organismos modificados genéticamente, de la deforestación con daños incalculables, de las industrias contaminantes,

[2] El proyecto EJOLT reúne a un consorcio internacional de actores (científicos, organizaciones activistas, grupos de expertos y diseñadores de política) de diversos ámbitos (ley ambiental, salud ambiental, ecología política, economía ecológica) con el fin de promover el aprendizaje mutuo y la colaboración entre actores interesados en la ciencia de la sostenibilidad, muy en particular, en sus aspectos distributivos. Los conceptos de deuda ecológica (o responsabilidad ecológica) e intercambio ecológicamente desigual son claves. Por esa razón, el proyecto se centra en el uso de dichos conceptos, tanto en actividades científicas como de activismo y de diseño de políticas. EJOLT analizará las raíces de los crecientes conflictos ecológico-distributivos a diferentes escalas, y cómo convertir tales conflictos en un revulsivo a la sostenibilidad ambiental. Consultar la página del proyecto en <http://www.ejolt.org/>. **Entidad finaciera:** UE-European Commission (FP7 SiS-2010-266642). **Investigador/es responsable/s:** Joan Martínez Alier.

[3] Para profundizar en los hechos y los aspectos jurídicos de cada uno de estos casos *vid*. EJOLT Factsheets (próximamente disponibles en: <http://www.ejolt.org/section/resources/factsheets/>).

de la concentración de la propiedad de la tierra y de la privación del acceso al agua, la educación o la salud, de la explotación laboral, así como de la presencia de regímenes de inversión que consagran los derechos del capital transnacional en detrimento de las mayorías del mundo, se hallan unas complejas dinámicas y políticas de empresas transnacionales, muchas de ellas provenientes de la Unión Europea y, concretamente, del Estado español, que provocan exclusión social, guerra, destrucción ambiental y pobreza.

En este sentido, interesa analizar a continuación la naturaleza jurídica de las ETNs, su actuación y los daños que generan fuera del ámbito de su jurisdicción.

1 La naturaleza jurídica de las ETNs[4]

Las ETNs son complejos entramados de empresas en los que una compañía madre, domiciliada generalmente en un país en vías de desarrollo, ejerce el control sobre un gran número de filiales, que suelen estar constituidas conforme a la legislación de los países en que operan (generalmente en países del sur), con lo que poseen una personalidad jurídica autónoma e independiente de la propia de la empresa matriz. Estas compañías subsidiarias pues, están sujetas a la jurisdicción y a las leyes de los países en que están constituidas y en los que operan[5].

Las ETNs son actualmente organizaciones con un gran poder internacional y una gran capacidad de influencia en las políticas de los Estados, que han asentado su estatus gracias a la práctica consolidada de aprovecharse de las ventajas comparativas que ofrecen las legislaciones laborales, fiscales, ambientales y de consumidores de los países en vía de desarrollo, trasladando su actividad a aquellos países que prevén estándares y obligaciones más laxos que las legislaciones de los países en los que se encuentra el centro de dirección de la compañía. Las políticas de desregulación y

4 PIGRAU SOLÉ, A., "La responsabilidad de las empresas transnacionales por daños graves al medio ambiente: explorando la vía de la Alien Tort Claims Act", en BADIA MARTÍ, A. M.; PIGRAU SOLÉ, A.; OLESTI RAYO, A. (eds.), *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia*, v. I, Marcial Pons, Madrid, Barcelona y Buenos Aires, 2009, p. 517 y ss.

5 INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, "Statut juridique des sociétés en droit International", Session de New York, 12 October 1929; INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, "Les entreprises multinationales", Session d'Oslo, 7 September 1977; INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, "Les obligations des entreprises multinationales et leurs sociétés membres", Session de Lisbonne, 1 September 1995.

privatización impulsadas por los países en vías de desarrollo durante los años 80, bajo las directrices del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, como respuesta a la crisis de la deuda externa, contribuyeron notablemente a crear una cancha de libertad al servicio de las ETNs[6].

Con el fin de aprovechar su posición dominante y bajo la premisa de la maximización de sus beneficios, las corporaciones transnacionales a menudo en el desarrollo de sus actividades se han convertido en responsables directas o indirectas de violaciones de derechos humanos, de desestabilizaciones de gobiernos, de golpes de Estado, de conflictos armados, expulsión de comunidades indígenas de sus tierras, daños ambientales, entre otros graves impactos. Ello ha venido amparado por un contexto regido por la máxima del *laissez-faire,* tanto a nivel nacional como internacional. Desde un punto de vista nacional, los países industrializados, tal y como hacían con sus empresas coloniales, han manifestado escaso interés por controlar las prácticas desarrolladas por las corporaciones transnacionales más allá de sus fronteras[7]. Los países en vías de desarrollo, por su parte, pese a que generalmente disponen de instrumentos legales para reclamar la responsabilidad de las empresas (normativa de responsabilidad civil, criminal,...), a menudo carecen de voluntad o capacidad para ejecutarlos. La limitación de recursos humanos y materiales de los aparatos estatales de control; la falta de información sobre las tecnologías empleadas por las corporaciones y sus riesgos; o la propia estructura de las ETNs, cuyas filiales cuentan deliberadamente con recursos limitados, a fin de no poder hacer frente económicamente a eventuales condenas de responsabilidad por daños, son algunos de los obstáculos con los que se topan los llamados "*host States*"[8], para perseguir a las ETNs por la violación de derechos y causación de daños en su territorio[9].

Desde una perspectiva estrictamente normativa, los Estados están obligados a controlar y vigilar los impactos ambientales derivados de las

6 GEORGE, S., *The Debt Boomerang. How Third World Debt Harms Us All*, Pluto Press/ TNI, Londres, 1992.

7 McCOROUODALE, R; SIMONS, P., "Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law", en *The Modern Law Review,* v. 70, núm. 4, 2007, p. 598-625.

8 Expresión anglosajona que se emplea para designar a los estados en los que operan las filiales de las ETNs.

9 MORGERA, E., *Corporate Accountability in International Environmental Law,* OUP, Oxford, 2009; HERNÁNDEZ- ZUBIZARRETA, J., *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa*, Universidad del País Vasco, 2009, p. 27-28.

actividades desarrolladas por las compañías, así como a garantizar los derechos políticos, sociales, económicos y culturales reconocidos en los tratados internacionales de los que son signatarios. Sin embargo, como se ha comprobado en algunos casos como el de Yanacocha, Chocó, Shell o Río Tinto-Papua, si las ETNs actúan con tal grado de libertad es precisamente porque cuentan con el apoyo de los Estados territoriales, a veces mediante la adopción de las medidas legales y administrativas requeridas por las empresas y a veces simplemente a través de la mera tolerancia.

El entendimiento entre los Estados y las compañías transnacionales no se pone de manifiesto en todos los supuestos. En algunos casos, como el de Texaco/Chevron en Ecuador, en las complejas tramas de hechos se entremezclan confrontaciones entre los Estados y la ETNs, generalmente no relacionadas con cuestiones ambientales propiamente, sino con cuestiones relativas a los contratos de inversión y a la titularidad y derechos sobre los recursos explotados.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional Público, por diversas razones, las ETNs parecen moverse con un alto grado de invisibilidad. Por un lado, se observa un importante vacío de regulación internacional que imponga a las corporaciones transnacionales determinadas obligaciones o estándares vinculantes en el ejercicio de sus actividades económicas en cualquier país. Si bien es cierto que a partir de la segunda mitad del siglo XX ha habido varios intentos frustrados de adoptar textos normativos vinculantes en este sentido[10], actualmente, lo único que existe en el marco normativo internacional regulador de las actividades de las ETNs es una recopilación de principios adoptados en 2011 por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, bajo el título "Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework"[11], al que cabe sumar una serie de documentos de principios adoptados por diversas organizaciones (como la OCDE, OIT o el Banco

[10] En 1974 se creó la Comisión de Sociedades Transnacionales de Naciones Unidas en el seno de la cual se intentó gestar un "Code of Conduct for Multinational Enterprises"; *vid.* "Report of the Secretary-General on the progress made in the work on the Code of Conduct on Transnational Corporations", 29 January 1990, UN Doc E/C.10/1990/5. En 2003, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos adoptó las "Norms on the Responsibilities of Transnational Corporation and other Business Enterprises with Regard to Human Rights", pero el documento no fue aceptado por la Comisión de Derechos Humanos (UN Doc E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (26 August 2003)).

[11] UNHRC Res 17/4 (16 June 2011) UN Doc A/HRC/RES/17/4.

Mundial)[12], a los que las empresas pueden adherirse voluntariamente. Estos documentos están teniendo una notable repercusión en un contexto en el que la ciudadanía poco a poco va adquiriendo conciencia crítica y sufre los impactos de las ETNs y, entre estas, aumenta la preocupación por desmarcarse de la imagen que está calando en la opinión pública, mediante la adopción de políticas de responsabilidad social corporativa.

Al respecto, en algunos tratados internacionales relativos a actividades peligrosas no prohibidas[13], se observan algunas obligaciones vinculantes a los causantes de daños derivados de estas actividades, con independencia de que sean actores públicos u operadores privados. No obstante, estas obligaciones no tienen un carácter omnicomprensivo, sino que tienen que ver esencialmente con la responsabilidad civil y la compensación de víctimas por los daños sufridos. Además, varios de estos tratados no han entrado en vigor y algunos parece que nunca lo harán.

Por otro lado, también es cierto que las ETNs están obligadas a respetar los derechos humanos y aquellas obligaciones y derechos contenidos en las convenciones internacionales firmadas por los Estados en los que operan, como por ejemplo, los Convenios de la OIT. Ahora bien, en la medida en que las ETNs no tienen personalidad jurídica plena para el Derecho Internacional, salvo en cuestiones específicas[14], los tribunales

[12] Así por ejemplo: las "OECD Guidelines for Multinational Enterprises" de 1976 (Recuperado el 17 de febrero de 2012, de <www.oecd.org/daf/investment/guidelines>); la "Tripartite declaration of principles concerning multinational enterprises and social policy (MNE Declaration)", adopted by the Governing Body of the International Labour Office at its 204th Session (Geneva, November 1977), (la cuarta edición de la Declaración recuperada el 17 de febrero de 2012, de <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/--multi/documents/publication/wcms_094386.pdf>); o los "Performance Standards on Social Environmental Sustainability" de 2006, en el marco del World Bank's International Finance Corporation (IFC) (Recuperado el 17 de febrero de 2012, de <http://www1.ifc.org/wps/wcm/connect/Topics_Ext_Content/IFC_External_Corporate_Site/ifc+sustainability/sustainability+framework/Sustainability+Framework+-+2012/#PerformanceStandards>).

[13] Sobre el uso de la energía nuclear para usos pacíficos; transporte de petróleo; transporte de sustancias peligrosas; transporte de residuos peligrosos; y, los efectos transfronterizos de los accidentes industriales.

[14] Los casos de disputas comerciales o relativas a la protección de la inversión entre las corporaciones y los "*host States*" a menudo se someten a arbitraje internacional. Asimismo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNGA Res 55/25 (15 noviembre 2000) UN Doc A/RES/55/25), así como la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción contienen disposiciones relativas a la persecución y responsabilidad de individuos y empresas por la comisión de crímenes (UNGA Res 58/4 , 31 octubre 2003, UN Doc A/RES/58/4).

internacionales no tienen jurisdicción para juzgar a estas entidades por las violaciones de los derechos y obligaciones contenidos en los citados convenios. Así pues, el respeto de estos estándares y derechos depende de que los Estados en que se desempeñan las actividades dispongan los mecanismos de control y persecución necesarios para hacer que se respeten. Los Estados son los sujetos obligados internacionalmente a hacer que los derechos previstos en los convenios internacionales se cumplan. A veces los "*host States*" no han ratificado determinados tratados y, en otros casos, aun habiéndolos ratificado, carecen de voluntad o capacidad para hacerlos cumplir, igual que sucede con la aplicación de las normas internas.

En definitiva, el *modus operandi* de las ETNs puede resumirse de la siguiente manera: Una empresa matriz, asentada generalmente en un país desarrollado, toma las directrices principales, y desarrolla su actividad a través de filiales independientes en diferentes países del mundo, generalmente en vías de desarrollo. Con ello se persigue la sujeción a estándares ambientales y laborales bajos y la confianza en que la fiscalización de su actividad y las posibilidades de ser perseguidas por sus impactos se limiten a aquello que establezcan las normas del *"home State"*[15] y a su capacidad para ejecutarlas. Además, estas filiales suelen estar dotadas, estratégicamente, de escasos recursos para blindarlas frente a eventuales reclamaciones de responsabilidad.

2 La actividad de las ETNs como causa del conflicto ambiental

Una importante parte de los conflictos ambientales protagonizados por ETNs tiene que ver con el impacto derivado de actividades extractivas de minería, de petróleo u otros recursos energéticos como el gas o el carbón. Casos como el de las minas de oro de Yanacocha en Perú; el protagonizado por la empresa Vedanta en la India, relativo a una mina de bauxita; o los múltiples conflictos que se han desatado a raíz de la potente actividad extractiva que desempeña Río Tinto en un gran número de países, son algunos de los ejemplos más destacados de las consecuencias derivadas de la minería practicada por las ETNs. Alrededor de la industria del petróleo han tenido lugar un gran número de conflictos con gran resonancia internacional, como el de Texaco/Chevron en Ecuador o el de Shell en Nigeria.

[15] Términos anglosajones que se emplean para designar el Estado en que se encuentra domiciliada la empresa matriz de una ETN.

Los accidentes industriales, como el de Bhopal en la India, y los incidentes relacionados con el transporte de sustancias peligrosas, como el de la nave Probo Koala, que transportaba residuos tóxicos y peligrosos pertenecientes a la gran transnacional petrolera Trafigura, son también algunos ejemplos de conflictos ambientales. Asimismo, son frecuentes los conflictos relacionados con la construcción de grandes proyectos de infraestructuras. La agricultura y las tierras de cultivo de poblaciones locales han sido también objeto de importantes disputas. Entre estas, cabe destacar la disputa originada por las fumigaciones realizadas por la empresa estadounidense Dyncorp, en el marco del "Plan Colombia" para la erradicación de la coca, que contaminaron grandes extensiones de cultivo y causaron numerosos daños a la salud de ciudadanos colombianos y ciudadanos de las regiones fronterizas del Ecuador; o el caso de adquisiciones ilegítimas de tierras de comunidades indígenas en el departamento de Chocó de Colombia, para el asentamiento de extensas plantaciones de palma para la producción de biocombustibles por importantes corporaciones del sector.

3 Los pasivos ambientales, económicos y sociales de la actividad de las ETNs

Los conflictos ambientales suelen presentar un complejo entramado de daños y vulneraciones de derechos. Por un lado, encontramos los daños estrictamente ambientales, como pueden ser la contaminación de las aguas, el aire o los cultivos; la erosión de los suelos; la destrucción de la flora y la fauna; la generación de residuos; etc. A menudo, estos daños tienen como consecuencia directa la afectación a derechos de las personas como la salud, la vida, la propiedad o la vida privada y familiar. Por otro lado, paralelamente, es frecuente que las actividades ambientalmente conflictivas se desarrollen a partir de prácticas vulneradoras de derechos civiles, políticos y sociales y culturales, como el derecho a la integridad física, los derechos de participación, la libertad de movimientos o la libertad de expresión. Al respecto, son especialmente vulnerables colectivos como las comunidades locales, campesinas, indígenas y/o también los defensores del medio ambiente.

Desde un punto de vista jurídico, por su extrema complejidad, la reclamación de responsabilidades por los daños y vulneraciones generadas por los conflictos ambientales presenta algunos obstáculos. Por un lado, estos daños, aunque a veces sean evidentes, necesitan ser probados con informes técnicos, como por ejemplo, certificados médicos, a veces difíciles

de conseguir y a menudo de alto coste económico para las víctimas. Más difícil es todavía acreditar aquellos hechos que suelen darse en paralelo con el desarrollo de las actividades u operaciones ambientalmente dañinas, como puede ser la existencia de connivencia entre el Estado y las empresas. Otra cuestión delicada que plantea este tipo de conflictos es la del valor de los perjuicios. La diferente naturaleza de los daños que se producen y la gran magnitud de los mismos hacen muy difícil su medición. Asimismo, es especialmente complicado determinar el valor de los daños cuando los diferentes actores implicados en los conflictos (las víctimas, los perpetradores y los sujetos llamados a resolverlos) poseen sistemas de valores bien distintos, especialmente divergentes en lo que respecta a la posición y valor de la naturaleza y la relación del ser humano con esta.

4 Conflictos sobre la propiedad y el acceso a la tierra

En un gran número de casos, las actividades extractivas se desarrollan sobre tierras que han sido adquiridas u ocupadas a través de procesos poco transparentes e ilegítimos, por parte de las compañías transnacionales, a menudo con la colaboración, o cuando menos tolerancia, de los gobiernos nacionales.

En algunos supuestos, las adquisiciones de las tierras donde más tarde se instalaron las actividades extractivas, se produjeron dentro del proceso de apropiación de los recursos de las colonias por parte de los Estados más poderosos del mundo. Esto es lo que sucedió en el caso de Río Tinto en Papúa Nueva Guinea. En ese caso, la Administración de Australia arrendó las tierras a una filial australiana de Río Tinto. Entonces, la empresa empezó a ocupar *de facto* los territorios adyacentes, lo que forzó a los residentes a desplazarse, a pesar de sus reclamaciones. Este proceso de expansión de los territorios se benefició de la tolerancia del gobierno Australiano y de los sucesivos gobiernos de Papua Nueva Guinea.

Igual de controvertidas fueron las adquisiciones de las tierras del norte de Perú, cerca de la ciudad de Cajamarca, en que se ubicaron las minas de oro de la Minera Yanacocha S.R.L., dominada por la transnacional estadounidense *Newmont Mining Corporation*[16]. En este caso, los apro-

[16] Kamphuis, C., "Derecho y la convergencia del poder público y el poder empresarial: la desposesión campesina y la coerción privatizada en el Perú, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2012, 15, p. 2; "*Report of the Independent Evaluation of the Mesa de Dialogo y Consenso CAO-Cajamarca"*, Compliance Advisor Ombudsman, 2005, p. 3.

ximadamente 160 km^2 con que cuenta el territorio en que se asientan las minas fueron comprados a precios irrisorios y con procedimientos poco transparentes a campesinos y comunidades indígenas[17]. Estas compras fueron amparadas por las reformas constitucionales y legislativas impulsadas por el gobierno de Fujimori a principios de los 90, dirigidas a revertir los efectos de la reforma agraria de 1969 y disminuir la protección de la propiedad colectiva de las tierras, a fin de facilitar su privatización. Muchos campesinos reclaman que la negociación de las compras de las tierras se efectuó con amenazas, engaño y falsas promesas. Su estrategia consistió básicamente en la supresión del régimen de titularidad comunal de las tierras, que facilitó la adquisición de estas a través de acuerdos individuales entre la compañía y los miembros de la comunidad propietarios[18].

El centro del conflicto que tuvo lugar en la región colombiana de Chocó tiene que ver precisamente con el desplazamiento forzado de la población y la desposesión de tierras de las comunidades afrodescendientes de Curbaradó y Jigumiandó. Este caso es un claro ejemplo de la brecha existente en muchos países entre, por un lado, los textos constitucionales y las leyes, altamente garantistas respecto a los derechos de los pueblos indígenas y, por otro lado, la realidad, testigo de violaciones sistemáticas de estos derechos. Efectivamente, la Constitución colombiana de 1991 reconoce el derecho de las comunidades afro-colombianas a la propiedad colectiva de las zonas delimitadas por la ley, teniendo estas propiedades la condición de imprescriptibles, inalienables y no anulables[19]. Sin embargo, como sostuvo la Defensoría del Pueblo de Colombia en una decisión emitida en 2005, pese a la protección legal de que disponen las comunidades, algunas de las tierras colectivas fueron traspa-

[17] Ormachea Choque, I. "Utilización de Medios Alternativos para la Resolución de Conflictos Socioambientales: dos casos para reflexionar". (1999). Recuperado el 30 de noviembre de 2012, de <http://scar.gmu.edu/Medios%20Alternativos.pdf>, p. 9.

[18] KAMPHUIS, C., "Derecho y la convergencia del poder público y el poder empresarial: la desposesión campesina y la coerción privatizada en el Perú", en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm.15, 2012, p. 2.; *Report of the Independent Evaluation of the Mesa de Dialogo y Consenso CAO-Cajamarca*, Compliance Advisor Ombudsman, 2005, p. 3.

[19] Ley 70 de 1993, de 27 de agosto, por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política (Diario Oficial No. 41.013, de 31 de agosto de 1993); *vid.* DEFENSORÍA DEL PUEBLO, "Informe Defensorial sobre la Situación de Derechos Humanos y desplazamiento forzado en el municipio de Bojayá, Atrato Medio", Bogotá, mayo 2003, p. 5.

sadas a personas no pertenecientes a las comunidades para el cultivo de palma africana. Las empresas de aceite de palma emplearon estrategias basadas en la individualización de la titularidad de las tierras a través de contratos de compraventa ilegales. A su vez, se aprovecharon de las circunstancias del conflicto armado protagonizado por las guerrillas y los grupos paramilitares y ocuparon aquellas tierras que quedaron desocupadas como consecuencia del mismo[20].

5 Vulneración de los derechos de los pueblos indígenas

Como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, los conflictos de desposesión de tierras, generalmente relacionados con la industria extractiva, suelen afectar especialmente a las colectividades más vulnerables, especialmente a grupos indígenas. Además de los impactos sobre su entorno y su salud, la explotación de recursos naturales tiene importantes consecuencias en su modelo económico y estructuras sociales y culturales tradicionales y ancestrales. La mercantilización de las tierras y de los recursos naturales, a través de procedimientos complejos y poco transparentes, implica sin duda una confrontación difícil de superar con el sistema de valores y la visión de la naturaleza de las comunidades indígenas.

El apoyo frecuente de los gobiernos nacionales a estas ocupaciones y a la instalación de las actividades extractivas, amparándose en el ideal del desarrollo, por otro lado, ponen de manifiesto el complejo choque de paradigmas por el que se encuentran atravesados los países con población indígena, especialmente los llamados países del sur. Estos países se ven enfrentados a la compleja tensión de satisfacer la sed de desarrollo de una mayoría de la población subida al carro del paradigma occidental y a la vez atender a las aspiraciones de las minorías indígenas. En un mundo globalizado como el actual, lo primero se concreta generalmente en la dinámica de atraer al inversor extranjero para la explotación de los recursos. En cambio, las aspiraciones de las minorías indígenas son difícilmente compatibles con la dinámica de apropiación y manipulación agresiva del entorno. Algunos conflictos ambientales en los que se han planteado serias afectaciones a poblaciones indígena son el caso Vedanta en la India, o, como se ha señalado, los casos Yanacocha y Chocó.

[20] Resolución Defensorial núm. 39 - Violación de derechos humanos por el cultivo de palma Africana en las tierras colectivas de Jiguamiandó y Curbaradó (Chocó) - Bogotá, 2 de junio de 2005.

6 Persecución de defensores ambientales

En el marco de los conflictos ambientales, además del despojo antes analizado, son frecuentes las violaciones de derechos civiles y políticos. Una de las constantes, en este sentido, es la persecución de defensores ambientales, fenómeno que ha comportado un gran número de víctimas mortales. Los defensores ambientales pueden considerarse una categoría específica de defensores de derechos humanos. En el contexto de las Naciones Unidos, se emplea la terminología de "defensores de derechos humanos" para identificar a aquellas personas que actúan, individual o colectivamente, para promover o proteger los derechos humanos[21]. Los defensores ambientales son aquellas personas, que individualmente o colectivamente se dedican a reclamar, defender y proteger los recursos naturales, el derecho a la salud, los derechos sobre las tierras o, incluso, los derechos culturales de las poblaciones afectadas por los conflictos[22].

Precisamente, a lo largo de los conflictos referidos en el apartado anterior, las persecuciones de defensores ambientales fueron constantes. En el caso Yanacocha, un líder de la comunidad de San Andrés de Negritos, distinguido por su ferviente oposición al proyecto de las minas de oro, fue encontrado muerto de un disparo en Yanacanchilla, después de reiteradas amenazas de muerte. Asimismo, después del derrame de mercurio que tuvo lugar en Choropampa en el año 2000, se intensificaron las protestas y movilizaciones de las comunidades locales y en Cajamarca se creó la organización Grufides. La empresa ha negado siempre las acusaciones de los activistas y las autoridades no han dedicado muchos esfuerzos a investigar los incidentes[23].

En Colombia, el caso Chocó no es una excepción. La estigmatización y persecución judicial de los defensores ambientales bajo acusaciones artificialmente construidas y sustentadas en falsos testigos es una práctica generalizada. A menudo, estas acusaciones consisten en vincular a los activistas con la guerrilla y con los crímenes perpetrados por esta[24].

---

21 UN Office of the High Commissioner for Human Rights.(2004, April). "Fact Sheet No. 29, Human Rights Defenders: Protecting the Right to Defend Human Rights". Recuperado el 28 de noviembre de 2012, de <http://www.unhcr.org/refworld/docid/479477470.html>, p. 3.

22 UNHRC. (2011, 21December)."Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, Margaret Sekaggya", UN Doc A/HRC/19/55, par. 64.

23 Recuperado el 17 de febrero de 2012, de <www.business-humanrights.org/Documents/Yanacocha>.

24 *Vid.* UN High Commissioner for Human Rights, Press Release, Statement of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, Margaret Sekaggya,

Los defensores de derechos humanos y ambientales juegan un papel trascendental, reconocido por la Asamblea General de la ONU[25], en la protección de los derechos humanos en general y del medio ambiente, en particular. Sin embargo, pese a que la misma Declaración de la Asamblea General en que se hace este reconocimiento dispone que los Estados están obligados a disponer las medidas legales y administrativas necesarias para garantizar los derechos de estos colectivos, a la práctica se aprecia, tanto a nivel nacional como internacional, una notable falta de instrumentos institucionales que aseguren esta protección, situando a estas personas en un claro estadio de desprotección e indefensión.

III VÍAS JURÍDICAS PARA RECLAMAR RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS DERIVADOS DE LOS CONFLICTOS AMBIENTALES

Los daños ambientales originados por los conflictos ambientales protagonizados por las ETNs a las diferentes poblaciones afectadas plantea el estudio, a continuación, de las posibles vías de reclamación de responsabilidades y de reparación de daños, tanto a nivel nacional como internacional.

1 Mecanismos nacionales de responsabilidad

Como se ha mencionado anteriormente, por lo general las cortes internacionales no tienen jurisdicción para juzgar a las ETNs por los daños ambientales y las violaciones de derechos humanos, causados en el ejercicio de su actividad en diferentes países del mundo. Lo cierto es que hacer responder a empresas multinacionales de los perjuicios causados al medio ambiente en el ejercicio de su actividad mercantil resulta ciertamente una labor ardua y difícil, pero no imposible ni inalcanzable.

Bogotá, 18 de septiembre de 2009, tras concluir su visita a Colombia; y IACtHR, *Giraldo-Cardona et al v Colombia*, Provisional Measures regarding Colombia, Order of 2 February 2010, par. 33. En el mismo sentido, IACtHR, *Giraldo-Cardona et al v Colombia*, Provisional Measures regarding Colombia, Order of 22 February 2011 .

25 Consultar la Resolución de la Asamblea General 53/144: "Declaración sobre el derecho y la responsabilidad de los individuos, grupos y órganos de la sociedad de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos universalmente", adoptada por la Asamblea General en su 85ª sesión plenaria, de 9 de diciembre de 1998. Recuperado el 27 de noviembre de 2012, de <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/e29c002bc3c306068025673e0051287f?Opendocument>.

Las sociedades transnacionales son personas jurídicas y, en consecuencia, sujetos de obligaciones y derechos, siendo las normas jurídicas también obligatorias para ellas y sus dirigentes. En este sentido, es obligación de los Estados aplicar todos los mecanismos posibles para exigir a estas empresas el cumplimiento de las leyes, así como perseguir, castigar y ordenar la reparación de los daños ambientales, en el caso de que se produjeran delitos ambientales previstos en los derechos nacionales y pertenecientes a la jurisdicción interna. Así pues, la responsabilidad de estas empresas debe ser reclamada a través de las vías judiciales y administrativas que dispongan los sistemas jurídicos nacionales.

Atendida la complejidad de los hechos y la diversidad de elementos que presentan este tipo de conflictos, todos ellos con conexiones en más de un país, generalmente son varias las vías jurídicas disponibles para responsabilizar a las ETNs por sus actos. Por un lado, acostumbran a ser varios los Estados que, conforme a las reglas de Derecho Internacional Privado, pueden tener jurisdicción para conocer este tipo de casos. Por lo general, las jurisdicciones en las que pueden plantearse los conflictos se corresponden con la del país en que los hechos tienen lugar (eso es, el *"host State"*) o con el país en el que está domiciliada la empresa madre (esto es, el *"home State"*). Por otro lado, dentro de una misma jurisdicción, en función de las posibilidades que ofrezca la normativa sustantiva del país (normativa penal, civil, *Alien Tort Claim Act*,...) y en función de los diferentes hechos que compongan la trama del conflicto, pueden a su vez plantearse diferentes vías de reclamación.

En este apartado, en primer lugar, se desglosan las vías disponibles en los *"host States"* y en los *"home States*" y se valora su mayor o menor viabilidad, teniendo en cuenta las tendencias y las prácticas que se han venido observando hasta ahora en los conflictos que se han planteado ya ante los tribunales.

1.1 Reclamaciones en los "*host States*"

De entrada, cabe advertir que el recurso a las cortes del Estado en que se producen los daños en la mayoría de los casos es mínimo. A veces, incluso estas vías se han obviado por completo. Así, por ejemplo, el caso de Río Tinto-Papua, en el que las vías judiciales internas eran manifiestamente inviables, por la evidente complicidad del conjunto del sistema estatal con la empresa.

La trayectoria a través de las diferentes vías disponibles en las jurisdicciones nacionales suele iniciarse con los recursos ante los órganos administrativos o gubernamentales responsables de conceder los permisos de las actividades y en caso de que estos sean ineficaces, continúa con los oportunos recursos ante los tribunales administrativos, civiles, criminales o incluso ambientales, cuando los haya.

La eficacia de las vías de reclamación internas en los *"host States"* suele ser limitada, por razones diversas. A menudo tiene que ver con las relevantes implicaciones políticas que plantean este tipo de casos y los intereses estatales involucrados en ellos. Otras veces las decisiones judiciales son muy garantistas pero encuentran dificultades para ser ejecutadas. Uno de los obstáculos para su ejecución es la estratégica escasa solvencia de las filiales para hacer frente a las obligaciones de compensación. De ahí el reto de poder atribuir la responsabilidad por los daños no solo a la filial, sino también a la empresa matriz.

Desde el punto de vista de la justicia ambiental, una de las cuestiones controvertidas que suele plantearse en el marco de la resolución de los conflictos es la falta de transparencia y legitimidad de los acuerdos extrajudiciales adoptados entre las víctimas y las empresas, o bien entre las empresas y los Estados. Esta no es una cuestión exclusiva de los *"host States"*, pero sí igual, se plantea en ellos con mayor frecuencia.

No obstante, pese a los aspectos críticos mencionados, en algunos países, destaca positivamente la existencia de instrumentos judiciales vanguardistas especialmente dirigidos a la protección del medio ambiente, como son las acciones populares. Este es el caso de varios países de Latinoamérica.

En países como Colombia, por ejemplo, destaca el importante papel que desempeñan los tribunales ordinarios y especialmente la Corte Constitucional en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el Convenio 169 de la OIT. Ello queda reflejado en el caso Chocó, en el que varias decisiones judiciales y de la corte constitucional reconocen las violaciones de derechos que padecen las comunidades indígenas de Curbaradó y Jiguamiandó, la especial protección constitucional que merecen estos colectivos y la necesidad de devolverles sus tierras[26]. Ahora bien, el sistema judicial colombiano se encuentra enfren-

[26] En este sentido, *vid.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No T-769/09, Bogotá, D. C., de veintinueve (29) de octubre de dos mil nueve (2009; Corte constitucional de Colombia, Sentencia T-025/04. Bogotá, D. C., veintidós (22) de enero de dos mil cuatro (2004). Expediente T-653010.

tado a un lado oscuro. Por un lado, topa con la cuestión de la ejecución de las sentencias. En el caso Chocó, las decisiones judiciales no han sido nunca ejecutadas correctamente. Por otro lado, el espíritu garantista que se refleja en relación con algunas cuestiones no ofrece la misma cara en relación con otras. Así por ejemplo, en el mismo caso Chocó, la atención y esfuerzos destinados a perseguir los casos de amenazas, asesinatos, mutilaciones, desapariciones forzadas y crímenes que se dieron fueron muy escasos.

El conflicto Dyncorp, en cambio, es un claro ejemplo de lo difícil que resulta que demandas y alegaciones que ponen en cuestionamiento profundo las políticas del gobierno prosperen satisfactoriamente. En este caso el Ministerio de Medio Ambiente y la Dirección General de Estupefacientes de Colombia fueron demandados en 2001 por dos abogados ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Este tribunal, apoyándose en el principio de precaución, ordenó la suspensión temporal de las fumigaciones de glifosato a pesar de no existir evidencia científica sobre los efectos de estas a largo plazo. Sin embargo, cuando el caso llegó a la Sala Contencioso-Administrativa del Consejo de Estado en 2004, este se desmarcó de la postura del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y anuló la orden de suspensión temporal[27]. En el mismo sentido volvió a pronunciarse el Consejo de Estado en 2005 en relación con una demanda de responsabilidad civil por daños interpuesta por un ciudadano colombiano que había sido desestimada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Caquetá. Este se basó en un informe de la División Nacional de Narcóticos que señalaba que no había evidencia científica sobre la relación de causalidad entre los daños a la salud y a los cultivos y ganado padecidos por el ciudadano colombiano y las fumigaciones de glifosato[28].

Las mismas fumigaciones que, como se ha comentado con anterioridad, afectaron también a los territorios fronterizos del Ecuador, motivaron la interposición de una acción constitucional por parte de un grupo de ciudadanas ecuatorianas contra el Estado ecuatoriano ante la jurisdicción

[27] Official English translation No. 297/04 of a Colombian State Council ruling dated 19 October 2004, Bureau for International Narcotics and Law Enforcement Affairs, Washington, DC, 22 August 2006. Recuperado el 29 de noviembre de 2012, de <http://www.state.gov/g/inl/rls/rpt/aeicc/70978.htm>.

[28] Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Cuarta) del Consejo de Estado, de 31 de marzo de 2005, Juan Bautista Mosquera-Plaza c. Consejo Nacional de Estupefacientes, Dirección Nacional de Estupefacientes y Policía Nacional, Radicación núm. 18001-23-31-000-2004-00612-01(AC).

contencioso administrativa. Las demandantes alegaron omisión por parte del Estado de sus deberes constitucionales. El Tribunal de primera instancia, con la confirmación posterior de la Corte Constitucional[29], ordenó a varios de los ministros ecuatorianos a adoptar las medidas necesarias para evitar los daños derivados de las fumigaciones. No obstante, estas decisiones a la práctica trajeron escasas consecuencias.

Del caso Texaco en Ecuador, un caso histórico que arrastra años de lucha de miles de víctimas a través de los sistemas judiciales, cabe destacar varios aspectos. En primer lugar, este caso es una muestra de la preferencia que muestran abogados y defensores de la justicia ambiental por someter preferentemente los conflictos a la jurisdicción de los países en los que se asienta la empresa matriz. Esta preferencia no solo tiene que ver con una cierta desconfianza en los sistemas judiciales de los *"home State"*, sino también con los obstáculos existentes para demandar a la empresa matriz en un país con el que en principio no tiene vínculos, o al menos no directos, al no estar domiciliada ni operar en el mismo. En este caso, a diferencia de los anteriormente comentados, la demanda fue inicialmente interpuesta ante las cortes estadounidenses y solo después de la negativa de estos de aceptar oír el caso se acudió a la jurisdicción ecuatoriana. El resultado final del largo proceso judicial que tuvo lugar en Ecuador fue muy satisfactorio para las víctimas. En una sentencia emitida por la Corte Provincial de Sucumbíos en 2011, y confirmada en apelación en 2012, Chevron como sucesora de Texaco, fue considerada responsable de las catástrofes ambientales derivadas de su actividad y condenada a pagar una suma multimillonaria de dólares[30]. Debe destacarse de este proceso judicial el hecho de que fue instado a través de una acción popular. Esta es una acción prevista en la legislación ecuatoriana que permite acceder a los tribunales para la defensa del medio ambiente con independencia de que los derechos individuales de los actores hayan sido o no vulnerados.

Es reseñable la superación de la barrera de la de separación de identidades de las ETNs que presenta este caso. La Corte consideró a la empresa matriz como única responsable de las actividades de la empresa filial

[29] Resolución del Tribunal Constitucional de 15 de marzo de 2005, asunto núm. 0371-04-RA. Recuperado el 23 de enero de 2012, de <www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&task=view&id=1987&pop=1&page=0#anchor1609703>.

[30] Juicio No. 2003-0002. Juez Ponente: Nicolas Zambrano Lozada. Corte Provincial de Sucumbios – Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos. Nueva Loja, 17 de febrero de 2011.

bajo el argumento de que esta última es administrativa y económicamente dependiente de la primera. Igualmente merece la pena resaltar el hecho de que la Corte decidiese dejar sin efectos un acuerdo que había firmado el gobierno ecuatoriano con la compañía por el cual los derechos de acceso a la justicia de los particulares quedaban limitados.

En el caso Trafigura, el resarcimiento de los daños derivados por el incidente de la nave *Probo Koala* que transportaba residuos tóxicos y peligrosos se determinó a través de un acuerdo entre el Gobierno de Costa de Marfil y la empresa Trafigura. Esta última se comprometía a pagar 152 millones de euros para la construcción de una planta de tratamiento de residuos y contribuir a las operaciones de reparación, a cambio de que el Gobierno se comprometiese a no interponer ningún tipo de acción de responsabilidad civil o criminal contra Trafigura y de dejar en libertad al personal de la compañía encarcelado[31]. Este acuerdo recibió serias críticas por parte de ONGs defensoras de los derechos humanos y del medio ambiente ya que se trataba de una forma de resolver el conflicto que dejaba de lado la voz de las víctimas y sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación de los daños padecidos.

Igual de conflictivos suelen ser los acuerdos de compensación de daños convenidos entre las empresas y las víctimas. No son poco frecuentes los casos en que la cantidad comprometida por la empresa en concepto de compensación es mucho menor que el valor de los daños. Esto queda claramente reflejado en el caso Yanacocha. Este tipo de transacciones monetarias, suelen enmascarar verdaderas situaciones de injusticia. En el caso de las comunidades indígenas, los impactos más trascendentales de la minería tienen que ver con la afectación a sus estructuras sociales, económicas y culturales. Así pues, se trata de afectaciones de carácter inmaterial, difícilmente medibles y compensables en términos monetarios.

La falta de recursos y la lentitud del aparato judicial de algunos países, así como la inestabilidad del sistema jurídico-político (cambios legislativos constantes) son factores que sin duda disuaden a abogados y organizaciones de acudir a los tribunales del país donde se comenten los hechos. Estos factores, por ejemplo, pasaron factura en el caso Shell, que dio lugar a la celebración de numerosos juicios en Nigeria, entre los cuales pocos han obtenido una sentencia firme. Aunque no debe obviarse en este caso, deci-

[31] JESSE, K; VERSCHUUREN, J,."Country Report: The Netherlands", en *IUCN Academy of Environmental Law e-Journal Issue, 2*011, p. 157.

siones de especial trascendencia como la dictada por la Corte Suprema de Nigeria en 2006 por la que se obligaba a Shell a cesar durante un periodo de tiempo la explotación de gas en varias comunidades; o la sentencia de la Corte Federal Nigeriana el 5 de julio de 2010 por la que se hace pagar a Shell una cantidad de 100 millones de dólares en concepto de compensación por los daños y las pérdidas derivadas de un vertido de petróleo que había tenido lugar en 1970.

1.2 Reclamaciones en los "*home States*"

En ocasiones, una suma de varios factores hacen aconsejable tomar en consideración la posibilidad de acudir a la jurisdicción del país en el que se encuentra asentada la empresa matriz de la transnacional, generalmente en la región europea o en Norte-América. Entre estos factores encontramos por un lado, las dificultades que a veces existen en los países en vías de desarrollo para acceder a la justicia; las escasas garantías que ofrecen los sistemas judiciales de estos países respecto a que las sentencias acaben siendo ejecutadas y la limitación del capital de las compañías subsidiarias. Estas circunstancias contrastan, por otro lado, con las ayudas financieras, tanto de carácter público como privado, disponibles en algunos de los países de las empresas madres para embarcarse en juicios de gran envergadura y coste económico. Cada vez existen más despachos de abogados dispuestos a litigar *pro bono*, esto es, asumiendo los costes de los procesos y condicionando la obtención de beneficios al supuesto en que el resultado del litigio sea satisfactorio.

La evolución de los conflictos ambientales que se han planteado hasta la fecha muestra que existen países desarrollados que disponen de vías judiciales para que ciudadanos extranjeros inicien procedimientos con efectos extraterritoriales a fin de responsabilizar a las empresas transnacionales de los daños cometidos en otros países. Los países en los que hasta la fecha se ha puesto de manifiesto esta posibilidad son aquellos en los que seguramente se encuentran asentadas la mayor parte de las compañías madre de las transnacionales. Estados Unidos, con su *Alien Tort Claim Act* (ACTA), es uno de ellos. En Europa países como el Reino Unido y los Países Bajos tienen experiencia en juzgar este tipo de casos. Las demandas planteadas en los países europeos suelen ser reclamaciones de responsabilidad civil ordinarias. En ocasiones también se han planteado demandas de responsabilidad penal. La jurisdicción para conocer de estas

se encuentra reconocida en las normas de la Unión Europea de Derecho internacional privado.

Ahora bien, debe advertirse que no en todos los países, la normativa interna, en especial, las reglas de Derecho internacional privado (teniendo en cuenta las normas y el estado de la jurisprudencia) permiten esta posibilidad. Por otro lado, en muchas ocasiones, incluso en los países citados, la competencia de los tribunales del país de la empresa madre no es clara ya que la normativa prevé excepciones interpretables. Ello da lugar a un largo recorrido de litigios, exclusivamente centrados en cuestiones sobre jurisdicción, que en caso de que tengan un resultado satisfactorio, posponen excesivamente el momento de juzgar el fondo de los asuntos, generando a su vez un gran desgaste psicológico y coste económico. Por otro lado, no han faltado ocasiones en que, tras años de litigio sobre la jurisdicción de los tribunales del país de la empresa madre, se ha acabado considerando que no existía jurisdicción. Esto es lo que sucedió en el caso Texaco[32]. En otras ocasiones, como en el caso *Connelly vs Río Tinto*, aun habiéndose admitido la jurisdicción de las cortes, por motivos diversos (prescripción de la acción,...) no se ha llegado a juzgar el fondo del asunto[33].

Otra de las reflexiones que plantea el hecho de que los conflictos ambientales sean sometidos a la jurisdicción de determinados países desarrollados, tiene que ver con el impacto que ello puede tener desde el punto de vista de la cultura jurídica. Cuanto menos cabe interrogarse sobre si esta tendencia puede llegar a implicar la imposición en otros países de una cultura jurídica de patrones occidentales. Ello podría llevar a la paradoja de que la alternativa jurídica igual más satisfactoria para garantizar los derechos de los individuos o colectivos, a veces de patrones culturales muy distintos, ante casos concretos puede tener efectos perversos a otro nivel, en el sentido que puede suponer un modo de "aculturamiento" de otros modelos jurídicos, o en algunos casos de potenciar y reproducir el "aculturamiento" ya existente desde los tiempos coloniales.

[32] *Aguinda v. Texaco, Inc*., 142 F. Supp. 2d 534 (S.D.N.Y. 2001); *Aguinda v. Texaco Inc*., 303 F. 3d 470 (2d Cir. 2002).

[33] *Connelly vs RTZ Corporation and others* [1997] UKHL 30, [1997] 4 All ER 335, [1997] 3 WLR 373.

A *Posibilidades de juzgar a las ETNs en Estados Unidos – Alien Tort Claims Act (ATCA)*

El *Alien Tort Claims Act* (ATCA)[34] es una ley federal estadounidense, aprobada en 1789, que otorga competencia a los tribunales federales de ese país para conocer de demandas de responsabilidad civil interpuestas por extranjeros, ante violaciones del Derecho internacional. Desde la Sentencia del caso *Filartiga* v. *Peña Irala* en 1980[35], esta norma ha sido empleada satisfactoriamente para interponer reclamaciones de compensación por violaciones de derechos humanos. Ahora bien, la obtención de resultados satisfactorios, con base a esta normativa no está exenta de obstáculos. Por un lado, existen una serie de requisitos relativos a la materia objeto de reclamación que deben cumplirse. Por otro lado, existe la posibilidad de que los demandados se opongan a la aplicación de esta ley por medio de excepciones.

Además de los requisitos de que el demandante sea un ciudadano extranjero o residente en el extranjero y de que el demandante haya sido víctima de los daños invocados, el ATCA exige que el daño consista en una violación de un tratado internacional relacionado con Estados Unidos o del Derecho internacional consuetudinario. Es controvertida la interpretación de qué debe ser considerado derecho consuetudinario. Aunque se ha señalado que no necesariamente debe ser categorizado como *ius cogens*[36], debe tratarse de una norma suficientemente específica, obligatoria y universal[37]. Entre estas se han considerado vulneraciones como las detenciones arbitrarias prolongadas, ejecuciones extrajudiciales, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad o discriminaciones raciales sistemáticas. En cambio, el ATCA no ha sido considerada aplicable en relación con represiones de la libertad de expresión, violaciones de derechos de propiedad o actos de financiación de terrorismo. Ahora bien, no debe perderse de vista que estamos ante una cuestión de interpretación, no inamovible, sujeta a evolución y a la posibilidad de que existan criterios discrepantes entre las distintas cortes.

No está claro si las violaciones de las normas de Derecho ambiental entran dentro del ámbito material del ATCA. En el caso Dyncorp, el juez

[34] The Alien Tort Statute (28 U.S.C. § 1350; ATS).También conocida como Alien Tort Claims Act (ATCA).

[35] *Filartiga v. Pena-Irala*, 577 F. Supp. 860 (E.D.N.Y. 1984), 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

[36] *Alvarez-Machain v. Sosa*, 331 F.3d 604 (9th Cir. 2003).

[37] *Forti v. Suarez-Mason*, 672 F. Supp. 1531 (N.D. Cal. 1987).

estadounidense reconoció que las normas ambientales deberían poder ser consideradas como normas, suficientemente específicas, obligatorias y universales y su cumplimiento ser enjuiciado bajo el paraguas del ATCA[38]. En el año 2000, el caso Río Tinto-Papua fue el primero en el que la vulneración de una norma internacional del medio ambiente fue reconocida como una violación susceptible de fundamentar una demanda bajo el ATCA. En tal caso, la norma vulnerada fue el artículo 194 de la Convención de 1982 sobre Derecho del Mar[39].

La cuestión que se plantea, no obstante, es la de si la evitación de serios daños al medio ambiente como norma puede ser encajada dentro de la protección otorgada por el ATCA. Esta protección podría fundarse, por ejemplo, en el argumento de que la protección del medio ambiente está dentro de la categoría de *ius cogens*, algo que se encuentra dentro de los propósitos de la Comisión de Derecho Internacional[40].

Otro de los requisitos que se exige para que los tribunales estadounidenses puedan entrar a conocer un caso con base a la ATCA, es que los sujetos demandados mantengan algún tipo de conexión con Estados Unidos. En los supuestos en que interviene una compañía extranjera, se exige que esta ejerza un mínimo de actividad económica en los Estados Unidos[41].

No obstante, es frecuente que pese a darse los requisitos mencionados las cortes estadounidenses decidan inadmitir a trámite los casos con base a excepciones como la inmunidad del Estado; la doctrina del acto de Estado, cuando las vulneraciones se han cometido en colaboración con los agentes de los países en que se desarrollan las operaciones; la calificación del caso como de naturaleza política, cuando se considera que por sus características debe ser abordado por el poder ejecutivo; y el principio de *forum non conviniens*, cuando se considera que por las circunstancias del caso existe una jurisdicción ubicada en una mejor posición para conocer de él.

En relación con la generación de daños ambientales, son pocos los casos que se han planteado ante las cortes estadounidenses. Varios de ellos fueron inadmitidos con base a alguna de las excepciones antes referidas.

38 *Aguasanta v. Dyncorp*, 517 F. Supp. 2d 221, 227 (D.D.C. 2007).

39 *Sarei v. Rio Tinto PLC,* 221 F. Supp. 2d 1116, (C.D. Cal., 2002), 1139.

40 Así se desprende del artículo 40 del "Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts", ILC y GA, 2001. Recuperado el 29 de noviembre de 2012, de <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf>.

41 *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F.3d 88 (2d Cir. 2000), 95.

Por ejemplo, en el caso Texaco, al amparo del principio de *forum non conviniens*, se consideró que las Cortes ecuatorianas eran más apropiadas que las estadounidenses para conocer el caso. Esta determinación quedó sujeta a la condición de que la compañía aceptase someterse a la jurisdicción de las cortes ecuatorianas[42].

En el caso Río Tinto-Papua, en un principio se estimó inadmitir a trámite la demanda al amparo de la excepción de la naturaleza política del caso. No obstante, este criterio fue posteriormente modificado por un cambio de las circunstancias[43].

Otros argumentos han sido invocados para rechazar las demandas contra empresas en el marco de conflictos ambientales. En el propio caso Río Tinto-Papua, por ejemplo, se acabó imponiendo, como requisito adicional, el de agotar las vías internas del *"host State"* antes de acudir a la jurisdicción de la empresa madre. Según la Corte que juzgó esta cuestión, este requisito no es exigible en supuestos de violaciones mayores como crímenes de guerra, genocidio, crímenes contra la humanidad, etc., pero sí en el caso de violaciones del Derecho Internacional del Medio Ambiente como las que estaban en juego en el caso[44].

Shell ha sido también demandada en varias ocasiones ante las cortes estadounidenses por las violaciones cometidas en el ejercicio de su actividad en Nigeria. Los casos más significativos en relación con las actuaciones de la transnacional petrolera en el país africano son el caso Wiwa[45] y el caso Kiobel[46]. En el marco del caso Kiobel, todavía pendiente de la decisión final de la Corte Suprema, se ha puesto en cuestión la práctica hasta ahora consolida de emplear el ATCA como vía para pedir responsabilidades a las multinacionales por la violación de derechos humanos reconocidos en el Derecho consuetudinario. En esta ocasión, si bien se aceptó la aplicabilidad del ATCA por razones materiales (torturas, detenciones ilegales, crímenes contra la humanidad,…), tuvo más relevancia el argumento aducido por la parte defensora sobre la falta de jurisdicción personal para juzgar a las empresas bajo esta norma. La *US Second Circuit of Appeals* en Nueva York rechazó la posibilidad de enjuiciar a compañías por la vía del ATCA, con

[42] *Aguinda v. Texaco, Inc*., 142 F. Supp. 2d 534 (S.D.N.Y. 2001); *Aguinda v. Texaco Inc*., 303 F. 3d 470 (2d Cir. 2002).

[43] El caso es *Sarei et al v. Rio Tinto Plc et al*, 9ª Corte de Apelaciones, núm. 02-56256.

[44] *Sarei v. Rio Tinto PLC,* 550 F.3d 822 (9th Cir. 2008).

[45] *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co*., 226 F.3d 88 (2d Cir. 2000).

[46] *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 621 F.3d 111 (2d Cir. 2010).

base al argumento de que el Derecho internacional consuetudinario de los derechos humanos no reconoce la responsabilidad de las corporaciones.

B *Reclamación de responsabilidad civil en países de la Unión Europea*

El Parlamento Europeo, desde hace años, viene mostrando interés en las posibilidades de aplicar la jurisdicción extra-territorial para controlar el comportamiento de las empresas europeas en países extranjeros[47]. En su Resolución de 13 de marzo de 2007[48], el Parlamento Europeo solicitó a la Comisión promover campañas de concienciación y controlar la implementación de la responsabilidad directa de las empresas en el extranjero, de acuerdo con el Convenio de Bruselas; laDirectiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa[49] y la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, «Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»[50].

---

47 WOUTERS, J.; DE SMET, L.; RYNGAERT, C., *Tort Claims Against Multinational Companies for Foreign Human Rights Violations Committed Abroad: Lessons from the Alien Tort Claims Act?*, Institute for International Law, K.U., Working Paper, Leven, 2003.

48 Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2007, sobre la responsabilidad social de las empresas: una nueva asociación. *Diario Oficial C 301E de 13.12.2007, p. 45-55.*

49 Diario Oficial n° L 250 de 19/09/1984 p. 0017 – 0020.

50 Esta Directiva modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa; la Directiva 97/7/Ce del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores; Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CEy Reglamento (CE) No 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de octubre de 2004 sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores.

En efecto, las normas de Derecho internacional privado de la Unión Europea están abiertas a la posibilidad de que las ETNs sean demandadas en su domicilio por hechos cometidos en el extranjero. El artículo 2 del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil[51] establece que las personas domiciliadas en un Estado Miembro de la UE están sometidos a la jurisdicción de dicho Estado, con independencia de la nacionalidad o lugar de residencia de la persona demandante.

Por otro lado, el Reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»)[52], en su artículo 4.1, dispone que en general la ley aplicable es la del país donde suceden los daños y no el país donde la decisión causante de los daños tiene lugar[53]. Ahora bien, el artículo 7 del mismo reglamento prevé una excepción específica para el ámbito del medio ambiente[54]. Según este artículo, en principio, en los casos de daños ambientales debe regir la regla del artículo 4.1. Sin embargo, abre la posibilidad a que el demandante decida basar su demanda en la ley del país en el que tuvo lugar el hecho que causó el daño.

Las empresas tienden a cuestionar la jurisdicción de los tribunales en los que se encuentran domiciliadas invocando la separación de identidades entre la empresa matriz y las subsidiarias y negando la competencia de los tribunales para juzgar las operaciones de estas últimas. Asimismo, en las jurisdicciones de tradición anglosajona ha existido tradicionalmente una tendencia entre las empresas a esquivar la jurisdicción de los países de la empresa madre, amparándose en el principio

51 Diario Oficial L 12 de 16.1.2001, p. 1-23.

52 Diario Oficial n° L 199 de 31/07/2007 p. 0040-0049.

53 Esta disposición establece que "Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión".

54 En concreto, este artículo se refiere a que: "La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de un daño medioambiental o de un daño sufrido por personas o bienes como consecuencia de dicho daño, será la ley determinada en virtud del artículo 4, apartado 1, a menos que la persona que reclama el resarcimiento de los daños elija basar sus pretensiones en la ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño".

de *forum non conviniens*[55]. Sin embargo, a partir del caso *Connelly vs. Río Tinto*[56], seguido del caso *Lubbe*[57], planteados ambos ante las cortes británicas, las posibilidades de viabilidad del argumento del *forum non conviniens* quedaron muy debilitadas. En estos casos las cortes británicas, teniendo en consideración las escasas posibilidades de acceder a la justicia en los países en los que los daños se habían producido (Namibia y Sur África, respectivamente), decidieron que el principio de *forum necessitatis* debía prevalecer al principio de *forum non conviniens*.

Desde el año 2005, a partir de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sentada en respuesta a una cuestión prejudicial planteada en el contexto del caso *Owusu vs Jackson*[58], la excepción del *forum non conviniens* no puede imponerse a las reglas previstas en el Reglamento de Bruselas I. Así pues, definitivamente las ETNs europeas no pueden en la actualidad ampararse en este principio para evitar ser juzgadas por los tribunales del país donde se halla su domicilio. En este sentido, la doctrina de los casos *Connelly* y *Lubbe*han perdido vigencia en los países anglosajones europeos. No obstante, mantienen todavía su relevancia de cara a posibles casos que pudiesen plantearse en países extracomunitarios de tradición *Common Law*.

2 MECANISMOS INTERNACIONALES DE RESPONSABILIDAD

Como se ha mencionado anteriormente, las ETNs no tienen personalidad jurídica plena para el Derecho Internacional Público, y por consiguiente no están sometidas a la jurisdicción de los órganos de control existentes en este ámbito. Sin embargo, a menudo los Estados están, en mayor o menor grado, relacionados con las actividades desarrolladas por las ETNs en su territorio, y en cualquier caso están obligados internacionalmente a hacer respetar en su territorio los derechos humanos y los tratados con los que se hayan comprometido. Desde la perspectiva no de la responsabilidad de las ETNs sino de la de los Estados, pues, existen vías

55 MEERAN, R., "Liability of Multinational Corporations: A Critical Stage", en *Labournet*,1999. Recuperado el 30 de noviembre de 2011, de <http://www.labournet.net/images/cape/campanal.htm>.

56 House of Lords, *Connelly v. RTZ Corp. Plc*., 24/07/1997, [1997] 3 WLR 373.

57 Lubbe and Others and Cape Plc. and Related Appeals [2000] UKHL 41 (20th July, 2000).

58 ECJ, Case C-281/02, *Owusu v. Jackson*, Trading as "Villa Holidays Bal-Inn Villas" and Others, Judgment of 01/03/2005, [2005] I.L.Pr. 25. Rec 2005, p. I-1383.

para que los conflictos ambientales sean examinados por organismos internacionales. De hecho, varios de los casos analizados en este capítulo han llegado a ser planteados en la esfera internacional.

Los mecanismos más destacados que pueden identificarse y que a continuación se analizan brevemente son: los procedimientos especiales de protección de derechos humanos en Naciones Unidas; los mecanismos de seguimiento y control de los tratados internacionales y los sistemas regionales de derechos humanos.

Además de las tres vías señaladas, cabe cuanto menos mencionar algunos de los instrumentos que también han intervenido en algunos de los conflictos ambientales que se han planteado hasta la fecha. Por un lado, hay que tener en cuenta los mecanismos disponibles en el marco de los sistemas internacionales de protección de la inversión, como el Compliance Advisor Ombudsman (CAO) de la International Finance Corporation que intervino en el caso Yanacocha[59]. Por otro lado, la Corte Internacional de Justicia (a la que sólo pueden acceder Estados) ha intervenido en casos, como el de Dyncorp[60], en que se han planteado disputas entre dos Estados por los daños transfronterizos derivados de una determinada actividad.

2.1 Procedimientos especiales de protección de derechos humanos en Naciones Unidas

Los procedimientos especiales, inicialmente creados por la Comisión de Derechos Humanos y, actualmente, por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, son mecanismos dirigidos a hacer frente a situaciones concretas en países determinados o temáticas específicas en todo el mundo. Estos objetivos se concretan en mandatos que se instrumentalizan a través de figuras diversas, algunas de ellas integradas por una persona (los relatores especiales, los representantes especiales del Secretario General, los representantes del Secretario General o los expertos independientes) y otras consistentes en grupos de trabajo. Las funciones que

[59] *Vid.* Compliance Advisor Ombudsman, *Exit report regarding two complaints filed with the CAO in relation to Minera Yanacocha (Cajamarca, Peru)*, 2006; y sitio web del CAO: <http://www.cao-ombudsman.org/cases/case_detail.aspx?id=110> (Recuperado el 29 de noviembre de 2012).

[60] ICJ, Aerial Herbicide Sprayings (*Ecuador v. Colombia*), Order of 19 October 2011. Recuperado el 23 de enero de 2012, de <www.icj-cij.org/docket/files/138/16725.pdf>.

tienen encomendadas los titulares de los mandatos son de muy diversa naturaleza y son desempeñadas con un amplio margen de autonomía. La misión de estos cargos es examinar, supervisar, asesorar e informar públicamente sobre las situaciones o temáticas objeto del mandato y para ello pueden visitar los países, interrogar a los gobiernos, recopilar información, elaborar informes, formular recomendaciones, entre otras tareas.

Pese a que el alcance de sus competencias es reducido, estos relatores o representantes desempeñan un papel bastante relevante en la medida en que promueven una dinámica de control relativamente intensa y representan una fuerza significativa de presión en situaciones donde se producen violaciones generalizadas de derechos humanos. En el ámbito del medio ambiente y de los conflictos ambientales, los procedimientos especiales han tenido una presencia considerable. Varios de los mandatos temáticos que se han establecido guardan una estrecha relación con cuestiones ambientales. En este sentido, cabe destacar el Relator especial sobre el derecho a la alimentación, el Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Relatora especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, el Relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, el Relator especial sobre los derechos humanos de las personas internamente desplazadas o el Grupo de trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas[61].

Algunos de los casos que venimos mencionando reiteradamente han sido objeto de varios pronunciamientos por parte de algunos de los relatores o representantes especiales citados. Por ejemplo, el caso Dyncorp fue abordado por el Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas y por el Relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. El primero de ellos en 2006, tras una visita a Colombia, confirmó y detalló los impactos negativos de las fumigaciones para el medio ambiente y la salud de las personas y recomendó al gobierno colombiano no realizar fumigaciones cerca de los asentamientos de los pueblos indígenas ni de sus fuentes de aprovisionamiento[62], así como la adopción de medidas obligatorias de compensación

[61] Consultar la página web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/index.htm> (Recuperado el 27 de noviembre de 2012.

[62] UN Doc E/CN.4/2005/88/Add.2 (10 November 2004), par. 106.

por los daños causados[63]. El segundo de los relatores citados visitó Colombia y Ecuador en 2007 para estudiar el impacto del glifosato en la salud. Sin embargo, como consecuencia de la destitución del titular del mandato, no se acabó elaborando ningún informe al respecto[64].

2.2 Los mecanismos de seguimiento y control de los tratados internacionales

Una de las vías de que disponen los ciudadanos u organizaciones para impulsar el control internacional de las violaciones de derechos humanos y daños ambientales que se producen dentro de un determinado Estado, es la de informar de la situación a la Secretaría de los tratados que se estén vulnerando. Algunos de los tratados ambientales, además, cuentan con organismos y procedimientos de control específicos y, a veces, aunque excepcionalmente, como en el caso del Convenio de Aarhus, los ciudadanos u ONGs tienen la posibilidad de instar estos mecanismos.

En el ámbito de convenios internacionales de derechos humanos de ámbito universal, es destacable la labor de algunos órganos de control como el Comité de derechos humanos o el Comité sobre derechos económicos, sociales y culturales.

También en el sistema de Naciones Unidas, merece la pena poner de relieve la importante tarea de control que desempeña la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, sobre todo en lo que respecta al cumplimiento del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales[65] en países independientes, especialmente presente en los conflictos ambientales. Un ejemplo de la intensa actividad de este organismo lo encontramos en el caso Chocó. Desde 2006, se ha dirigido en varias ocasiones al gobierno de Colombia cuestionando la situación de las comunidades de Curbaradó y Jigumiandó y recordando la importancia de los derechos reconocidos en el Convenio, en especial el derecho sobre los recursos de las tierras y el derecho a ser consultados sobre los asuntos que les afecten[66].

63 UN Doc A/HRC/4/32/Add.2 (28 December 2006), par. 85-86.

64 UN Doc A/HRC/7/11/Add.3 (4 March 2008), par. 3.

65 C169 – "Convenio sobre pueblos indígenas y tribales", 1989 (núm. 169). Recuperado el 29 de noviembre de 2012, de <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>.

66 *Vid*. Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, 2006: "Informe de la Co-

2.3 Los sistemas regionales de derechos humanos

Los organismos internacionales que hemos mencionado hasta ahora cumplen una importante función de presión sobre los Estados, pero su poder no es suficiente para garantizar que sus investigaciones y recomendaciones tengan a la práctica los efectos deseados. En este sentido, las vías más efectivas para controlar el cumplimiento de los derechos humanos son los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Estos están dotados de órganos jurisdiccionales competentes para emitir decisiones vinculantes para los Estados, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[67], la Corte Interamericana de Derechos Humanos[68] y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos[69]. Se trata de organismos competentes para juzgar a los Estados, nunca a los particulares, por violaciones de los derechos previstos en los respectivos catálogos de cada uno de los sistemas regionales y dictar las pertinentes medidas reparadoras a favor de las víctimas o incluso interponer medidas cautelares.

En la medida en que las afectaciones que se plantean en los conflictos ambientales puedan ser vinculadas a la responsabilidad de los Estados (ya sea por colaboración o por omisión o tolerancia) y encajadas dentro de los derechos reconocidos en los convenios respectivos, son susceptibles de ser examinadas por estos tribunales. Merece especial mención el sistema regional africano de protección de derechos humanos, que reconoce el derecho a un medio ambiente sano[70], así como otros derechos colectivos.

misión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones", "Informe III" (Parte 1A), "Informe general y observaciones referidas a ciertos paises", Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. 2006, p. 493-495; Conferencia Internacional del Trabajo, 96ª reunión, 2007: "Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones", "Informe III" (Parte 1A), "Informe general y observaciones referidas a ciertos paises", Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. 2007, p. 595-597; CEACR, "Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales", 1989, núm. 169, Colombia (ratificación: 1991), Publicación 2008, Document No. (ilolex): 062008COL169; CEACR, "Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales", 1989, núm. 169, Colombia (ratificación: 1991), Publicación 2009, Document No. (ilolex): 062009COL169.

67 Consultar el sitio web oficial: <http://www.echr.coe.int/echr> .

68 Consultar el sitio web oficial: <http://www.corteidh.or.cr>.

69 Consultar el sitio web oficial: <http://www.african-court.org/en>.

70 Artículo 24 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya. Recuperado de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1297>.

Tanto el sistema de protección de derechos, el interamericano como el africano, además de los tribunales mencionados, disponen de órganos complementarios – la Comisión interamericana de Derechos Humanos[71] y la Comisión Africana de Derechos Humanos[72], respectivamente- encargados de investigar violaciones de derechos, elaborar informes o emitir recomendaciones, a iniciativa propia o a petición.

Algunos de los casos que se han planteado en esferas regionales son el caso Dyncorp, el caso Chocó o el caso Shell en Nigeria. El caso Dyncorp, ha sido planteado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y actualmente se encuentra a la espera de un pronunciamiento sobre su admisibilidad. El objeto de la reclamación en este caso ha sido el incumplimiento por parte de los ministros ecuatorianos de la decisión de la Corte Constitucional relativa a las fumigaciones y su afectación a la población ecuatoriana.

El caso Chocó, por su parte, llegó a la CtIDH. Este, órgano que, tras examinar el caso de las comunidades de Curbaradó y Jiguamiandó y atendida la urgencia y la gravedad de las violaciones, decretó en 2003 varias medidas provisionales. En vistas de la persistencia de la situación la Corte se ha visto obligada a ir reiterando y reafirmando las órdenes de medidas provisionales. La última de ellas fue emitida en febrero de 2012[73].

En la región africana, fue la Comisión la encargada de evaluar el caso Shell y emitir una decisión en la que reconoció la violación por parte de Nigeria de varios derechos del pueblo Ogoni, entre ellos el derecho a la salud, al medio ambiente sano, a los alimentos o a la soberanía de los recursos. En la misma decisión se puso de manifiesto la vinculación de la Compañía Nacional Nigeriana de Petróleo y de Shell Petroleum Development Company of Nigeria con dichas vulneraciones y se instó al gobierno nigeriano adoptar varias medidas, entre ellas la de perseguir a las fuerzas de seguridad de las empresas citadas perpetradoras de las violaciones[74].

---

71 Consultar el sitio web oficial: <http://www.oas.org/es/cidh>.

72 Consultar el sitio web oficial: <http://www.achpr.org>.

73 IACtHR, *Communities of the Jiguamiandó and the Curbaradó v Colombia,* Provisional measures, Orders of 17 November 2004, 15 March 2005, 7 February 2006, 17 December 2007, 5 February 2008, 17 November 2009, 3 May 2010, 30 August 2010, 7 June 2011, 25 November 2011, and 27 February 2012.

74 AfComHR*The Social and Economic Rights Action Center & the Center for Economic and Social Rights v. Nigeri*a, Communication No 155/96 (Oct. 2001), par. 52-54 y par. 57-58.

IV CONSIDERACIONES FINALES

El dominio corporativo transnacional, basado en aumentar los beneficios de manera continuada al amparo de un marco jurídico internacional débil, y la conjunción de una serie de factores políticos y económicos internos de los Estados nacionales, está comportando un gran número de violaciones de derechos humanos e impactos ambientales en todo el mundo, que a menudo se alían en un mismo contexto, dando lugar a graves conflictos. Los pasivos ambientales y sociales que arrastra la lógica de la maximización de beneficios del corporativismo transnacional no están, además, distribuidos equitativamente a lo largo del planeta. Los países en vías de desarrollo son los que están soportando en mayor medida los pasivos de unos beneficios, que en última instancia revierten mayoritariamente a los países desarrollados.

La necesidad de denunciar situaciones de injusticia ambiental, generadas por los mecanismos y actores del sistema capitalista, principalmente por la actividad de las ETNs, ha empujado las redes de comunidades y organizaciones en lucha a construir estrategias comunes a nivel local y transnacional, a partir de los diferentes mecanismos políticos, sociales, jurisdiccionales, parajurisdiccionales,… -a escala internacional, nacional o local- disponibles. Las diferentes vías existentes para hacer frente a estas situaciones de injusticia, todas ellas por lo general arduas, presentan ventajas e inconvenientes y, a menudo, suelen emplearse de forma simultánea o sucesiva.

En este capítulo se han identificado las características principales que suelen reunir los conflictos ambientales derivados de las actividades de las empresas transnacionales y los mecanismos jurídicos disponibles por parte de la sociedad civil para responsabilizar a los actores (ETNs y Estados) involucrados en los mismos. Dado el incipiente estadio en el que se encuentra el estudio de la cuestión, es imposible, hoy por hoy, diseñar una estrategia patrón de contenido concreto en la que se identifiquen los mecanismos más y menos recomendables para abordar los conflictos ambientales. Ciertamente, la intuición determina que tampoco es posible, de forma general, abstracta y universal llegar a concluir cuáles son las vías más efectivas o más recomendables. En este sentido, si bien los conflictos ambientales presentan características comunes, como ya se ha analizado, al final cada conflicto y sus variables son únicos. Factores como las diferentes tipologías de violaciones e impactos, legislaciones de los Estados impli-

cados, posicionamientos gubernamentales, circunstancias de las víctimas, características y nacionalidad de las ETNs,… condicionan indudablemente el modo en que deben ser abordados los conflictos.

Las tendencias que se dan en la resolución de los conflictos ambientales a través de diferentes vías sirven esencialmente para extraer una serie de cuestiones, que aquellas personas, organizaciones o profesionales defensores de la justicia ambiental deberían tomar en consideración a la hora de definir sus estrategias jurídicas ante casos concretos. Estas cuestiones son los siguientes: posibles jurisdicciones para conocer del caso, de acuerdo con la estructura de las ETNs y las reglas de Derecho internacional (teniendo en cuenta la claridad de la competencia de cada jurisdicción); normativa aplicable en cada jurisdicción, acciones legales disponibles y viabilidad de cada una de ellas; tratados internacionales a los que están sujetos los Estados implicados; recursos disponibles en los Estados para el control de las actividades nocivas; probabilidades de ejecución de las sentencias, teniendo en cuenta los recursos disponibles por las empresas en el país en el que se la pretende juzgar y la efectividad del aparato jurisdiccional del país; las características del poder judicial de los Estados y su nivel de independencia con respecto a otros poderes; la disponibilidad o no de ayudas financieras para acceder a la justicia; o la existencia de mecanismos parajurisdiccionales o internacionales, que puedan dar soluciones satisfactorias a cada situación.

Para poder responder fácilmente estas cuestiones sería conveniente disponer de la información que reclaman, en relación a cada país, prioritariamente, aquellos que suelen estar implicados en los conflictos ambientales. Léase este último apunte pues, como una sugerencia para a futuras investigaciones en esta materia.

REFERENCIAS

GEORGE, S., *The Debt Boomerang. How Third World Debt Harms Us All*, Pluto Press/TNI , Londres, 1992.

HEALY, H.; MARTÍNEZ-ALIER, J.; TEMPER, L.; WALTER, M.; J. F. GERBER (eds.), *Ecological Economics from the Ground Up*, Earthscan-Routledge, Londres, 2012.

HERNÁNDEZ-ZUBIZARRETA, J., *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa*, Universidad del País Vasco, 2009.

JESSE, K; VERSCHUUREN, J., "Country Report: The Netherlands", en *IUCN Academy of Environmental Law e-Journal Issue, 2*011.

KALECK, W.; SAAGE MAAB, M., *Empresas Transnacionales ante los Tribunales. Sobre la amenaza de los derechos humanos causadas por empresas europeas en America Latina*, Heinrich Boll Stiftung, Berlín, 2009.

KAMPHUIS, C., "Derecho y la convergencia del poder público y el poder empresarial: la desposesión campesina y la coerción privatizada en el Perú", en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm.15, 2012, p. 2.

McCOROUODALE, R; SIMONS, P., "Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law", en *The Modern Law Review,* v. 70, núm. 4, 2007, p. 598-625.

MEERAN, R., "Liability of Multinational Corporations: A Critical Stage", en *Labournet*,1999. Recuperado el 30 de noviembre de 2011 de <http://www.labournet.net/images/cape/campanal.htm>.

MORGERA, E., *Corporate Accountability in International Environmental Law,* OUP, Oxford, 2009.

ORMACHEA CHOQUE, I. *Utilización de Medios Alternativos para la Resolución de Conflictos Socioambientales: dos casos para reflexionar*, 1999. Recuperado el 30de octubre de 2012 de <http://scar.gmu.edu/Medios%20Alternativos.pdf>.

ORTEGA, D., *Atlas de la anticooperación española en los países del Sur*, ODG, Barcelona, 2011.

PAUL, H.; STEINBRECHER, R., *Hungry Corporations: Transnational Biotech Companies Colonise the Food Chain*, Zed Books, London, 2003.

PIGRAU SOLÉ, A., "La responsabilidad civil de las empresas transnacionales a través de la Alien Tort Claims Act por su participación en violaciones de derechos humanos", en *Revista Española de Derecho y Cooperación*, 2010, p. 113-130.

PIGRAU SOLÉ, A; BORRÀS PENTINAT, S.; JARIA i MANZANO, J.; CARDESA-SALZMANN, A., *"*Legal avenues for EJOs to claim environmental liability", en*EJOLT Report 4*,2012.

PIGRAU SOLÉ, A., "La responsabilidad de las empresas transnacionales por daños graves al medio ambiente: explorando la vía de la Alien Tort Claims Act", en Badia Martí, A. M.; Pigrau Solé, A.; Olesti Rayo, A. (eds), *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia*. Volumen I, Marcial Pons, Madrid, Barcelona y Buenos Aires, 2009, p. 517 y ss.

WOUTERS, J.; DE SMET, L.; RYNGAERT, C., *Tort Claims Against Multinational Companies for Foreign Human Rights Violations Committed Abroad: Lessons from the Alien Tort Claims Act?*, Institute for International Law, K.U. Leuven, Working Paper, 2003.

13

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE DEBIDA DILIGENCIA EN MATERIA AMBIENTAL PARA EVITAR LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS DE PARTICULARES (EMPRESAS)

Daniel Iglesias Márquez

Licenciado en Derecho por la Universidad de Colima. Máster en Derecho Ambiental por la Universitat Rovira i Virgili, de Tarragona, España. Becario predoctoral (FPU) en Derecho por la Universidad Rovira i Virigili, de Tarragona, España.

daniel.iglesias@urv.cat

I INTRODUCCIÓN

El principio o noción de debida diligencia (*Due diligence*)[1] es reconocido por el Derecho internacional público y se ha introducido a los sistemas jurídicos nacionales[2]. Este principio está catalogado dentro de los conceptos y términos jurídicos variables o indeterminados de esta rama del Derecho a consecuencia de que puede adoptar un contenido y función distinta en razón a diversos factores[3].

Morelli, citando a Gómez-Robledo[4], define la debida diligencia como "la conducta propia de un buen gobierno, a cuyo fin, determinados factores deben de ser tenidos en consideración, tales como el control que el Estado ejerce sobre su territorio, la naturaleza de las actividades desarrolladas, la previsibilidad del daño de que se trate, los recursos disponibles en el Estado, entre otros"[5].

El principio de debida diligencia recae en las obligaciones internacionales de prever, reprimir y castigar. Las primeras imponen a los Estados la obligación de vigilar lo que acontece en su territorio o espacios sometidos a su jurisdicción con el fin de la protección de bienes e intereses contemplados por el Derecho internacional. Las obligaciones de represión o castigo consisten en poner en funcionamiento el aparato legal y administrativo de un Estado para poner fin a un comportamiento lesivo o en el caso de que este ya hubiera cesado, perseguir y castigar a las personas res-

1 Se entiende por debida diligencia lo siguiente: "La diligencia que razonablemente puede esperarse de toda persona que trata de satisfacer un requisito legal o cumplir una obligación, y que habitualmente es ejercida por esta persona." *Véase*: CDH. (2009, 22 de abril). Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales incluidos el derecho al desarrollo. A/HRC/11/13. Recuperado el 2 de septiembre 2013, de <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/11session/A.HRC.11.13.pdf>.

2 DE SCHUTTER, O., *Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations*, Université Catholique de Louvain, Bélgica, 2006, p. 19-21.

3 GOMEZ – ROBLEDO VERDUZCO, A., *Responsabilidad internacional por daños transfronterizos,* IIJ-UNAM, México, 1992, p. 71.

4 GOMEZ – ROBLEDO VERDUZCO, A., "Consideraciones sobre la responsabilidad internacional del Estado sin hecho ilícito y la contaminación marina", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* núm. 45, 1982, p. 1025-1033.

5 MORELLI, M. P., "Consideraciones sobre la responsabilidad internacional del estado por daños transfronterizos resultantes de actividades no prohibidas", en *Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte,* núm. 51, 2007, p. 221-230.

ponsables[6]. Así, el Relator Especial sobre el tema de la responsabilidad del Estado, García Amador, señaló en su sexto informe que la debida diligencia consiste en la adopción de medidas tomadas normalmente en las circunstancias particulares del caso, la previsibilidad de los actos perjudiciales y la posibilidad de prevenir su comisión mediante los recursos disponibles en el Estado, el ejercicio de la autoridad para detener a los individuos que cometieron actos perjudiciales y la oportunidad de presentar una demanda contra estas personas[7].

II EL PRINCIPIO DE DEBIDA DILIGENCIA EN DERECHO INTERNACIONAL Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

El principio de debida diligencia ha propagado su ámbito de aplicación en diversas ramas del Derecho internacional con el fin de que los Estados puedan «restringir al máximo el ámbito de su posible responsabilidad; y la incesante proliferación de obligaciones destinadas a la protección de determinados bienes jurídicos susceptibles de ser lesionados por personas o entidades ajenas a la organización estatal»[8].

1 La Responsabilidad del Estado por hecho ilícito

La falta de debida diligencia en las obligaciones de prevenir y represión establece la responsabilidad (*responsability*) del Estado[9]. Dos son los supuestos contemplados en la doctrina de la responsabilidad de los Estados (objetiva y subjetiva)[10] y reconocidos por el Derecho

6 LOZANO CONTRERAS, J. F., *La noción de debida diligencia en Derecho internacional público,* Altier, Barcelona, 2007, p. 168-174.

7 Véase: ICJ. (1961, 26 de enero).Sixth Report on International Responsibility by Mr. F.V. García Amador, Special Rapporteur. A/CN.4/134 and Add. Recuperado el 15 de septiembre 2013, de <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_134_add1.pdf>.

8 LOZANO CONTRERAS, J. F., *op. cit.*, p. 57.

9 FLEMME, M., *Due Diligence in International Law,* Faculty of Law University of Lund, Lund, 2006. p. 6; GOMEZ – ROBLEDO VERDUZCO, A., *op. cit.*, p. 45.

10 VERDROSS distingue dos categorías de responsabilidad. La primera (Responsabilidad subjetiva o culpa), fundada exclusivamente en la culpa que señala que al causante del daño se le impone la obligación de indemnizarlo porque no ha actuado como hubiera debido hacerlo y porque si hubiera actuado bien, el daño no se hubiera producido. A nuestra opinión, el principio de debida diligencia recae sobre esta categoría de responsabilidad, ya que al tomar las medidas necesarias

internacional[11]. Uno es la doctrina de la atribución o imputabilidad, que señala que un Estado solo puede ser responsable por un hecho internacionalmente ilícito llevado a cabo por un órgano o autoridad del Estado (Hechos de Estado)[12], el hecho internacionalmente ilícito puede consistir en una o varias acciones[13] u omisiones[14] o en una combinación de ambas cosas. La existencia de un hecho internacionalmente ilícito depende, en primer lugar, de los requisitos de la obligación que presuntamente se ha violado y, en segundo lugar, de las condiciones en que se verifica ese hecho y que se exponen en la primera parte[15].

Un segundo supuesto, consecuencia de la creciente globalización que permite una mayor presencia de actores no estatales en el ámbito internacional, atribuye al Estado, en ocasiones, la responsabilidad por fallos en la prevención de actos de agentes no estatales que den lugar a daño por actos no prohibidos por el Derecho internacional o en la falta de aplicación

un Estado puede prevenir posibles daños. La segunda (responsabilidad por riesgo, objetiva, causal o sin culpa), excluye a la culpa y se funda en el riesgo. Esta categoría de responsabilidad ha ganado un lugar en la esfera internacional a la par que se extienden y generalizan los avances tecnológicos y con ellos el riesgo de causar daños transfronterizos. Por tanto, bajo la responsabilidad por riesgo se contemplan una serie actividades que se consideran peligrosas o riesgosas. VERDROSS, A., *Derecho internacional público,* Aguilar, Madrid, 1967, p. 308; DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., en "Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual", en *AFDUAM,* núm. 4, 2000, p. 153-166; MONROY CABRA, M. G., *Derecho internacional público*, Temis, Bogotá, 2002, p. 251. MORELLI, M. P., *op. cit*., p. 216.

11 De la responsabilidad internacional de los Estados cabe distinguir la que se origina a consecuencia de actos no prohibidos y la que surge por la comisión de un hecho ilícito internacional. ORTIZ AHLF, L., "Responsabilidad internacional en materia ambiental". En: IIJ-UNAM, *La responsabilidad jurídica en el daño ambiental,* IIJ-UNAM, México, 1998, p. 153-176.

12 Se consideran hechos internacionalmente ilícitos realizados por un órgano u autoridad del Estado los siguientes supuestos: i) el comportamiento de una persona o entidad al ejercer atribuciones de poder público; ii) el comportamiento de un órgano puesto a disposición de un Estado por otro; iii) los actos *ultra vires*; iv) el comportamiento bajo la dirección o control del Estado; v) comportamientos en caso de ausencia o defecto de autoridades oficiales; vii) comportamientos que el Estado reconoce y adopta propios. LOZANO CONTRERAS, J. F., *op. cit*., p. 79-99; ORTIZ AHLF, L., *op. cit*., p. 155-156.

13 En el caso de la acción, se trata de la infracción de una prohibición jurídico-internacional. MONROY CABRA, M. G. *op. cit*., p. 519.

14 En el caso de la omisión, se trata del no cumplimiento de un imperativo jurídico-internacional. *Idem*.

15 *Véase*: CDI (2001, 9 de agosto). Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Recuperado el 28 de septiembre 2013, de <http://legal.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm>.

de sanciones a los responsables de esos hechos (Doctrina de la debida diligencia)[16]. Por ejemplo, la responsabilidad de un Estado como consecuencia de actos perjudiciales de las actividades industriales de las empresas que haya autorizado o tenga cierto control de ellas.

Sin embargo, se ha de resaltar que los hechos de particulares -salvo algunas excepciones-no atribuyen directamente la responsabilidad internacional a un Estado[17], a excepción que éste haya incumplido en su obligación de prevención, vigilancia o control de los órganos del Estado facilitando la actuación ilegal de los particulares, o de persecución y castigo de los responsables[18]. La responsabilidad de un Estado derivada de hechos de particulares quedó asentada en el caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que «un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención»[19]. Hasta el

[16] OPPENHEIM hacía referencia a una responsabilidad directa, en la que el Estado incurre en responsabilidad por sus propios hechos y a una responsabilidad indirecta, en la que el Estado incurre en responsabilidad por actos lesivos cometidos por funcionarios que actúan bajo las competencias otorgadas o por particulares contra Estados o nacionales extranjeros. OPPENHEIM, L., *Tratado de Derecho internacional público,* Bosch Barcelona, 1967, p. 355-358.

[17] Esta regla es firmemente sostenida por ANZILLOTI, señalando que el hecho de un particular no puede violar el Derecho internacional, ya que las normas internacionales no suponen obligaciones a particulares. La responsabilidad del Estado es siempre a través de un hecho de Estado para que se invoque la responsabilidad internacional. ANZILLOTI, D., "La responsabilité internationale des Etats raison des dommages soufferts par des étrangers", *Revue générale de droit international public,* núm.13, 1966, p. 5-29.

[18] PIGRAU SOLÉ, A., "La responsabilidad internacional de los Estados por daños al Medio Ambiente", en Sindico, F.; Fernández Egea R. M.; Borràs Pentinat, S. (coord.), *Derecho Internacional del Medio Ambiente: una visión desde Iberoamérica,* CMPPublicaciones, Madrid, 2011, p. 106-126.

[19] La Corte señalaba lo siguiente: "El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.". *Véase*: CIDH. (1987, 26 de junio). *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Recuperado 4 de septiembre 2013, de <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_01_esp.pdf>.

momento destacamos al Estado como el principal sujeto destinatario de las normas internacionales, sin embargo no es el único sujeto de infringir las obligaciones internacionales o incluso lesionar los bienes jurídicos a nivel internacional.

Como consecuencia del incumplimiento de deberes jurídicos internacionales o fallos en el ejercicio de la debida diligencia de obligaciones preventivas deviene la obligación de indemnización o compensación (*liability*)[20]. Brownlie[21] cita casos como el de *Janes*[22], *Youmans*[23] y *Massey*[24] entre Estado Unidos y México ante la Comisión General de Reclamaciones[25] establecida a principios de 1920 para hacer referencia a situaciones donde el Estado debe actuar con debida diligencia en el desempeño de sus funciones de prevenir, perseguir y castigar a actores no estatales que cometan lesiones en contra de los extranjeros. En el ámbito de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en distintas ocasiones sobre la responsabilidad del Estado de Colombia por el incumplimiento de su obligación de perseguir a los responsables de crímenes cometidos por distintos actores armados (miembros de las fuerzas armadas y otros cuerpos de seguridad del Estado, grupos paramilitares y miembros de las guerrillas de las FARC y el ELN), en casos como la *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* y *la Masacre de La*

20 PISILLO-MAZZESCHI, R., "Forms of International Responsibility for Environmental Harm", en Francioni, F.; Scovazzi, T., *International responsibility for environmental harm,* Kluwer Academic Publishers, Dorodrecht, 1991, p. 15.

21 BROWNLIE, I. *System of the law of Nations: State Responsibility* (Parte I), Oxford University Press, Nueva York, 1984. p. 161.

22 *Véase: Laura M. B. Janes et al. (U.S.A.) v. United Mexican States* (16 de noviembre de 1925). Reports of International Arbitral Awards, v. IV, p. 82-98. Recuperado el 18 de septiembre 2013, de <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/82-98.pdf>.

23 *Véase: Thomas H. Youmans (U.S.A.) v. United Mexican States* (16 de noviembre 1926). Reports of International Arbitral Awards, v. IV, p. 110-117. Recuperado el 18 de septiembre 2013, de <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/110-117.pdf>.

24 *Véase*: *Gertrude Parker Massey (U.S.A.) v. United Mexican States* (15 de abril de1927). Reports of International Arbitral Awards, v. IV, p. 155-164. Recuperado el 18 de septiembre 2013, de <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/155-164.pdf>.

25 La Comisión General de Reclamaciones fue establecida por la Convención entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América para Arreglar y Ajustar las Reclamaciones de los Ciudadanos de cada uno de los dos países en contra del otro, excepción hecha de las Provenientes de Actos Revolucionarios, desde la firma de la Convención de Reclamaciones del 4 de julio de 1868, firmada en la ciudad de Washington, D.C., el 8 de septiembre de 1923, que quedó sin efecto a la entrada en vigor de la Convención para el Arreglo de Reclamaciones entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América.

Rochela vs. Colombia, donde se muestra una clara falta de disposición por parte del Estado para combatir la impunidad de tales crímenes por todos los medios legales, dejando en un estado de indefensión a las víctimas y de sus familiares[26].

En la jurisprudencia internacional quedó asentado que un hecho ilícito de un Estado genera la responsabilidad internacional y como consecuencia, la obligación de reparación de daños y perjuicios causados; cabe resaltar el caso del *Estrecho Corfú*, que resalta el principio de utilización no prejudicial del territorio. Este caso dio origen a la primera sentencia por daños transfronterizos de la Corte Internacional de Justicia en 1946, en el cual Gran Bretaña invocaba la responsabilidad Internacional de la República de Albania por los daños causados el 22 de octubre de 1946 a buques británicos por la existencia de un campo de minas en aguas territoriales albanesas. La cuestión del asunto se basó en el conocimiento de la colocación del campo y no sobre si dicho campo hubiera sido colocado por Albania. La Corte señaló que del mero hecho de que el control ejercido por un Estado sobre su territorio no puede llegarse a la conclusión de que ese Estado necesariamente tuviera conocimiento o debiera haber tenido conocimiento de un acto ilícito cometido allí ni que necesariamente supiera o debiera haber sabido quiénes eran los autores. Este hecho no entraña responsabilidad *prima facie* ni desplaza la carga de la prueba[27]; en la misma línea Barnidge dice que un Estado no puede tener conocimiento de todos los hechos ilícitos que ocurren dentro de su territorio, incluyendo lo realizado por agentes no estatales[28]. Por lo tanto, la Corte basó sus argumentos en los medios con los que contaba Albania para cumplir con la obligación de advertir de los peligros que corría la navegación en el Estrecho de Corfú y evaluó la conducta de Albania con base en la teoría de la responsabilidad subjetiva o de culpa[29]. La imputabilidad de responsabilidad de Albania se dio debido a la falta de actuación diligente al no tomar las medidas necesarias para notificar inmediatamente a todo

[26] *Véase*: CrIDH. (2006, 31 de enero). Caso de la Masacre Pueblo Bello. Recuperado el 20 de Septiembre 2013, de <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf>; CrIDH. (2007, 11 de mayo). Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia. Recuperado el 20 de Septiembre 2013, de <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf>.

[27] *Véase:* CIJ.(1949, 9 de abril). Caso Estrecho de Corfú. Recuperado el 18 de septiembre 2013, de <http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1647.pdf>.

[28] BARNIDGE, R., "The Due diligence principle under International Law", en *International Community Law Review*, v. 8, núm. 1, 2006, p. 81-121.

[29] *Ibid*., p. 91.

buque que navegara en las proximidades de la zona de peligro incumpliendo en una obligación de advertencia y no en una responsabilidad objetiva, como alegaba Inglaterra.

2 Especificidad de la obligación de diligencia debida

La obligación de debida diligencia en el Derecho internacional está constituida por una serie de elementos que un Estado debe observar. Primeramente, los Estados deben poseer de una manera permanente un aparato jurídico para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Segundo, la concomitancia del deber de debida diligencia con el principio de buena fe, es decir, que el Estado, además de contar con la infraestructura legal y administrativa apropiada, deberá aplicarla con la diligencia y vigilancia de acuerdo con las circunstancias que lo requieran. Finalmente, los Estados deben apreciar la relación entre el principio de debida diligencia y el principio de cooperación internacional, en particular en la protección del medio ambiente[30].

El principio de debida diligencia en el Derecho internacional público y en sus diversas ramas funge un papel importante, ya que contribuye a determinar la responsabilidad internacional y compensación de los hechos ilícitos cometidos por los Estados por la falta de prevenir y castigar hechos de agentes no estatales. Asimismo, influye en el comportamiento de los Estados hacia la protección de bienes a la tutela del Derecho internacional, es decir, para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional debe de proveer los medios posibles para el cumplimiento de las obligaciones internacionales de prevenir y reparar[31].

El principio de debida diligencia experimenta una tendencia para invocar la responsabilidad extraterritorial de un Estado, es decir, de hechos que tienen lugar en el territorio de otro Estado pero que existe un vínculo entre un Estado potencialmente responsable y los hechos que dan origen al incumplimiento de una norma internacional (vínculos de efectos, personalidad o de universalidad). Al respecto, Danailov señala que «la evolución de la doctrina en el ámbito de la responsabilidad del Estado conduce a la conclusión de que, aunque el principio de territorialidad sigue siendo implí-

30 OECD, *Legal Aspects of Transfrontier Pollution*, OECD, Paris, 1977. p. 373; GOMEZ – ROBLEDO VERDUZCO, A., *Temas selectos de Derecho internacional público,* UNAM, México, 1994, p. 69.

31 GOMEZ – ROBLEDO VERDUZCO, A., *op. cit.*, p. 173-174.

cito a la noción de debida diligencia, hay una cierta "deslocalización" de la infracción que puede conllevar la responsabilidad del Estado»[32]. Es decir, que la debida diligencia en principio depende de la territorialidad, sin embargo la extraterritorialidad es aceptable por motivos razonables, como es el caso de complicidad en algún hecho ilícito. Morelli citando a Okowa[33] señala: «el deber de prevenir todo daño transfronterizo sensible se halla limitado por el deber de obrar con la debida diligencia (*due diligence*), en virtud del cual los Estados no se encuentran obligados a prevenir y reparar en forma absoluta la producción de todo daño extraterritorial, sino a tomar todos los recaudos propios de "un buen gobierno", a fin de evitar la producción de tal daño potencial»[34].

3 Responsabilidad del Estado por falta de debida diligencia

En este apartado haremos referencia a la responsabilidad del Estado por la falta de debida diligencia en los hechos de particulares, contemplada en el Proyecto de Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos del 2001 de la Comisión de Derecho Internacional (CDI). Este Proyecto de artículos contempla las vías para responsabilizar internacionalmente a un Estado por daños ocasionados por persona o entidad que no sea órgano del Estado en sus actividades extraterritoriales, sin embargo consideramos que los supuestos contemplados están limitados y dejan olvidados los daños que pudieran ocasionar empresas sin estar dentro de los supuestos que se van a citar. La primera de ellas contenida en el artículo 5 del Capítulo II sobre atribución de un comportamiento al Estado, señala que:

> Se considerará hecho del Estado según el Derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4 pero esté facultada por el Derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad.

[32] DANAILOV, S. (1998), "The Accountability of Non-State Actors for Human Rights Violations: the Special Case of Transnational Corporations". Recuperado el 17 de septiembre 2013, de <http://www.humanrights.ch/upload/pdf/000303_danailov_studie.pdf>.

[33] OKOWA, P. N., "Procedural Obligations in International Environmental Agreements", en *British Yearbook of International Law,* v. 67, 1996, p. 275-336.

[34] MORELLI, M. P., *op. cit*., p. 216.

En referencia con este artículo, los comentarios al Proyecto señalan la intención de tomar en cuenta el fenómeno cada vez más común de las entidades paraestatales, que ejercen atribuciones de poder público, en lugar de los órganos del Estado, así como las situaciones en que se han privatizado antiguas empresas estatales, pero mantienen ciertas funciones públicas o reglamentarias[35]. Al igual, el comentario hace referencia al término "entidad" señalado en el artículo referido. Se dice que es un término genérico debido a la gran variedad de organismos que pueden ser habilitados por la legislación de un Estado para ejercer atribuciones de poder público. Entre estos órganos se incluyen las empresas públicas, entidades paraestatales, organismos públicos de diversa índole e incluso, en casos especiales, las empresas privadas, siempre que la entidad esté facultada por el derecho del Estado a ejercer funciones de carácter público que se ejercen normalmente por los órganos del Estado y la conducta de la entidad se relaciona con el ejercicio del poder público de que se trate. El artículo 5 se limita a las facultades por el Derecho interno para ejercer atribuciones del poder público justificando la imputabilidad de los actos extraterritoriales debido a la conducta autorizada por un Estado, dejando fuera a todas aquellas entidades que pudieran estar desprendidas de cualquier relación de poder público como son el caso de las empresas transnacionales, por lo que se trata de una categoría muy restringida la del artículo 5.

La segunda vía está contemplada en el artículo 8 que establece que:

> Considerará hecho del Estado según el Derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento.

El comentario a este artículo parte del principio general que el comportamiento de las personas o entidades privadas no es atribuible de responsabilidad al Estado, sin embargo contempla dos situaciones en las que puede ser atribuible la responsabilidad al Estado basadas en la existencia de una relación fáctica entre las personas o entidades y el Estado. La pri-

[35] El hecho de que una entidad pueda ser clasificada como pública o privada es de acuerdo con los criterios de cada sistema jurídico; por ejemplo, mediante la existencia de una mayor o menor participación del Estado en su capital, o, más generalmente, en la propiedad de sus activos.

mera se refiere a particulares o entidades que actúan por instrucciones del Estado en la realización de la conducta ilícita. Esta situación, señala la Comisión, ha ganado un amplio reconocimiento en el Derecho internacional y ha quedado establecido en casos como *D. Earnshaw and Others (Great Britain) v. United States(Zafiro case)*[36] y *Lehigh Valley Railroad Company, Agency of Canadian Car and Foundry Company, Limited, and Various Underwriters (United States) v. Germany (Sabotage Cases)*[37]. La segunda de las situaciones trata de actividades particulares o entidades que actúan bajo la dirección o control del Estado. Determinar si la conducta se ha llevado a cabo bajo la dirección o control de un Estado se plantea de forma más compleja, ya que el comportamiento solo será de atribuible al Estado si éste dirigió o controló la operación y si el comportamiento denunciado era parte integrante de esa operación. Por lo tanto, en los casos relacionados con las empresas la atribución depende del grado de control del Estado sobre las actividades extraterritoriales. El comentario al artículo 8 del Proyecto, en lo relativo al comportamiento de personas o grupos de personas que actúan bajo el «control» de un Estado, señala que «codifica una norma de atribución de carácter consuetudinario. La interpretación del alcance de la noción de «control», en el contexto de la fragmentación del Derecho internacional y las dificultades derivadas de su diversificación y expansión, generó un tipo de conflicto normativo: el de la relación entre la ley general y una *interpretación particular* de la normativa general». Meza señala que «el criterio del "control efectivo" implica la atribución al Estado de responsabilidad en los casos donde no hay una orden concreta y caben diferentes grados de sujeción al Estado. El alcance de la noción de control generó una controvertida "hermenéutica" que ha sido objeto de interpretaciones»[38]. Del comentario a este artículo podemos rescatar que a pesar de que una empresa se considera como una entidad jurídica independiente con arreglo al Derecho internacional, un Estado puede, ya sea por instruc-

[36] *Véase: D. Earnshaw and Others (Great Britain) v. United States (Zafiro case)* (30 de noviembre de 1925). Reports of International Arbitral Awards, v. VI, p. 160-165. Recuperado 16 de septiembre 2013, de <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_VI/160-165_Earnshaw.pdf>.

[37] *Véase: Lehigh Valley Railroad Company, Agency of Canadian Car and Foundry Company, Limited, and Various Underwriters (United States) v. Germany (Sabotage Cases)* (16 de octubre de 1930). Reports of International Arbitral Awards. Recuperado 16 de septiembre 2013, de <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_VIII/84-101.pdf >.

[38] MEZA, A. G., "La responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos: La atribución de un comportamiento al estado y el rol de la corte internacional de justicia", en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, Año IV, núm. 5, 2010, p. 59-74.

ción específica o mediante el ejercicio de control sobre un grupo, asumir la responsabilidad de su conducta, ya sea porque el capital y el control de la empresa provenga por parte del Estado como accionista. Pero fuera de esos supuestos el acto de la empresa no vincula al Estado.

Finalmente se contempla la complicidad por parte de los Estados en el artículo 16 que señala que:

> El Estado que presta ayuda o asistencia a otro Estado en la comisión por este último de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente por prestar esa ayuda o asistencia si: a) Lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y b) El hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda o asistencia.

La responsabilidad contemplada en el artículo 16 puede ser considerada como una excepción a los principios generales de que cada Estado es responsable de su propia conducta[39]. A pesar de que la aplicación directa de este artículo solo afecta a situaciones en las que el propio Estado a través de sus órganos estatales está ayudando o asistiendo a un acto ilícito que se comete por otro Estado; a pesar de que este artículo no está pensado para empresas, Sundstrøm plantea la responsabilidad de un *home state* por ser cómplice de las operaciones extraterritoriales realizadas por la empresa, demostrando que ayudó y asistió al desarrollo de las actividades que han producido el daño que produjo la inobservancia de una norma de Derecho internacional, sin embargo, en la práctica resulta una tarea difícil demostrar esta relación[40]. Mccorquodale y Simons en la misma línea, señalan que un Estado (*home state*) ayuda o asiste a una empresa en la comisión o como cómplice de la empresa en los actos que si fuese cometido por el *home state* constituiría actos internacionalmente ilícitos, por lo tanto el Estado incurrirá en responsabilidad internacional, al menos cuando la ayuda o asistencia contribuyeron significantemente a ese acto[41].

[39] SUNDSTRØM, M. (2010). "Home State Responsibility for Extraterritorial Human Rights Violations Committed by Non-State Actors". Recuperado el 19 de septiembre 2013, de <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/19081/108659.pdf?sequence=1>.

[40] *Idem*.

[41] MCCORQUODALE, R.; SIMONS P., "Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law", en *The Modern Law Review,* v. 70, núm. 4, 2007, p. 598–620.

Finalmente, cabe resaltar la responsabilidad del Estado por incumplimiento en la obligación de prevenir y castigar una violación de una norma internacional por un particular. El caso *relativo al personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán* resalta este supuesto de responsabilidad internacional por el comportamiento de una entidad no estatal, del cual no era responsable en el momento en que fue cometido, pero que es reconocido y adoptado como suyo más tarde. La Corte Internacional de Justicia concluyó que los ataques del 4 de noviembre de 1979 a la embajada y a los consulados, el día siguiente en Tabriz y Shiraz, no se consideran en sí imputables al Estado iraní. Sin embargo, el Estado incurre en responsabilidad por no cumplir con sus obligaciones internacionales de prevención, como es el caso de la protección a embajadas y personal diplomático, que bajo las disposiciones de las Convenciones de Viena de 1961 y 1963, Irán adquiere la obligación de tomar las medidas adecuadas para garantizar la protección de la embajada y consulados de los Estados Unidos, su personal, sus archivos, sus medios de comunicación y la libertad de movimiento de los miembros de su personal[42].

Las atribuciones de responsabilidad en estos artículos están basadas en el principio de debida diligencia y en el principio de personalidad activa, contemplándose la nacionalidad de una empresa donde ésta tenga su domicilio o sede principal y donde es susceptible de operar bajo obligaciones extraterritoriales. Sin embargo, la estructura de las empresas representa aún un obstáculo para responsabilizar a un *home state* por los daños cometidos más allá de sus fronteras, debido a que la empresa filial está regida por las normas del lugar donde se ha establecido. Atendiendo a lo que hemos señalado, los daños que pudiera ocasionar una empresa a otros Estados recaen sobre la jurisdicción del Estado en el que está establecida a consecuencia de un control directo sobre las actividades dentro de su territorio.

[42] En palabras de la Corte señala: "*that the initiation of the attack on the United States Embassy on 4 November 1979, and of the attacks on the Consulates at Tabriz and Shiraz the following day, cannot be considered as in itself imputable to the Iranian State does not mean that Iran is, in consequence, free of any responsibility in regard to those attacks; for its own conduct was in conflict with its international obligations. By a number of provisions of the Vienna Conventions of 196 1 and 1963, Iran was placed under the most categorical obligations, as a receiving State, to take appropriate steps to ensure the protection of the United States Embassy and Consulates, their staffs, their archives, their means of communication and the freedom of movement of the members of their staffs". Véase:*Caso relativo al personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán (24 de mayo de 1980). Recuperado el 24 de septiembre 2013, de<http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6293.pdf>.

III APLICACIÓN DE LA DEBIDA DILIGENCIA EN DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

La protección al medio ambiente y a sus distintos elementos, a nivel internacional, lo conforman un conjunto de normas de naturaleza convencional. Los diversos instrumentos multilaterales y bilaterales que conforman el *corpus iuris* del Derecho internacional del medio ambiente conllevan en muchas ocasiones la obligación de debida diligencia. Por lo tanto, es un concepto conocido y aceptado en materia ambiental con el fin de prevenir y reparar daños ambientales. En consecuencia, las normas generales aplicables a la responsabilidad de los Estados son también de aplicación en el ámbito del medio ambiente[43].

Esta obligación es uno de los pilares del Derecho internacional ambiental,[44] mejor conocido en el ámbito del Derecho ambiental como principio de prevención o acción preventiva, que impone la obligación a los Estados de ejercer la debida diligencia para evadir o minimizar conductas que puedan dañar al medio ambiente[45]; no solamente es una obligación de prevenir daños ambientales ocurridos dentro de la jurisdicción de un Estado, sino también la prevención de daños transfronterizos, por lo que señala SANDS que este principio requiere acciones *a priori* para prevenir daños, y, si es posible, *a posteriori* de los daños[46].

La aplicación de la debida diligencia en materia ambiental va dirigida, al igual que en el Derecho internacional público, a Estados y Organizaciones para poner en funcionamiento medidas y mecanismos cuyo objetivo sea impedir, de manera diligente, que determinadas actividades que son desarrolladas dentro del territorio de un Estado o bajo su jurisdicción causen daños al medio ambiente de otros Estados o en los espacios de interés internacional[47]. En otras palabras, los Estados deben tomar las medidas

43 PIGRAU SOLÉ, A., *op. cit*., p. 106.

44 Algunos de los principios del Derecho internacional del medio ambiente son: Principio de soberanía sobre los recursos naturales y la responsabilidad de no causar daño al ambiente de otros Estados o en áreas fuera de la jurisdicción nacional; Principio de acción preventiva; Principio de buena vecindad y cooperación internacional; Principio de derecho sustentable o derecho sostenible; Principio precautorio o de precaución; Principio del que contamina paga o contaminador-pagador; Principio de la responsabilidad común, pero diferenciada.

45 DUPUY, P.-M., *Droit international public,* Dalloz, París, 2004, p. 105.

46 SANDS, P.; et. al., *Principles of International Environmental Law,* Nueva York, Cambridge University Press, Nueva York, 2012, p. 201.

47 MORGERA, E., *Corporate Accountability in International Environmental Law,* Oxford University Press, Nueva York, 2009, p. 182.

necesarias para prevenir daños ambientales, como por ejemplo reducir, limitar y controlar acciones que puedan causar o constituir un riesgo de daño ambiental[48]. Esta posición se destacó y apoyó en el caso *Zafiro*[49], en la que se da por entendido que la responsabilidad del Estado no solo versa sobre los actos, sino que la falta de prevención de tales actos es la que puede implicar responsabilidad internacional del Estado. Asimismo, el caso de *SERAP v Nigeria*[50] remarca la responsabilidad del Estado nigeriano por no controlar las actividades dentro de su territorio, que ocasionan la violación del derecho a un nivel de vida adecuado, incluido el derecho a la alimentación, al trabajo, a la salud, al agua, a la vida y a la dignidad humana, a un medio ambiente limpio. La Corte de Justicia de la Comunidad Ecowas señala la obligación del Estado de Nigeria de prevenir o remediar la situación, exigir responsabilidades a quienes han causado la situación y garantizar la adecuada reparación a las víctimas, en virtud del derecho a un medio ambiente satisfactorio reconocido en el artículo 24 de la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*.

Por su parte, Gómez-Robledo manifiesta que "la obligación de no contaminar se reduce a la obligación de debida diligencia, ya que, a fin de no producir daños a terceros de carácter 'sustancial', esto implicará que forzosamente deberá tenerse en cuenta, en la apreciación de los deberes de vigilancia, la situación en que se encuentran los países en vía en desarrollo, en especial si se tiene que hacer frente a un alto coste económico y social a los problemas de contaminación"[51].

El principio de debida diligencia va de la mano del principio cooperación internacional en materia ambiental con la finalidad de prevenir daños transfronterizos[52], en especial en actividades que han demostrado un cierto grado de peligro o riesgo como es la actividad nuclear, el transporte marítimo de hidrocarburos y los riesgos de contaminación derivados

48 SANDS, P.; et. al., *op. cit.,* p. 200.

49 *Véase* nota *supra* 38.

50 *Véase*: *SERAP v. Nigeria* (30 de noviembre 2010). Recuperado el 20 de septiembre 2013, de <http://www.worldcourts.com/ecowasccj/eng/decisions/2010.12.10_SERAP_v_Nigeria.htm>.

51 GOMEZ – ROBLEDO VERDUZCO, A. *op. cit*., p. 174.

52 *Véase:* Principio 24 de la Declaración de Estocolmo sobre el medio ambiente humano, en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/13/pr/pr23.pdf>; Principio 27 de la Declaración de Río, en: <http://www.bioculturaldiversity.net/Downloads/Papers/Rio_declaration_Spanish.pdf>. Recuperado el 12 de agosto de 2013.

de la explotación de los recursos minerales del fondo del mar y el transporte de mercancías peligrosas. Estas actividades, que normalmente son llevadas a cabo por empresas o particulares[53], han recibido especial atención por parte de la comunidad internacional debido a la capacidad de producir daños que ha quedado en evidencia en diversos episodios de catástrofes ambientales, creando un marco normativo internacional de responsabilidad civil para compensar a las víctimas que sufren daños por parte de estas actividades[54].

Finalmente, en relación con la responsabilidad internacional de los Estados en materia ambiental, cabe indicar algunas dificultades al criterio de atribución de responsabilidad internacional en materia ambiental. Primero, en la mayoría de los casos, los daños medio ambiente son provocados por actos de agentes privados que llevan a cabo actividades industriales (empresas)[55] y no por el Estado[56]. Segundo, es preciso probar la negligencia de los órganos del Estado, para ellos se emplea el denominado

[53] BOYLE, A. E., "Globalising envrionmental liability: The interplay of the national and international law", en*Journal of Environmental Law*, v. 17, núm. 1, 2005, p. 2-6.

[54] Convención de París sobre responsabilidad de terceros en materia de energía nuclear (París 29 de julio de 1960); Convención sobre Compensación Suplementaria por Daño Nuclear (Viena, 12 de septiembre 1997); Convenio de Bruselas complementario del Convenio de París, sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear (Bruselas, 31 de enero de 1963), Protocolo que modifica el Convención de París sobre responsabilidad de terceros en materia de energía nuclear del 29 de julio de 1960, modificado por el Protocolo Adicional del 28 de enero de 1964 y por el Protocolo del 16 de noviembre de 1982; Protocolo que modifica el Convenio Complementario a la Convención de París de 1960 sobre responsabilidad de terceros en materia de energía nuclear (Convenio de Bruselas), modificado por el Protocolo Adicional del 28 de enero de 1964 y por el Protocolo del 16 de noviembre de 1982 (París 12 de febrero de 2004); Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daño Nuclear (Viena, 21 de mayo de 1963); Protocolo que modifica la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daño Nuclear (Viena, 12 de septiembre de 1997); Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños debidos a la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (Bruselas en 29 de noviembre de 1969); Convenio Internacional de Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños Causados por la Contaminación de Hidrocarburos (Bruselas 18 de diciembre de 1971), Protocolo de 1992 que modifica el Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños debidos a la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (Londres, 27 de noviembre de 1992).

[55] BOYLE, A. E., *op. cit.*, p. 7.

[56] Al respecto BOYLE señala que el Estado va a incurrir en responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de debida diligencia, ya sea por no por regular o controlar actividades potencialmente capaces de producir daños al medio ambiente. *Idem*.

doble test de la negligencia, es decir, por un lado, probar la falta de la debida diligencia por parte del particular que desarrolla la actividad que ha causado el perjuicio para el medio ambiente y, por otro, la falta de diligencia de los órganos del Estado en el control de la actividad. Tercero, la relación de causalidad y la identificación del Estado responsable del incumplimiento; los perjuicios al medio ambiente con frecuencia no devienen de una actuación aislada de un Estado, sino son el resultado de la actividad realizada por o desde distintos Estados. Cuarto, la valoración de los daños ambientales, en especial, aquellos que no es posible la reparación por restitución. Y, finalmente, la cuestión de la legitimación para reclamar daños causados en espacios no sometidos a jurisdicción de un Estado[57]. Estas dificultades en la práctica son obstáculos para atribuir la responsabilidad internacional a los Estados, sin embargo los Estados se benefician evadiendo una posible responsabilidad internacional.

1 La jurisprudencia internacional del principio de prevención

La aplicación de la debida diligencia al principio de prevención ha quedado reconocido de manera uniforme en la jurisprudencia internacional en casos como *Trail Smetler, Lago Lannoux,* decisiones que reflejan la obligación de los Estados de prevenir y castigar acciones u omisiones que produzcan daños ambientales que afecten a otro Estado. Handl considera el Arbitraje de *Trail Smetler,* disputa entre Estados Unidos y Canadá, como el *locus classicus* de los principios jurídicos aplicables a responsabilidad internacional por daños al medio ambiente de otro Estado y enfatiza la obligación de los Estados de prevenir dichos daños a través del principio de utilización no perjudicial de territorio[58]. El acuerdo de arbitraje en este caso contemplaba tanto la responsabilidad del Estado por la contaminación transfronteriza como la evidencia de la necesidad de una reglamentación común[59]. El Tribunal se enfrentó a la realidad de que los tribunales

[57] PIGRAU SOLÉ, A., *op. cit.*, p. 110-112.

[58] HANDL, G., "Territorial sovereignty and the problem of transnational pollution", en *American Journal of International Law,* núm. 50, 1975. p. 60.

[59] El Tribunal comenzó diciendo la regla general de que: "*State owes at all times a duty to protect other States against injurious acts by individuals from within its jurisdiction.*" *Véase:Trail Smelter case (United States, Canada)* (16 de abril 1938 y 11 de marzo 1941). Reports of International Arbitral Awards, v. III, p. 1905-1982. Recuperado el 4 de septiembre 2013, de <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf>.

internacionales hasta la fecha no habían tomado decisiones en los hechos y circunstancias de cualquier contaminación transfronteriza del aire o de aguas transfronterizas, es por eso una de las razones de la relevancia de este caso, ya que marca las bases para la formulación de instrumentos para evitar daños transfronterizos.

Los hechos que motivaron este caso fueron las grandes cantidades de zinc y de plomo de la *FundicióndeTrail* en la Columbia Británica, Canadá. En los años 1925 y 1927 las grandes cantidades y concentraciones de gases de dióxido de azufre en el aire, a consecuencia del exceso de minerales fundidos diarios, ocasionaron daños a las tierras cultivables y no cultivables, sobre el ganado, daños a la propiedad y a los ciudadanos de *Northpot* en el Estado de Washington[60]. Ante la falta de acuerdo para resolver el conflicto entre las partes (Estados Unidos y Canadá) se firmó, en 1935, en la ciudad de Ottawa, el Acuerdo Especial de Arbitraje para resolver las reclamaciones por parte de Estados Unidos. El caso se resolvió en dos laudos, uno en 1938 y otro en 1941. El primer laudo sostuvo que los daños eran ocasionados por la emisión de gases de bióxido de azufre provenientes de la *Fundición de Trail,* por lo que dieron lugar a la indemnización por los daños ocasionados entre el 1 de enero de 1932 hasta el 1 de octubre de 1937[61]. El segundo laudo de 1941 se pronunció sobre las medidas que Canadá debía adoptar para evitar futuros daños estableciendo un régimen de control y supervisión en las operaciones de la *Fundiciónde Trail* para regular las emisiones de dióxido de azufre[62]. Este caso contribuyó en gran medida a la legislación internacional sobre responsabilidad del Estado por daños transfronterizos al medio ambiente. A esto Cassese[63] señala que este caso representa la primera vez que un tribunal internacional propuso el principio de que un Estado no puede usar o permitir a sus nacionales utilizar su territorio de tal manera que cause daño a un país vecino.

60 DEN HEIJER, M.; LAWSON, R. (2013), "Extraterritorial Human Rights and the concept of jurisdiction", en Langford, M.; et. al. (eds), *Global Justice State Duties. The extraterritorial scope of economic, social and cultura rights in international Law,* Cambridge University Press, Nueva York, 2013, p. 153-191.

61 Las palabras del tribunal fueron las siguientes: "*under the principles of international law, as well as of the law of the United States, no State has the right to use or permit the use of its territory in such amanner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence.*" *Idem*.

62 *Idem*.

63 CASSESE, A., *International Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2005, p. 484.

Por su parte, el caso *Lago Lannoux*[64], que abordó temas relacionados con la soberanía territorial y los derechos e intereses de otros Estados, surge a raíz de las alegaciones de España que señalaban que Francia no tenía el derecho de utilizar el agua del lago para la implementación del proyecto de una hidroeléctrica sin previo consentimiento del gobierno español según lo establecido el *Tratado de Bayonee* y su acta adicional concerniente a la utilización de las aguas del *Lago Lannoux.* Las reclamaciones de España no prosperaron, de acuerdo a la opinión del tribunal, debido a que España no sufre daños derivados del proyecto como pudo ser la disminución del nivel del agua o que las aguas restituidas tuvieran una composición química o una temperatura u otra característica que la pudiera perjudicar; así quedó establecido en el laudo arbitral de 1957. Por lo tanto, Francia solo hubiera podido incurrir en responsabilidad si no hubiera adoptado todas las precauciones necesarias para evitar que se produjeran los daños señalados[65]. Sin embargo, para asegurarse de que España no experimentara una disminución en el flujo de agua a causa del plan francés, se llevó a cabo la construcción de un túnel subterráneo para el transporte de una cantidad de agua igual a la cantidad de agua desviada, asegurando así que el río Carol no experimentara una disminución neta de agua[66]. De acuerdo a lo que señaló el tribunal, el proyecto francés de la hidroeléctrica «no implica un riesgo anormal para las relaciones de vecindad o en la utilización de las aguas», las acciones previstas para evitar perjuicios eran satisfactorias y el riesgo de que el río Carol de alguna manera experimentará una disminución del agua puede considerarse con seguridad como algo ocasional[67]. Pisillo – Mazzeschi en este caso identifica los estándares como un requerimiento a los Estados de tomar las medidas necesarias para evitar daños transfronterizos[68].

64 El lago Lannoux está situado en el sur del pirineo francés, sus aguas fluyen del territorio francés al español por el afluente Font-Vive, que constituye uno de los yacimientos del río Carol, que atraviesa Puigcerdà, se une al cauce del Serge y desemboca en el Ebro.

65 *Véase: Affaire du lac Lanoux (Espagne, France)* (6 de noviembre de 1957). Reports of International Arbitral Awards, v. XII, p. 281-317. Recuperado el 18 de septiembre 2013, de <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XII/281-317_Lanoux.pdf>.

66 *Idem.*

67 *Idem.*

68 PISILLO-MAZZESCHI, R., *op. cit.*, p. 30.

2 El desarrollo normativo del principio de prevención

Encontramos tanto en los tratados multilaterales y regionales como en los trabajos realizados por la Comisión de Derecho Internacional, que la debida diligencia es considerada como una obligación primaria, en tanto "tienen como propósito la conformación de un orden público internacional que responde a la protección de los derechos del individuo"[69], en este caso del medio ambiente. En materia ambiental ha quedado de manera explícita la obligación de los Estados de actuar diligentemente para prevenir daños y remediar en caso de que estos pudieran ocurrir.

Algunos instrumentos de Naciones Unidas hacen referencia a la obligación de prevenir y de cooperar bajo el principio de debida diligencia en materia ambiental. Otros textos, como la Carta de Derechos y Deberes Económicos, en su artículo 30, parten de la obligación de que la *protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras es responsabilidad de todos los Estados,* y contempla la obligación de todos los Estados *de velar porque las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control, no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de las zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional,* además de *cooperar en la elaboración de normas y reglamentaciones internacionales en la esfera del medio ambiente*[70].

La obligación de prevenir diligentemente los perjuicios ambientales a otros Estados aparece por primera vez recogida en el principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente de 1972, mejor conocida como Declaración de Estocolmo, que señala que:

> Los Estados tienen de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas y los principios de derecho internacional, el derecho soberano para explotar sus propios recursos a fin de perseguir sus propias políticas ambientales y la responsabilidad para asegurar las actividades en su jurisdicción o que el control no cause daño al medio ambiente o a otros Estados o en áreas más allá de los límites de la jurisdicción nacional.[71]

---

69 TORO HUERTA, M. I., "La responsabilidad del Estado en el marco del derecho internacional de los derechos humanos", en Méndez Silva, R. (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII congreso iberoamericano de derecho constitucional,* UNAM-IIJ México, 2002, p. 663-686.

70 *Véase:* "Resolución3281 (XXIX) delaAsamblea General de las Naciones Unidas. CartadeDerechosy Deberes Económicos de los Estados" (12 de diciembre de 1974), en: <http://dipublico.com.ar/instrumentos/148.pdf>.

71 *Véase:* "Declaración de Estocolmo sobre el medio ambiente humano", en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/13/pr/pr23.pdf>.

Asimismo encontramos inmersa la disposición de prevenir diligentemente los perjuicios ambientales en diversas resoluciones adoptadas por la Asamblea General posteriormente a la Declaración de Estocolmo, como la Res. 2295 (XXVII), de 15 de septiembre de 1972, sobre Cooperación entre Estados en el campo de Medio Ambiente, la Res. 2996 (XXVII), de la misma fecha, sobre la responsabilidad internacional de los Estados en materia de medio ambiente y la Res. 319 (XXVIII), de 13 de diciembre de 1973, sobre cooperación por dos o más Estados en el campo de medio ambiente en materia de recursos naturales compartidos por dos o más Estados.

El principio preventivo o de acción preventiva requiere que se tomen acciones en un momento previo al que se produzca el daño; bajo el marco de este principio, un Estado se obliga, mediante el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, a prevenir daño ambiental dentro del ámbito de su jurisdicción. Asimismo, requiere la obligación de los Estados de cooperar en el desarrollo del Derecho internacional en materia de responsabilidad y de la indemnización a las víctimas de la contaminación, así como en lo referente a otros daños ambientales si son producidos por actividades realizadas dentro de su jurisdicción.

Con posterioridad a la Declaración de Estocolmo, las disposiciones contempladas en el Principio 21 se reproducen en otros instrumentos internacionales sobre el medio ambiente, tanto convencionales como extra convencionales, con el fin de prevenir diligentemente los perjuicios ambientales. En 1992, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo reproduce en el Principio 2, en términos muy similares, lo contenido en el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo, señalando que:

> De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional.

En los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la Organización de las Naciones Unidas de 1978 sobre la responsabilidad internacional por daños transfronterizos resultante de actividades no prohibidas por el Derecho Internacional, también se han visto diversos intentos

de codificar el principio de debida diligencia para la prevención de daños[72]. Morelli señala que "el desarrollo normativo impulsado por la CDI, ha contribuido al asentamiento de una responsabilidad de tipo subjetiva a partir de la adopción del estándar de debida diligencia"[73].

Podemos destacar principalmente el Proyecto sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho internacional del 2001[74], que son aplicables a las actividades que son propensas a causar daños transfronterizos. La base del plan esquemático de este proyecto se centra en las obligaciones del Estado de evitar, minimizar y reparar todo daño transfronterizo sensible resultante de actividades llevadas a cabo dentro del territorio del Estado o bajo su control.

El Proyecto de Artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas está basado en la responsabilidad subjetiva; el proyecto está constituido por 19 preceptos que contienen obligaciones como la notificación previa, realizar evaluaciones de impacto ambiental y de cooperación, entre otras, para evitar los posibles daños al medio ambiente, a personas o a bienes derivados de actividades no prohibidas por el Derecho internacional dentro del territorio o espacio a jurisdicción de un Estado. Lozano Contreras señala que "la prevención se confi-

[72] La CDI empezó a ocuparse de la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos en 1978, bajo un nuevo aspecto que denominó "Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional". Se nombró como Relator Especial al Sr. Robert Q. Quentin-Baxter, que presentó cinco informes entre 1980 y 1984. En 1985, la Comisión nombra como Relator Especial al Sr. Julio Barboza, quien presentó doce nuevos informes entre 1985 y 1996. En 1997, la Comisión comienza a abordar por separado la cuestión de "prevención" y "responsabilidad"; para laprimera cuestión de la "Prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas", se nombró como Relator Especial al Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao. En 2001, se aprueba el texto definitivo del Proyecto sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas. En el 2002, se vuelve a nombrar como Relator Especial de la parte de responsabilidad al Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao. En 2006, mediante resolución 61/36, de 4 de diciembre, se aprobó en segunda lectura el texto del "Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daños transfronterizos resultante de actividades peligrosas", junto con la recomendación de que los Estados adoptaran disposiciones en el ámbito interno e internacional para llevarlos a efecto (PIGRAU, 2011: 121).

[73] MORELLI, M. P., *op. cit.*, p. 217.

[74] *Véase:* "Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53º periodo de sesiones"(23 de abril- 1 de junio y 2 julio-10 de agosto de 2001). Recuperado 18 de septiembre 2013, de <http://legal.un.org/ilc/sessions/53/53sess.htm>.

gura como el elemento central de dicho proyecto, y ello a pesar de que no aparece formulada en ninguna de las normas propuestas"[75].

Los artículos del Proyecto desarrollan el principio de debida diligencia, contemplando en ellos el deber de tomar todas las medidas apropiadas a fin de prevenir y minimizar el daño transfronterizo sensible (artículo 3), el deber de cooperar con otros Estados y con las respectivas organizaciones internacionales (artículo 4) y finalmente la obligación de adoptar mecanismos legislativos, administrativos y de monitoreo (artículo 5) y un sistema de autorización previa para todas aquellas efectuadas en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control (artículo 6), basado en la realización de una evaluación de impacto ambiental (artículo 7)[76].

En el 2002 la Comisión retomó el examen de la responsabilidad internacional del Estado y nombró un nuevo grupo de trabajo. Este grupo produjo dos informes relativos a la asignación de pérdidas en caso de daños transfronterizos que dieron lugar en el 2006 al Proyecto de Principios sobre asignación de pérdidas en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, que ha reconciliado la responsabilidad objetiva del explotador, con la responsabilidad estatal, en el marco de un régimen general, asignando solidariamente los perjuicios resultantes entre las partes involucradas, para posibilitar una pronta y adecuada indemnización de los riesgos creados. El incumplimiento de la obligación de prevención de daños que establece el Proyecto de Artículos da lugar a la responsabilidad del Estado por un hecho ilícito en el Derecho internacional sin que ello implique que la actividad misma esté prohibida.

El Proyecto de Principios se encarga de definir al daño resarcible como «daño sensible» a todo perjuicio significativo, serio o sustancial, que cause un detrimento, ya sea en la salud humana o bien en la industria, la propiedad, el medio ambiente o la agricultura de otros Estados (Principio 2). Boyle señala que "los daños al medio ambiente comprenden la privación del uso y goce del mismo -que tuviere lugar con motivo de la modificación, alteración y deterioro de la calidad ambiental, la destrucción o pérdida de este-, así como también las ganancias que se hubieren dejado de percibir por tales razones"[77]. Se destaca del Proyecto la inclusión del

[75] LOZANO CONTRERAS, J. F., *op. cit.*, p. 72

[76] MORELLI, M. P., *op. cit.*, p. 217. PIGRAU SOLÉ, A., *op. cit.*, p. 122.

[77] BOYLE, A. E., op. cit., p. 22.

daño al medio ambiente en cuanto constituye una verdadera innovación en la materia, desde que el concepto de daño tradicionalmente ha girado en torno a la persona humana, sin embargo a su vez en el Proyecto hay una falta de regulación de la indemnización por los daños cuyo resarcimiento pretende castigar al Estado que produjo el hecho lícito dañoso a falta de los mecanismos tendientes a la evaluación, cuantificación y liquidación de los daños resarcibles y sobretodo la falta de claridad en identificar al Estado que tiene la obligación de indemnizar.

El principio de debida diligencia ha sido contemplado como parte central en el Derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación de la CDI como parte de las obligaciones de no causar daños sensibles. El artículo 7 del Proyecto de Artículos sobre el derecho de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación establece que:

"Los Estados del curso de agua ejercerán la diligencia debida para utilizar el curso de agua internacional de manera que no se causen daños sensibles a otros Estados del curso de agua"[78].

Lo dispuesto en el artículo 7 se considera una obligación de conducta y no de resultado, es decir que únicamente puede considerarse que un Estado del curso de agua cuyo uso causa un daño sensible ha incumplido su obligación de ejercer diligencia debida cuando, de manera intencionada o negligente, ha causado el hecho que había que evitar o, de manera intencionada o negligente, no ha impedido que otros en su territorio causen ese hecho o no haya realizado lo necesario para disminuir los efectos, es decir, que sólo se puede considerar que un Estado del curso de agua ha incumplido su obligación de diligencia debida en el caso de que supiera o debiera haber sabido que el uso particular de un curso de agua internacional causaría daños sensibles a otros Estados del curso de agua.

Por lo tanto, podemos concluir que el principio de debida diligencia en materia ambiental abarca la obligación de actuar diligentemente para la prevención de daños que puedan incurrir en la responsabilidad de un Estado, la cooperación internacional en relación con actividades consideradas de gran peligro o riesgo y la implementación de normas ambientales destinadas a la prevención y reparación de daños ambientales.

[78] *Véase*: Proyecto de Artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, en: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/8_3_1994.pdf>.

IV LA DEBIDA DILIGENCIA EN LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

Las actividades industriales, en especial las llevadas a cabo por las empresas transnacionales, producen impactos negativos al medio ambiente, por lo que el cumplimiento de la obligación internacional de los Estados de prevenir daños ambientales dentro de su territorio o espacios sometidos a su jurisdicción o control recae de forma particular en las actividades empresariales, para garantizar que las empresas ejerzan la debida diligencia en sus operaciones y eviten potenciales impactos en el medio ambiente dentro o fuera de las fronteras de un Estado. En otras palabras, imponer a las empresas el actuar de forma diligente puede garantizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de medio ambiente. Por lo tanto, este principio toma forma de normas nacionales destinadas a la protección ambiental y de sanciones que contribuyen a la obligación de prevenir y compensar daños ambientales. La aplicación de normas ambientales de prevención, a raíz de las obligaciones internacionales, permite influir en el comportamiento de particulares, como es el caso de las empresas, ya sea mediante la adopción de tecnología o técnicas más amigables con el medio ambiente, para prevenir que se produzcan daños transfronterizos y cuya violación implica ilícito internacional.

Las empresas transnacionales mediante la globalización han expandido sus actividades y actualmente se realizan en más de un lugar, por lo que existe una tendencia para extender las obligaciones de prevenir daños más allá de las fronteras de un Estado, haciendo especial hincapié en los Estados desarrollados; a esto Sornarajah señala que "los Estados desarrollados tienen un deber de control para la comunidad internacional y de hecho, tienen los medios para el control legal de la conducta en el extranjero de las empresas multinacionales"[79].

La debida diligencia aplicada en las actividades empresariales ha tenido especial atención en la prevención de violaciones de derechos humanos. Así ha quedado establecido en los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, propuestos por el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas, Profesor John Ruggie, y aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2011, con el fin de prever consecuencias negativas sobre los derechos humanos. El

[79] SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, Nueva York, 2004. p. 169.

Representante Especial utiliza el término de debida diligencia en su sentido general definiéndolo como "un intento amplio y activo de descubrir los riesgos reales o potenciales que amenazan a los derechos humanos durante todo el ciclo vital de un proyecto o actividad comercial, con miras a evitar o atenuar esos riesgos"[80].

Tomando en cuenta el modelo establecido en los Principios Rectores analizaremos la debida diligencia en materia de derechos humanos requerida a las empresas, sean cuales fueren su naturaleza o tamaño, para la prevención de violaciones de los derechos humanos. El Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales hace referencia a la repercusión de los daños ambientales sobre los derechos humanos y constató que los problemas relacionados con el medio ambiente tienen consecuencias negativas sobre distintos derechos, entre ellos, el derecho a la salud, el derecho a la vida, el derecho a una alimentación y vivienda adecuadas, los derechos de las minorías a la cultura y el derecho a beneficiarse del progreso científico[81]. Por tanto, la debida diligencia contemplada en los Principios Rectores es la creación de sistemas de gestión de riesgos de las empresas en áreas donde existe un riesgo mayor de que se produzcan impactos negativos en los derechos humanos, como puede ser el ámbito ambiental.

El principio rector 17 señala de forma explícita la debida diligencia y establece que:

> Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el

[80] *Véase:* CDH. (2009, 22 de abril). Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales incluidos el derecho al desarrollo.Recuperado el 23 de septiembre 2013, de<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/11session/A.HRC.11.13.pdf>.

[81] *Véase:* CDH. (2008, 23 de mayo). "Empresas y derechos humanos: encuesta sobre el alcance y los tipos de presuntos abusos de los derechos humanos cometidos por empresas". A/HRC/8/5/Add.2. Recuperado el 23 de septiembre 2013, de <http://www.ohchr.org/EN/Issues/TransnationalCorporations/Pages/Reports.aspx>.

seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas. La debida diligencia en materia de derechos humanos:

a) Debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales;

b) Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones;

c) Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas.[82]

V LA APLICACIÓN DE LA DEBIDA DILIGENCIA DE LOS PRINCIPIOS RECTORES EN EL ÁMBITO AMBIENTAL

Cuando hablamos del ejercicio de la debida diligencia en las actividades industriales nos referimos, en primer lugar, a que las empresas identifiquen los riesgos ambientales derivados de sus operaciones y, en segundo lugar, a que tomen las medidas necesarias para prevenir perjuicios ambientales[83]. En materia de derechos humanos la debida diligencia se considera un proceso para prevenir, mitigar y, en caso de que ocurran, remediar los impactos negativos, directos e indirectos, reales y potenciales, de su actuación sobre los derechos humanos. Este proceso diferirá entre las empresas en función de su tamaño, el alcance de sus impactos en los derechos humanos y su naturaleza y contexto operacional[84].

[82] *Véase:* CDH. (2011, 21 de marzo). "Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar'". A/HRC/17/31. Recuperado el 23 de septiembre 2013, de<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinesHR_SP.pdf>.

[83] Por ejemplo, la Ley Canadiense de Protección Medioambiental de 1999 prevé que una empresa tiene la obligación de observar una gran variedad de requisitos relativos al control de la contaminación y otras medidas de protección del medio ambiente, sujetos, todos ellos, a sanciones penales, civiles y administrativas.

[84] ISEA SILVA, R., *Las empresas y los derechos humanos*, IESE-Universidad de Navarra, Barcelona, 2011. p. 22.

Isea Silva señala que la debida diligencia contemplada en los Principios Rectores debe llevarse en varios pasos. El primero de ellos es la identificación y evaluación de los impactos adversos que tienen las actividades y relaciones comerciales[85] de la empresa en los derechos humanos, con especial atención a los grupos tradicionalmente discriminados (mujeres, niños y niñas, discapacitados, pueblos indígenas, inmigrantes, etcétera)[86].

El segundo paso se deriva de las conclusiones obtenidas de las evaluaciones de los impactos para tomar las medidas pertinentes para prevenirlos y mitigarlos. Las medidas requeridas dependerán si la empresa provoca o contribuye a generar impactos negativos en los derechos humanos, o si su responsabilidad en esos impactos se da a través de sus relaciones comerciales y de la capacidad de influencia de la empresa para prevenir impactos negativos en los derechos humanos. En ocasiones, el impacto de las empresas es llevado a cabo por empresas contratadas para realizar una parte de la producción; en caso de que los impactos negativos sean a través de estas, las empresas deberán calibrar aspectos como su capacidad de influencia sobre la entidad, la importancia de su relación comercial con esta, la gravedad del abuso y la posibilidad de finalizar dicha relación[87].

Una vez tomadas las medidas para prevenir y mitigar los impactos, un tercer paso contemplado en los Principios Rectores consiste en el seguimiento de la eficacia de las medidas a través de indicadores apropiados, tanto cualitativos como cuantitativos, como pueden ser las inspecciones y auditorías que contengan datos referentes a los resultados de las medidas. El último paso, consiste en la transparencia de las medidas tomadas para paliar los efectos negativos de sus actividades. Las empresas habrían de garantizar el acceso a la información de los datos de la empresa referentes acciones de prevención y mitigación de impactos, ya sea mediante reuniones personales, diálogos en línea, consultas con las partes afectadas e informes públicos oficiales (informes anuales, informes de responsabilidad social, etc.). Esto ha sido resaltado por el Relator Especial señalando que

[85] Por "relaciones comerciales" los Principios Rectores las define como "las relaciones que una empresa mantiene con sus socios comerciales, entidades de su cadena de valor y cualquier otra entidad no estatal o estatal directamente relacionada con sus operaciones comerciales, productos o servicios".

[86] ISEA SILVA, R., *op. cit.*, p. 21-22.

[87] *Idem*.

"las empresas deben reconocer que los derechos humanos no son un tema más, sino que exigen una participación significativa de las partes afectadas dentro y fuera de la empresa"[88].

Por su parte, el informe elaborado por el Profesor De Schutter llamado "*La debida diligencia en materia de derechos humanos: el papel de los Estados*"[89] hace referencia a cuatro enfoques a través de los cuales los Estados pueden garantizar que las empresas desarrollen actividades de diligencia debida en materia de derechos humanos. Estos enfoques a los que se refiere el informe, a nuestra opinión, pueden aplicarse en la esfera de la protección ambiental.

El primer enfoque impone el ejercicio de la debida diligencia como una cuestión de cumplimiento normativo. Este enfoque conlleva dos aspectos, por un lado que el Estado aplique normas que requieran a las empresas llevar procesos de debida diligencia mediante una obligación jurídica contenida en una ley; y un segundo aspecto que permite a las empresas defenderse contra acusaciones de violaciones penales, civiles o administrativas demostrando que sus actividades se han llevado de forma diligente para prevenir los daños. Dentro del mismo enfoque, cabe la posibilidad que los organismos reguladores requieran a las empresas el ejercer la debida diligencia como requisitos básicos para la concesión de autorizaciones y licencias para el desarrollo de múltiples actividades empresariales[90]. El segundo enfoque se centra en proporcionar incentivos y beneficios a las empresas cuando estas demuestren el ejercicio de la debida diligencia en sus actividades. Los Estados para otorgar a las empresas sellos de calidad o apoyos estatales deben exigir la debida diligencia relativa a los riesgos ambientales y sociales. El tercer enfoque consiste en la transparencia y divulgación de la información. En este enfoque se emplean los mecanismos que obligan a las empresas a revelar la existencia o ausencia de actividades

[88] *Véase* nota *supra* 1.

[89] DE SCHUTTER, O; et. al. (2012). "La diligencia debida en materia de Derechos humanos: el papel de losEstados". Recuperado el 20 de septiembre 2013, de <http://accountabilityroundtable.org/wp-content/uploads/2013/02/La-Diligencia-Debida-en-Materia-de-Derechos-Humanos-El-Papel-de-los-Estados.pdf>.

[90] En la mayoría de los Estados se requiere para el desempeño de una actividad empresarial la concesión de una licencia y/o autorización. Las concesiones requieren que las empresas desarrollen las actividades de manera diligente para que se autorice a la empresa llevar a cabo sus operaciones. En el ámbito ambiental se contempla como instrumento la evaluación de impacto ambiental antes de la concesión de licencias o autorizaciones de una actividad.

que se realicen sin la debida diligencia[91]. Finalmente, se hace referencia a un cuarto enfoque que es la combinación de uno o varios de los enfoques anteriores. Este enfoque permite utilizar incentivos que promuevan el respeto por parte de las empresas de las normas establecidas en la legislación y garantice que el cumplimiento se pueda evaluar de una manera eficiente y eficaz, por ejemplo normas administrativas que exijan a las empresas que ejerzan la debida diligencia como requisito básico para la obtención de una licencia o autorización, y a su vez exigir la redacción de informe periódicos sobre sus actividades para comprobar si operan de forma diligente. En ocasiones, para motivar el cumplimiento, se puede contemplar sanciones administrativas como multa.

En resumen, el requerimiento a las empresas de operar con la debida diligencia presupone por un lado el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados de prevenir daños ambientales dentro de su territorio y por otro, influir en el comportamiento de las empresas para reducir el impacto de las actividades industriales tanto para el medio ambiental como en la protección de los derechos humanos. Sin embargo, el que actué o no una empresa con la debida diligencia no garantiza que no se produzcan impactos ambientales y sociales, ya que por lo general esta noción de estudio suele predominar en los instrumentos voluntarios destinados a las empresas sin que sean vinculantes a estas, quedando a la voluntad de cada una de ellas tomar las medidas necesarias para operar de manera diligente.

VI CONSIDERACIONES FINALES

En teoría los Estados actúan de manera diligente con la finalidad de no incurrir en una posible responsabilidad internacional, es decir llevan a cabo el comportamiento propio de un buen gobierno. Para ello, el Estado se enviste de un aparato jurídico para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones internacionales de prevenir y perseguir y castigar, en caso de surgir perjuicios que pudieran incurrir en la responsabilidad internacio-

[91] En los Estados Unidos, las leyes federales obligan a las empresas públicamente registradas a disponer de programas sólidos de evaluación, gestión y presentación de informes sobre los riesgos importantes. *Véase:* CDH (2009, 22 de abril). Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. Recuperado el 18 de septiembre 2013, de <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/128/88/PDF/G0912888.pdf?OpenElement>.

nal del Estado. Sin embargo, en ocasiones un Estado no puede tener un control total de todas las actividades que se llevan dentro de su territorio o espacio donde ejerce su jurisdicción, en especial aquéllas ejecutadas por particulares, como las empresas transnacionales que tienen especial impacto en el disfrute de los derechos humanos y medio ambiente, incurriendo en muchas ocaciones en la violación de una norma convencional de derechos humanos y medio ambiente. A pesar de esto, bajo la doctrina de atribución de responsabilidad no se incluyen los hechos de particulares, en este caso de las empresas, a excepción de ciertos casos muy especiales contemplados en el Proyecto de Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos del 2001 de CDI. En el ámbito internacional del medio ambiente se ha optado por una responsabilidad de tipo objetiva por daños ocasionados por ciertas actividades consideradas peligrosas o riesgosas y así el Estado evita asumir la responsabilidad internacional por los hechos realizados por los particulares, trasladando la responsabilidad directamente al operador de la actividad, a excepción de que se compruebe que el Estado no previno los daños por falta de debida diligencia, por ejemplo la falta de regulación de una actividad considerada peligrosa o riesgosa.

Los Estados han trasladado, por decirlo así, la debida diligencia a las actividades industriales de las empresas con el fin de que tomen las medidas necesarias para prevenir perjuicios, dentro del marco de los Principios Rectores de las empresas y derechos humanos con el objeto de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de las actividades de las empresas sobre los derechos humanos. Por ello, los Estados deberán implementar una serie de requisitos que permitan que las empresas operen de manera diligente y no afecten a los derechos humanos y el medio ambiente. Sin embargo, cabe resaltar el carácter no vinculante de los Principios Rectores, por lo que queda a consideración de los Estados la adopción de medidas que influyen en un actuar más diligente de las empresas, así como de estas últimas de llevarlas a cabo, sin embargo, el carácter voluntario, en nuestra opinión, contribuye a una escasa aplicación de la debida diligencia contemplada en los Principios Rectores si no hay un apoyo a través de normas obligatorias de los Estados dirigidas a las empresas.

REFERENCIAS

ANZILLOTI, D., "La responsabilité internationale des Etats raison des dommages soufferts par des étrangers", en *Revue Générale de Droit International Public,* núm.13, 1966, p. 5-29.

BARNIDGE, R., "The Due diligence principle under International Law", en*International Community Law Review*, v. 8, núm. 1, 2006, p. 81-121.

BROWNLIE, I., *System of the law of Nations: State Responsibility* (Parte I), Oxford University Press, Nueva York, 1984.

CASSESE, A., *International Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2005.

DANAILOV, S. (1998)."The Accountability of Non-State Actors for Human Rights Violations: the Special Case of Transnational Corporations". Recuperado el 17 de septiembre 2013, de <http://www.humanrights.ch/upload/pdf/000303_danailov_studie.pdf >.

DE SCHUTTER, O., *Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations*, Université Catholique de Louvain, Bélgica, 2006.

DE SCHUTTER, O; et. al. (2012). "La diligencia debida en materia de Derechos humanos: el papel de losEstados".Recuperado el 20 de septiembre 2013, de <http://accountabilityroundtable.org/wp-content/uploads/2013/02/La-Diligencia-Debida-en-Materia-de-Derechos-Humanos-El-Papel-de-los-Estados.pdf>.

DEN HEIJER, M.; LAWSON, R., "Extraterritorial Human Rights and the concept of jurisdiction", en Langford, M.; et. al. (eds), *Global Justice State Duties. The extraterritorial scope of economic, social and cultura rights in international Law,* Cambridge University Press, Nueva York, 2013, p. 153-191.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., "Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual", en *AFDUAM,* núm. 4, 2000, p. 153-166.

DUPUY, P. M., *Droit international public,* Dalloz, París, 2004.

FLEMME, M., *Due Diligence in International Law,* Faculty of Law University of Lund, Lund, 2004.

GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, A., "Consideraciones sobre la responsabilidad internacional del Estado sin hecho ilícito y la contaminación marina", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* núm. 45, 1982, p. 1025-1033.

GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, A., *Responsabilidad internacional por daños transfronterizos,* IIJ-UNAM, México, 1992.

GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, A., *Temas selectos de Derecho internacional público,* UNAM, México, 1994.

HANDL, G., "Territorial sovereignty and the problem of transnational pollution", en *American Journal of International Law,* núm. 50, 1975.

ISEA SILVA, R., *Las empresas y los derechos humanos*, IESE - Universidad de Navarra, Barcelona, 2011.

LOZANO CONTRERAS, J. F., *La noción de debida diligencia en Derecho internacional público,* Atelier, Barcelona, 2007.

MCCORQUODALE, R.; SIMONS P., "Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law", en *The Modern Law Review,* v. 70, núm. 4, 2007, p. 598–625.

MEZA, A. G., "La responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: La atribución de un comportamiento al Estado y el rol de la Corte Internacional de Justicia", en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja",* Año IV, núm. 5, 2010, p. 59-74.

MONROY CABRA, M. G., *Derecho internacional público*,Temis, Bogotá, 2002.

MORELLI, M. P., "Consideraciones sobre la responsabilidad internacional del Estado por daños transfronterizos resultantes de actividades no prohibidas", en*Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte,* núm. 51, 2007, p. 221-230.

MORGERA, E., *Corporate Accountability in International Environmental Law,* Oxford University Press, Nueva York, 2009.

OECD, *Legal Aspects of Transfrontier Pollution*, OECD, Paris, 1977.

OKOWA, P. N., "Procedural Obligations in International Environmental Agreements", en *British Yearbook of International Law,* v. 67, 1996, p. 275-336.

OPPENHEIM, L., *Tratado de Derecho internacional público,* Bosch, Barcelona, 1967.

ORTIZ AHLF, L., "Responsabilidad internacional en materia ambiental", en IIJ-UNAM, *La responsabilidad jurídica en el daño ambiental,* IIJ-UNAM, México, 1998. p. 153-176.

PISILLO-MAZZESCHI, R., "Forms of International Responsibility for Environmental Harm", en FRANCIONI, F.; SCOVAZZI, T., *International responsibility for environmental harm,* Kluwer Academic Publishers, Dorodrecht, 1991.

SANDS, P.; et. al., *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, Nueva York, 2012.

SORENSEN, M., *Manual de Derecho internacional público,* Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, Nueva York. 2004.

SUNDSTRØM, M. (2010). "Home State Responsibility for Extraterritorial Human Rights Violations Committed by Non-State Actors". Recuperado el 19 de septiembre 2013, de <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/19081/108659.pdf?sequence=1>.

TORO HUERTA, M. I. "La responsabilidad del Estado en el marco del Derecho Internacional de los derechos humanos", en Méndez Silva, R. (Coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional.* UNAM-IIJ, México, 2002, p. 663-686.

VERDROSS, A., *Derecho internacional público,* Aguilar, Madrid, 1967.

14

ASPECTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SUAS DECISÕES[1]

Natasha Karenina de Sousa Rego

Mestranda em Direito e Relações Internacionais do Programa de Pós-Gradução em Direito da Universidade de Santa Catarina. Pesquisadora do Observatório de Direitos Humanos da UFSC. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí.

Jayme Benvenuto Lima Jr.

Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Professor da Universidade Federal da Integração Latino-americana (UNILA) no curso de Relações Internacionais e Integração. Bolsista de Produtividade em Pesquisa 2 do CNPq.

[1] Artigo científico apresentado como requisito do término da disciplina Direito Internacional dos Direitos Humanos do Mestrado em Direito e Relações Internacionais do Programa de Pós-Gradução em Direito da Universidade de Santa Catarina.

I INTRODUÇÃO

Apesar da problemática dos direitos humanos ser antiga, o Direito Internacional dos Direitos Humanos vem se consolidando há relativamente pouco tempo, a partir do desenvolvimento promovido após a Segunda Guerra Mundial. A produção teórica, legal e jurisprudencial, assim como a discussão principiológica, assegurariam o pleno respeito pelos direitos humanos e pela dignidade da pessoa humana. Contudo, os eventos cotidianos nos âmbitos doméstico e internacional levam-nos a refletir sobre o aparente paradoxo existente na proliferação de tratados internacionais e nas constantes e massivas violações de direitos humanos.

As violações aos direitos humanos em âmbito doméstico e internacional têm sido objeto da maior preocupação na segunda metade do século XX e passaram a integrar a agenda internacional de todos os países. O *boom* de tratados internacionais e de outros documentos aptos a proteger conjuntos de direitos atesta essa realidade.

No plano global, o surgimento das Nações Unidas é o marco, no Direito Internacional, para a mudança na forma de regulação dos Estados. O empenho dos países vencedores da Segunda Guerra foi fundamental para a criação e a consolidação da ONU, vista como apta a garantir uma paz estável e duradoura e evitar o surgimento de novas guerras. Ao mesmo tempo que o modelo prescrito pela Carta das Nações Unidas prenuncia a humanização por meio de diversos princípios internacionais, percebe-se que a arquitetura da ONU foi projetada para acomodar as estruturas de poder da época. A estrutura monolítica do Conselho de Segurança e a extrema concentração de poder evidenciam esta realidade.

A preocupação dos que defendem a universalização da proteção dos direitos Humanos expressa-se no fato de as violações serem cometidas em geral pelos Estados. A mudança no próprio tratamento dos direitos humanos enseja a subordinação do direito estatal e a rediscussão do conceito de soberania. Os pilares do Estado Moderno são colocados em cheque.

Consequência desse processo é a mudança paradigmática no que se refere à própria proteção dos direitos humanos. O sistema global, no âmbito da ONU, não é o único atualmente existente: a Europa, a África e a América também têm consolidado sistemas regionais de proteção dos direitos humanos aptos a lidar de forma mais incisiva com demandas locais e específicas.

No que se refere à América, continente de culturas democráticas recentes e padrões de proteção e violação de direitos humanos díspares, a Co-

missão Interamericana de Direitos Humanos (a Comissão ou CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (a Corte, ou Corte IDH) têm contribuído positivamente para moldar a conduta dos Estados com base no sistema de petições previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Enquanto o sistema das Nações Unidas, também chamado de sistema global de proteção dos direitos humanos, tem sido uma via importante de *"prevenir conflitos internos"*, através de mecanismos de intervenção política que visam o *"fortalecimento de instituições nacionais para solucionar questões relacionadas a direitos humanos"* (UNITED NATIONS, 2000. p. 1), os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos visam decidir controvérsias que não tiveram solução no plano das jurisdições domésticas dos Estados, compondo um meio jurisdicional internacional de solução de conflitos.

A utilização desses sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos não implica, no entanto, no abandono do uso dos sistemas nacionais. Ambos devem ser fortalecidos, na perspectiva do pleno respeito aos direitos humanos. No plano internacional, o desafio é, mediante instrumentos e mecanismos de proteção, ampliar o respeito aos direitos humanos.

A criação de sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos busca a realização prática dos direitos, indo, portanto, além da mera declaração de direitos. Para tanto, foi preciso que os Estados alterassem a noção tradicional de soberania em prol da proteção dos direitos humanos.

Ao aderir aos documentos internacionais de proteção aos direitos humanos, os Estados abdicam de uma parcela de sua soberania, pois permitem que a comunidade internacional observe, opine e, até mesmo, julgue sua atuação interna. [...] O conceito tradicional de soberania, que define o Estado como sujeito único e exclusivo da política no plano internacional, já não responde totalmente à situação atual (HANASHIRO, 2001. p. 20).

II A OEA E O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

No pós 1948, a proteção dos direitos humanos passou a figurar nas falas, discursos e ações como tema prioritário. A Carta da Organização dos Estados Americanos, filha daquele contexto, foi adotada em 1948 e criou a Organização dos Estados Americanos. Conferências anteriores no âmbito dos estados americanos ocorreram desde 1889. Contudo, a necessidade de consolidar esta organização internacional de caráter regional foi apressada com o fim da Segunda Guerra Mundial.

A 9ª Conferência Internacional Americana, reunida em Bogotá em 1948, deu estatuto internacional à organização americana por meio da Carta, em 30 de abril de 1948, nomeando-a OEA e declarando-a "organismo regional das Nações Unidas" (ACCIOLY, 2009, p. 438).

Os capítulos I e II da Carta dispõem sobre os propósitos e os princípios da Organização. Sua principal finalidade é garantir a paz e a segurança do continente, seja assegurando a solução pacífica das controvérsias internacionais, organizando ações solidárias para as repúblicas em caso de agressão, e promovendo o desenvolvimento econômico, social e cultural.

Não é nenhuma coincidência que a Carta da OEA tenha sido assinada juntamente com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem sete meses após a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Os trabalhos preparatórios deste documento inspiraram aquele, que trouxe não apenas os direitos como também os deveres para os seres humanos.

O artigo 112 da Carta da OEA prevê a constituição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que tem por função principal promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da OEA sobre o tema. Contudo, apenas 21 anos depois da aprovação da Carta, a necessidade de transferir o dever de proteção a um sistema supranacional levou países americanos a fortalecerem as bases e as articulações em prol deste intento. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi adotada em São José da Costa Rica, em 1969, durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Também conhecida como "Pacto de San José", a Convenção Americana sobre Direitos Humanos entrou em vigor em 1978[2] e é a base jurídica para a proteção dos direitos humanos na região, correspondendo seu advento à *"institucionalização convencional do sistema interamericano de proteção"* (CANÇADO TRINDADE, 2000b, p. 42-43). A Convenção é reconhecida por garantir os direitos humanos civis e políticos, sendo ressaltada nesse sentido a proibição expressa à suspensão das "garantias indispensáveis" para a proteção de direitos humanos, conforme o artigo 27 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, direito à vida, direito à integridade pessoal, proibição da escravidão e da servidão, princípio da legalidade e da retroatividade, liberdade de consciência e de religião, proteção da família, direito ao nome, direitos da criança, direito à nacionalidade e direitos políticos). A grande

[2] Ocasião em que o 11º país depositou o instrumento de ratificação na Secretaria-geral da OEA, nos termos estabelecidos pela própria Convenção.

limitação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos é sua restrição quase que exclusiva a direitos humanos civis e políticos. À exceção do artigo 26, que menciona os direitos humanos econômicos, sociais e culturais como de realização progressiva:

> Os Estados partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

O artigo transcrito acima é uma reedição, embora ainda mais limitada, do conteúdo do artigo 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, instrumento do sistema das Nações Unidas. Diferentemente do Pacto da ONU, a Convenção não relaciona direitos humanos econômicos, sociais e culturais aos quais garantiria eficácia e muito menos estabelece um sistema de apresentação de relatórios periódicos sobre a implementação de direitos humanos econômicos, sociais e culturais.

Na segunda parte da Convenção Americana, estabelecem-se os órgãos por meio dos quais o sistema interamericano busca proteger os direitos humanos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, os quais serão abordados na sequência.

Apesar da guerra do Vietnã e dos regimes ditatoriais na América Latina, os Estados membros da Convenção reuniram-se na Costa Rita em 1969. Diversas delegações preocupavam-se com os possíveis conflitos entre os dispositivos constitucionais e os artigos da Convenção. Já a delegação estadunidense temia a dificuldade de harmonização dos princípios do *common law* com os de direito romano. Apesar das preocupações, a Convenção foi assinada e incorporou a ideia de se criar a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte ou Corte IDH). É importante notar que o Estado-membro da Convenção não aceita automaticamente a jurisdição da Corte. Deve manifestá-la expressamente (ACCIOLY, 2009, p. 441).

Guardadas as semelhanças e diferenças entre as declarações e os sistemas protetivos, ainda é possível se estabelecer uma comparação entre a realidade americana e a europeia. O sistema americano, diferentemente

do europeu, em virtude das condições culturais, históricas, sociais e econômicas de seus habitantes, foca nos problemas gerados em virtude da realidade específica e prioriza a melhoria das condições de vida de seus habitantes.

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (Sistema ou SIDH) possui dois instrumentos de monitoramento da aplicação dos tratados: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, responsável por averiguar denúncias e encaminhar pareceres ao segundo órgão, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que possui a atribuição de proceder à investigação dos fatos e posteriormente julgá-los. Se no plano teórico e jurídico estes instrumentos parecem dar conta das demandas locais, no plano prático percebe-se um desconhecimento da população destas formas de defesa e uma estrutura que ainda não dá conta da demanda, o que dificulta a luta contra violações aos direitos humanos nos países do continente americano. A situação controvertida da aplicação do Direito Internacional face às normas de direito interno e do cumprimento das sentenças emanadas pela Corte acentuam o problema. Ainda que um caso de desrespeito aos direitos humanos seja levado a Comissão e chegue a Corte, sua decisão pode não ser cumprida pelo Estado ao alegar que o julgado configuraria um desrespeito à concepção moderna de soberania nacional.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi criada durante a Quinta Reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores, ocorrida em Santiago do Chile, em 1959, por meio da resolução VIII, ocasião em que os debates eram orientados "pelas tensões políticas no Caribe e, sobretudo, pela revolução em Cuba." Começou a trabalhar em 1960, com sede em Washington, como entidade autônoma da Organização dos Estados Americanos, na qualidade de primeiro órgão efetivamente encarregado de cuidar dos problemas relacionados aos direitos humanos da região. Apesar disso, a base de constituição da Comissão – uma resolução, e não uma convenção – era muito frágil, deixando-a por vezes numa situação de muita vulnerabilidade perante os Estados da região.

Inicialmente, a Comissão recebeu atribuição limitada à promoção dos direitos humanos: estimular a consciência dos direitos humanos nas Américas, formular recomendações aos governos dos Estados-membros quando considerasse conveniente, preparar relatórios sobre violações de direitos humanos em países específicos, solicitar aos Estados-membros informações sobre as medidas adotadas em relação aos direitos humanos e servir de corpo consultivo à OEA nessa matéria.

Com o tempo, foi necessário solicitar ao Conselho da Organização dos Estados Americanos a ampliação das atribuições da Comissão. Foi quando, em 1965, suas atribuições foram ampliadas, mediante a resolução XXII da Segunda Conferência Interamericana Extraordinária, realizada no Rio de Janeiro, ocasião em que o organismo passou a incluir em seus trabalhos a elaboração de um relatório anual à Conferência Interamericana ou à Reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores e introduziu um sistema para o recebimento de petições individuais, funções essas que então passaram a ser as mais importantes da Comissão. No entanto, as mudanças mais significativas ocorreram em 1967, com o Protocolo de Buenos Aires, que reformou a Carta da OEA e, em 1969, com a aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos, que incorporou o órgão à Convenção. Estava dada, portanto, a base convencional à Comissão.

De acordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Comissão é formada por sete membros, denominados comissários, *"de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos",* eleitos a título pessoal pela Assembleia Geral da OEA, para cumprir um mandato de quatro anos, e tem poderes para receber petições relacionadas a casos de alegada violação aos direitos humanos previstos na Convenção e em outros instrumentos do sistema, podendo ser acionada contra o governo de um Estado que tenha ratificado aquele tratado ou, com base na Declaração Americana de Direitos Humanos, quando se referir a violação praticada por Estados que não ratificaram a Convenção, com o que se atribui ao organismo o caráter de *"jurisdição obrigatória"*. Dispõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a propósito da competência da Comissão:

> Artigo 44
>
> Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados Membros da Organização, pode apresentar à comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte.
>
> Artigo 45
>
> 1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção, ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado Parte alegue haver outro Estado Parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção.

> 2. As comunicações feitas em virtude deste artigo só podem ser admitidas e examinadas se forem apresentadas por um Estado Parte que haja feito uma declaração pela qual reconheça a referida competência da Comissão. A Comissão não admitirá nenhuma comunicação contra um Estado Parte que não haja feito tal declaração.

Tais disposições colocam em relevo a regra geral do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos que atribui pleno direito ao indivíduo de denunciar violações de direitos humanos, mesmo sem alegar a condição de vítima, e a iniciar um procedimento.

A atuação da Comissão, no entanto, tem caráter não judicial, na medida em que não é um tribunal, e suas decisões não são sanções, e sim recomendações para os Estados.

Num primeiro momento, a Comissão exerce uma função conciliatória buscando estabelecer uma solução amistosa com o Estado. Não sendo possível a conciliação, a Comissão pode elaborar um relatório a respeito do caso, com recomendações que, se não forem seguidas, autorizam-na a enviar o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em situações consideradas de grande gravidade e urgência, a Comissão pode realizar visitas *in loco* – no território do Estado acusado de violar a Convenção – com o objetivo de investigar a situação denunciada, na hipótese de que todos os requisitos de admissibilidade de petições tenham sido preenchidos e haja o prévio consentimento do Estado. Pode também recomendar a adoção de medidas cautelares a serem implementadas pelos Estados na salvaguarda dos direitos humanos.

O artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece os requisitos de admissibilidade de casos perante a Comissão, assim como suas exceções:

> 1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão será necessário:
>
> que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos;
>
> que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e assinatura

da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

2. As disposições das alíneas "a" e "b" do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

não existir, na legislação interna do Estado de que se trata, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;

não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los.

houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

Sobre os requisitos de admissibilidade de casos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, diz Cançado Trindade:

> A prática da Comissão Interamericana a respeito, mesmo antes da adoção e entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tem demonstrado que aquele requisito de admissibilidade não é sacrossanto, imutável ou absoluto, e tem sido aplicado – à luz do critério da eficácia dos recursos internos – com muito mais flexibilidade no contexto da proteção internacional dos direitos humanos. Aqui os recursos internos formam parte integrante do próprio sistema de proteção internacional dos direitos humanos, com ênfase no elemento de reparação (*redress*) e não no processo de um esgotamento mecânico de recursos.

Cançado Trindade ressalta a diferença entre a Comissão Interamericana e a antiga Comissão Europeia de Direitos Humanos, extinta a partir de 1998:

> No tocante ao mecanismo de proteção, a Convenção Americana distingue-se significativamente da Européia em que, enquanto sob esta última (anteriormente à entrada em vigor, em 01.11.1998, do Protocolo no. XI), o direito de petição individual tinha, tal como originalmente concebido, uma base facultativa, e o de petição interestatal mandatória (artigos 25 e 24, respectivamente), sob a Convenção Americana passou-se o contrário, sendo concebido como mandatório o direito de petição individual, e facultativo o de queixa interestatal (artigos 44 e 45, respectivamente). Provavelmente, uma reclamação interestatal teria repercussões bem mais amplas e profundas nas relações inter-

nacionais na região do que muitas das petições individuais (não raro rejeitadas como inadmissíveis); enquanto no sistema europeu as petições interestatais têm raramente sido utilizadas.

O artigo 29 do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é claro e pormenorizado ao definir os requisitos para a consideração de petições a ela dirigidas:

As petições dirigidas à Comissão deverão conter a seguinte informação:

– o nome, a nacionalidade e a assinatura do denunciante ou denunciantes ou, no caso de o peticionário ser uma entidade não governamental, o nome e a assinatura de seu representante ou seus representantes legais;

– se o peticionário deseja que sua identidade seja mantida em reserva frente ao Estado;

– o endereço para o recebimento de correspondência da Comissão e, se for o caso, número de telefone e fax e endereço eletrônico;

– uma relação do fato ou situação, com especificação do lugar e data das violações alegadas;

– se possível, o nome da vítima, bem como de qualquer autoridade pública que tenha tomado conhecimento do fato ou situação denunciada;

– a indicação do Estado que o peticionário considera responsável, por ação ou omissão, pela violação de algum dos direitos humanos consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros instrumentos aplicáveis, embora não se faça referência específica ao artigo supostamente violado.

– o cumprimento do prazo previsto no artigo 32 deste Regulamento;

– as providências tomadas para esgotar os recursos da jurisdição interna ou a impossibilidade de fazê-lo de acordo com o artigo 31 deste Regulamento;

– a indicação de se a denúncia foi submetida a outro procedimento internacional de conciliação de acordo com o artigo 33 deste Regulamento.

A condição de esgotamento dos recursos internos está regulada no artigo 31 do Regulamento da Comissão:

1. Com a finalidade de decidir quanto à admissibilidade do assunto, a Comissão verificará se foram interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos.

2. As disposições do parágrafo anterior não se aplicarão quando:

a) não exista na legislação interna do Estado de que se trate o devido processo legal para a proteção do direito ou dos direitos que se alegue tenham sido violados;

b) não se tenha permitido ao suposto lesado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou haja ele sido impedido de esgotá-los;

c) haja atraso injustificado na decisão sobre os mencionados recursos;

d) quando o peticionário alegar a impossibilidade de comprovar o requisito indicado neste artigo, caberá ao Estado em questão demonstrar que os recursos internos não foram previamente esgotados, a menos que isso se deduza claramente do expediente.

Embora fosse uma proposta antiga na região, a Corte Interamericana de Direitos Humanos só foi instituída oficialmente em 1979, com o advento da Convenção Americana de Direitos Humanos. Com sede na Costa Rica, a Corte é definida pelo artigo 1º de seu Estatuto como "*uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*". Compreende, portanto, duas jurisdições: a jurisdição contenciosa, através da qual resolve controvérsias relacionadas a violações dos direitos humanos, julgando os Estados em casos individuais, tendo por base a Convenção Americana de Direitos Humanos; e a jurisdição consultiva, que tem como objetivo interpretar a Convenção e outros tratados referentes à proteção dos direitos humanos. Para o exercício da primeira jurisdição, será preciso que o Estado tenha manifestado a aceitação da jurisdição contenciosa da Corte. Por força dessa condição, a sentença emitida pela Corte é definitiva e inapelável. A Corte pode também emitir medidas provisórias de proteção, em casos de extrema gravidade e urgência, sem prejuízo das decisões de mérito quanto aos casos. Tais medidas têm a finalidade de evitar danos irreparáveis às pessoas que as solicitam.

Sobre a competência consultiva, diz Nikken:

> *La competencia consultiva es muy amplia. Pueden solicitar consultas todos los miembros de la OEA, incluso si no son partes en la Convención, así como los órganos permanentes de aquélla, en los asuntos propios de sus funciones particulares. La consulta puede versar sobre la Convención Americana u "otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en todos los Estados americanos" (CADH, art. 64.1), o sobre la compatibilidad entre las leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales (CADH, art. 64.2). La amplitud de tales términos, que ya ha sido subrayada por la Corte, insinúa la posibilidad de un desarrollo progresivo*.

Enquanto que a competência contenciosa da Corte, segundo o mesmo Nikken:

> [...] *la faculta para decidir con carácter obligatorio los casos que le sean sometidos sobre la interpretación y aplicación de la Convención. De acuerdo con ella, sólo los Estados partes y la Comisión pueden someter un caso a la consideración de la Corte, la cual podrá decidir que se garantice a la persona lesionada en el goce del derecho o libertad conculcados y acordar, si fuere procedente, una indemnización*.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos foi criada, de acordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos, como seu órgão judicial autônomo, com a atribuição de praticar a interpretação e a aplicação da Convenção, e com o propósito principal de julgar casos de alegadas violações aos direitos humanos proclamados na Convenção.

A Corte é composta por sete juízes, nacionais dos Estados membros da OEA, eleitos pela Assembleia Geral da OEA, *"a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, para um mandato de seis anos".*

A Corte é regida por três instrumentos: a Convenção Americana de Direitos Humanos, seu Estatuto e seu Regulamento. O último regulamento da Corte é de 1997, contendo normas que visam agilizar e simplificar seus procedimentos conforme a necessidade demonstrada pelo desenvolvimento de sua experiência contenciosa.

O artigo 61 da Convenção Americana de Direitos Humanos submete o exercício da competência contenciosa da Corte à prévia aceitação de sua jurisdição obrigatória:

Artigo 61

1. Somente os Estados partes e a Comissão têm direito de submeter um caso à Corte.

2. Para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os processos previstos nos artigos 41 a 50.

Os artigos 41 a 50 da Convenção Americana, acima mencionados, regulam a forma pela qual a Comissão deve proceder à análise dos casos, incluindo o estabelecimento de um procedimento de solução amistosa, com vistas a compor uma solução, ocasião em que se inviabilize, a Comissão estará autorizada a apresentar o caso à Corte.

A sentença da Corte é, segundo o artigo 67 da Convenção Americana,*"definitiva e inapelável",* do que se conclui que o ordenamento interno dos Estado deverá pura e simplesmente acatar a decisão, em respeito ao art. 68 da Convenção Americana, que diz: "1. Os Estados partes comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. [...]"

A sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos não recairá sobre pessoas consideradas culpadas, mas sobre o Estado, este sim, visto como violador dos direitos humanos no plano internacional. A sentença condenatória poderá estabelecer uma "*indenização compensatória"*, a obrigação de modificação de lei ou procedimento interno incompatível com a Convenção Americana, ou a definição de um novo procedimento. A Corte pode, também, de acordo com o artigo 63 da Convenção Americana, em *"casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas* [...] *nos assuntos de que estiver conhecendo* [...] *tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes".*

O processo de redemocratização dos países latino-americanos trouxe consigo uma nova postura de parte considerável dos países em relação aos Direitos Humanos. Se antes internacionalmente se tinha uma postura absenteísta e internamente de patente desrespeito aos Direitos Humanos, com a redemocratização não apenas o Poder Executivo passou a se pautar por princípios democráticos como também os demais poderes e instituições, ao menos no plano teórico. É curioso notar que a Convenção - um dos instrumentos normativos mais importantes do continente sobre Direitos Humanos, apesar de ter sido adotada em 1969 – só foi ratificada pela Argentina em 1984, pelo Uruguai em 1985, pelo Paraguai em 1989 e pelo Brasil em 1992. O reconhecimento jurídico da jurisdição da Corte também demorou e no Brasil só aconteceu em 1998. Apesar de os países latino-

americanos apresentarem uma grande variedade de ordenamentos jurídicos com diferentes níveis democráticos percebe-se a tendência do cuidado e da proteção em matéria de Direitos Humanos.

No que tange ao nível hierárquico dos tratados sobre Direitos Humanos, os países latino-americanos apresentam tratamento diverso que vai desde o tratamento como lei ordinária à recepção enquanto nível constitucional. No Uruguai, a Constituição de 1967 dispõe que a competência de concluir e celebrar tratados é do Presidente da República e que cabe ao Poder Legislativo analisá-los, aprová-los ou não. A Constituição prevê ainda que a existência de direitos e garantias no seio institucional não exclui outros inerentes à pessoa humana e não prevê tratamento especial para os tratados de direitos humanos que são internalizados com o mesmo nível da legislação infraconstitucional.

A Constituição paraguaia de 1992 demonstra grande preocupação com os direitos fundamentais e aduz que os tratados se encontram hierarquicamente superiores às leis emanadas pelo Congresso, mas abaixo da Constituição. A Constituição argentina de 1983 – reformada em 1994 – prevê que os tratados que não versem sobre direitos humanos têm status hierárquico superior ao das leis ordinárias enquanto os que tratam de direitos humanos não possuem essa prerrogativa. Na Colômbia, a Constituição – reformada de 2005 – determina que os tratados sobre Direitos Humanos aprovados pelo Congresso prevalecem sobre a ordem jurídica interna.

As constituições latino-americanas têm conferido destaque aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, diferenciando-os em hierarquia dos tratados tradicionais. Esta atitude é louvável porque demonstra a abertura dos ordenamentos jurídicos nacionais aos Direitos Humanos não apenas em discursos mas também em leis e em práticas. A Convenção foi adotada por 25 países que assim se comprometeram a zelar no continente americano pela proteção aos Direitos Humanos.

III A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

No SIDH, à Corte coube o papel de solucionar as questões atinentes à proteção dos direitos humanos. O espaço de atuação da Corte é bastante amplo, o que permite que conheça questões pendentes no âmbito local ou que deveriam ter sido investigadas mas não o foram. Em última instância, cabe à Corte fixar o momento em que houve ou não o esgotamento de recursos internos.

Ainda se tem uma compressão equivocada sobre o papel de uma Corte Internacional e sua relação com a soberania de um Estado. A condenação de um Estado perante a Corte IDH se faz em favor dos indivíduos e em prol da defesa dos direitos humanos que representam valores superiores, em tese comungados pelo Estado.

A criação da Corte decorre do artigo 33 que dispõe que "são competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos pelos Estados-partes nesta Convenção: [...] a Corte Interamericana de Direitos Humanos". Sobre sua composição, aduz André de Carvalho Ramos (RAMOS, 2012, p. 222):

> A Corte IDH é composta por sete juízes, cuja escolha é feita pelos Estados-partes da Convenção, em sessão da Assembleia Geral da OEA, de uma lista de candidatos propostos pelos mesmos Estados. Cada Estado-parte pode propor até 3 candidatos (pode propor apenas um nome), desde que sejam eles nacionais do Estado que os propõem ou mesmo de qualquer outro Estado-membro da OEA. Caso o Estado proponha três nomes, pelo menos um dos candidatos deve ser nacional de um Estado diferente do proponente. Os juízes da Corte serão eleitos para um mandato de seis anos e só poderão ser reeleitos uma vez.

A competência da Corte concentra-se em conhecer casos contenciosos quando o Estado demandado tenha formulado declaração unilateral por meio da qual aceita a sua jurisdição de acordo com o artigo 62 da Convenção que, por sua vez, dispõe sobre o dever de o Estado-parte expressar o seu reconhecimento sobre a jurisdição obrigatória da Corte. Assim, os casos julgados dizem respeito às violações sofridas em face do Pacto de San José da Costa Rica. 21 Estados e aproximadamente 550 milhões de pessoas estão sob a jurisdição da Corte.

No que tange à legitimidade, no polo passivo sempre figura o Estado, já que a Corte não é um tribunal que julga pessoas. Sobre o polo ativo, o artigo 61 da Convenção dispõe que somente Estados-parte e a Comissão podem processar Estados perante a Corte Interamericana, o que deixa os indivíduos dependentes da provocação de outro Estado ou da Comissão para que suas demandas cheguem à Corte. André de Carvalho Ramos (2012, p. 225) dispõe, citando Cançado Trindade, que:

> Essa restrição ao direito de ação internacional da vitima (já questionado perante a Corte EDH, como vimos) é criticada pela doutrina

especializada. Cançado Trindade é um dos maiores defensores da reforma da Convenção Americana, no sentido de dotar a vítima do direito de ação. Entende o citado professor, que a Comissão é p*arte apenas processual* no feito perante a Corte. A verdadeira parte material é aquela que é titular do direito pretensamente violado. Assim, inexplicável, para o citado autor, que a atual situação perdure.

Em 2001, atento a este reclamo, o regulamento da Corte permitiu "a participação da vítima e de seus representantes em *todas* as faces do processo judicial, com direito a se manifestar com igualdade de condições com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Estado-réu, tal qual um assistente litisconsorcial do Autor" (RAMOS, 2012, p. 225). Posteriormente em 2009, o regulamento da Corte foi alterado e permitiu que as vítimas ou seus representantes sejam intimados a apresentar petição inicial do processo internacional. Estes foram avanços substanciais rumo à igualdade de tratamento entre a vítima e o Estado no foro interamericano.

IV AS DECISÕES DA CORTE IDH

As medidas provisórias, solicitadas pela Comissão ou por algum Estado que reconheça a jurisdição da Corte, são uma forma de resolução de controvérsias no âmbito do órgão. Indicam que um Estado submetido à jurisdição está desrespeitando os Direitos Humanos. Seu uso se autoriza em caso de gravidade e urgência para evitar danos irreparáveis ou conter danos já causados conforme os artigo 63.2 da Convenção, 25 do Regulamento da Corte e 74 do Regulamento da Comissão.

As decisões da Corte, no geral, fixam obrigações de indenizar, obrigações cíveis administrativas, obrigações relativas à liberdade pessoal e obrigações de adequação legislativa. O objeto de uma sentença da Corte é extremamente amplo no âmbito de uma ação de responsabilidade internacional do Estado: "é assegurado à vítima o gozo do direito ou liberdade violados e ainda são reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado violação desses direitos." (RAMOS, 2012, p. 235).

A condenação do Estado enseja a fixação da medida de reparação e o supervisionamento pela Corte de sua decisão. A origem desse procedimento são as medidas cautelares, já que era necessário verificar a atuação do Estado para atestar a aderência das medidas no caso concreto.

A responsabilização dos agentes violadores apresenta peculiaridades no SIDH. A produção de efeitos das decisões exaradas pela Corte não é imediata: demanda muitas vezes interpretação e integração de normas jurídicas. A necessidade de se harmonizar o ordenamento jurídico interno com o internacional no que se refere à proteção dos Direitos Humanos é colocada também como um desafio para a proteção de forma integral.

A execução das sentenças no plano nacional pode ocorrer de forma espontânea pelo Estado ou forçada por meio do Poder Executivo. No caso brasileiro, a implementação das sentenças da Corte IDH é tão obrigatória quanto as emanadas pelo Poder Judiciário nacional. A obrigatoriedade decorre da ratificação da Convenção Americana e do reconhecimento da competência contenciosa da Corte pelo Estado brasileiro. Não se pode alegar a impossibilidade jurídica para o descumprimento das sentenças por suposta afronta a legislação interna.

Como a Corte IDH não tem o caráter penal, suas sentenças não substituem as medidas penais cabíveis no âmbito dos Estados. Com base na Convenção Americana, a Corte julga a responsabilidade dos Estados pelas violações a Direitos Humanos. Uma vez responsabilizado, o Estado tem obrigação de cessar a violação e indenizar a vítima. As medidas cabíveis devem ser tomadas para que as sentenças sejam concretizadas sob pena de ser responsabilizado novamente.

Este tipo de sentença não é considerada estrangeira, e sim internacional. Não cabe a prévia homologação pelos tribunais internos dos Estados-parte. A sentença advém da jurisdição da Corte IDH que os Estados reconhecem ou não livremente. Convém lembrar que no plano contencioso a Corte profere sentenças inapeláveis de acordo com o Pacto de San José da Costa Rita. Uma vez reconhecida a competência da Corte, as sentenças são obrigatórias para os Estados. A reparação do dano reconhecido pela Corte deve ser imediata.

Um dos princípios fundamentais do Direito Internacional é o *pacta sunt servanda*. O Estado deve obedecer o que é prescrito nos pactos em que ele seja parte exatamente porque o pactou de forma livre e o que foi pactuado deve ser cumprido com base na boa fé. De acordo com os incisos 1º e 2º do art. 68 da Convenção Americana, os Estados-membro se comprometem a cumprir integralmente as decisões exaradas pela Corte.

O princípio *pacta sunt servanda* e a irrecorribilidade das decisões por si só não autorizam a supervisão da Corte. A obrigatoriedade das condenações respaldadas em normas internacionais, primeiramente, baseia-

-se no dever de honrar os pactos celebrados. Devemos considerar ainda a impossibilidade de se alterar uma decisão. Por enquanto a supervisão é o meio mais eficaz para verificar o cumprimento integral da condenação. (PADUA, 2006, p. 182)

Por ter aceito fazer parte do Sistema, os Estados devem cumprir as determinações das condenações impostas pela Corte mesmo que não haja nos ordenamentos internos normas que estabeleçam as especificidades e pormenores do cumprimento. Para que a falta da legislação interna não venha a ser um empecilho, os legisladores domésticos devem estar atentos aos acordos internacionais firmados para que haja consonância entre os ordenamentos e normas internas aptas a garantir a efetivação das internacionais.

V A SUPERVISÃO E O CUMPRIMENTO DAS DECISÕES

A supervisão do cumprimento das decisões é um procedimento recente da Corte que visa sanar as fragilidades dos meios coercitivos do SIDH. O caso Baena Ricardo e Outros contra o Panamá trouxe consigo o questionamento sobre a competência da Corte para a supervisão do cumprimento das sentenças referentes ao Estado do Panamá. Em 28 de novembro de 2003, a própria Corte Interamericana decidiu com base em sua jurisprudência e no Direito Internacional que a Corte é competente para supervisionar suas decisões e pode solicitar aos Estados informações pertinentes. Cada nova decisão da Corte enseja uma nova responsabilização dos Estados e com ela a supervisão do cumprimento da decisão.

Este procedimento não tem forma definida. Pode ser feita pela própria Corte ou por ela coordenada com a presença do país condenado ou da Comissão. A vítima ou seu representante legal também participam do processo. Em geral, se busca a verificação do cumprimento das determinações das sentenças e dos compromissos assumidos pelos Estados no âmbito dos direitos humanos, especificamente da Convenção.

A Corte tem o dever de informar a Assembleia Geral da OEA em cada período ordinário de sessões um informe de suas atividades no ano anterior no que tange o cumprimento de suas sentenças e a possibilidade de submeter propostas ou recomendações sobre o melhoramento do sistema interamericano no que diz respeito ao trabalho da Corte. O artigo 65 da Convenção em si autoriza o acompanhamento da conduta dos Estados em relação as obrigações advindas de sentenças. Esta postura não exorbita os poderes da Corte e sim os integra; é coerente com seus propósitos de

defesa dos direitos humanos e contribui para que o sistema alcance bons resultados.

Após aproximadamente um ano da sentença, a supervisão culmina em uma resolução de cumprimento, geralmente emanada em novembro, pouco antes da Corte encerrar suas atividades. A resolução informa o que foi e o que não foi implementado pelo Estado. As consequências da não-implementação são decisões com conteúdos diversos. A Corte pode reiterar a obrigação de cumprir ou submeter a questão a Assembleia Geral da OEA. No caso de cumprimento, o processo é arquivado.

Se a sentença não for executava em um prazo razoável ou for descumprida, o Estado pode incorrer em uma segunda violação à Convenção e ser submetido novamente a outro processo de responsabilização internacional. O Estado não pode se omitir para recusar cumprir as determinações judiciais que aceitou livremente ao aderir a Convenção e aceitar a jurisdição da corte IDH. Tanto os ordenamentos domésticos quanto o internacional prelecionam o princípio da prestação jurisdicional em prazo razoável.

Ao analisar o cumprimento das decisões emanadas pela Corte IDH, deve-se pensa o Direito Internacional da forma mais alargada possível para incluir os possíveis acordos amistosos entre os Estados violadores, a Corte e outros organismos internacionais e as vítimas. Nesse diapasão, o cumprimento não é estático e nem possui conceito uniforme.

Classicamente temos a teoria de Young (GARBIN, 2010, p. 15) que propõe que o cumprimento ocorre quando o comportamento de um sujeito se adequa a prescrição normativa. Assim o cumprimento ocorreria para evitar punições expressando a conformidade com as normas internacionais. Este entendimento é passível de crítica porque não comportaria relações de causalidade.

Contemporaneamente este conceito de cumprimento é visto de forma mais ampla a partir do enxergar o cumprimento como um comportamento ativo em que diante de uma obrigação internacional os Estados se vêem compelidos a tomar medidas positivas para reparar uma violação. Assim, entende-se que existe cumprimento de decisões quando houver aceitação do julgamento por parte dos Estado e atuação no sentido de cumprir as obrigações.

Implementação e efetividade podem ser, grosso modo, usadas como sinônimos de cumprimento, mas tecnicamente cabe diferenciação. A primeira consiste em colocar em prática os compromissos internacionais – seja mudando a legislação seja se comprometendo com a criação de insti-

tuições internas ou internacionais. Pode ser visualizada enquanto uma fase do cumprimento sem nele se exaurir ou se confundir. Se a decisão dispõe sobre os compromissos que o Estado assumiu e ainda não implementou, é nitidamente uma fase a implementação. Se, em sentido diferente, a decisão ou não se refere a compromissos ou, em se refererindo, o Estado já as cumpriu anteriormente, não há que se falar em implementação.

A efetividade possui, por sua vez, o caráter mais político que técnico por significar a potencialidade de uma regra ou regime jurídico modificar o comportamento estatal com finalidade política, de cessação de uma violação ou outro fim. Assim, os regimes internacionais podem ser efetivos e o cumprimento ser pouco. O contrário também pode acontecer. Como a efetividade aufere potencialidade, um Estado pode ter um regime jurídico potencialmente hábil a induzir mudanças e não cumprir as decisões.

É possível pensar efetividade e cumprimento conjuntamente. As decisões da Corte IDH, por exemplo, contrárias aos Estados ensejam medidas coercitivas para que haja o cumprimento das decisões. As mudanças comportamentais dos Estados em prol do cumprimento de decisões gera, de forma geral, efetividade do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, doravante SIDH. Pensando globalmente, a efetividade do SIDH tem impacto positivo no sistema global de proteção dos Direitos Humanos. Medir a efetividade e consequentes impactos políticos é muito mais complexo do que auferir os esforços dos Estados para cumprir as decisões da Corte IDH.

Com isso não se quer inferir que estudar o cumprimento das decisões da Corte seja uma tarefa fácil. Qual o objetivo de quem pretende estudar o cumprimento das decisões? Quais subsídios elas têm para sua pesquisa? As estatísticas oficiais parecem um bom começo mesmo que os números sozinhos não expressem realidades sociais e possam ser utilizados diversamente a depender do interesse político. Os trabalhos das Ciências Sociais Aplicadas, em contrapartida, oferecem bons subsídios para se entender sob diversos vieses o significado dos dados estatísticos.

Por enquanto, este estudo segue a metodologia da Corte IDH que divide o cumprimento em três categorias – cumprimento total, parcial e pendente – mesmo que na prática este agrupamento gere mais ambiguidade que clareza.

Além de satisfações pessoais do pesquisador, o estudo se entende necessário para auferir os êxitos dos Estados, os ganhos de Direitos Humanos da população e até mesmo entender como está a efetivação dos Direi-

tos Humanos no âmbito do continente americano e do sistema global de Direitos Humanos.

A delimitação do local de fala é importante aqui não só enquanto identidade mas também para se conhecer o objeto de estudo e a metodologia empreendida. A fala do Direito Internacional dialoga com as Relações Internacionais, com a Ciência Política e outras áreas do saber para investigar o cumprimento das decisões, mas foca a prevalência do Direito e enfoca o porquê dos Estados cumprirem os tratados internacionais.

No sistema interamericano de direitos humanos, é à própria Corte Interamericana que é confiada a tarefa de supervisionar o cumprimento de suas decisões. Eis a regra do artigo 68 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

> 1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.
>
> 2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentença contra o Estado.

O sistema interamericano, que, além de não contar com um Comitê de Ministros, pretende tornar eficazes as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos com base na emissão de resoluções da própria Corte, orientadas pelo artigo 68 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, acima citado, e considerando "*que es una facultad inherente a las funciones jurisdicionales de la Corte el supervisar el cumplimiento de sus decisiones*". Desde 2002, ano em que a Corte Interamericana passou a adotar como regra o mecanismo destinado a garantir o cumprimento de suas decisões, foram emitidas 38 resoluções, nas quais, invariavelmente, a Corte chama a atenção dos Estados Partes para a regra do artigo 68 da Convenção Americana em torno da obrigação de cumprimento de suas decisões e para o caráter "*definitivo e inapelable de la sentencia de la Corte*", nos termos do artigo 67 da Convenção. A base legal para a emissão de resoluções relacionadas ao cumprimento das sentenças da Corte Interamericana encontra-se também nos artigos 62.1, 62.3343, 65 e 68.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 25.1344 e 30345 do seu Estatuto e 29.2346 de seu Regulamento. Destaque-se, a propósito, o artigo 65 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que estabelece a apresentação de casos de descumprimento das decisões da Corte à Assembleia Geral da

Organização dos Estados Americanos, revelando um mecanismo político deconstrangimento dos Estados que venham a descumprir suas sentenças.

> *Articulo 65*
>
> *La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.*

VI TEORIAS DO DIREITO INTERNACIONAL E DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS E AS SENTENÇAS DA CORTE IDH

As Escolas de Direito Internacional e de Relações Internacionais têm desenvolvido teorias sobre como o direito internacional é internalizado e consequentemente como os direitos humanos são recebidos nos ordenamentos jurídicos domésticos. Assim, a partir destas teorias é possível entender também como as sentenças internacionais são recebidas nos ordenamentos jurídicos domésticos e como são cumpridas. Comecemos com uma breve explanação das teorias advindas primeiras escolas.

Na segunda metade da década de 1990, Harold Hongju *Koh* apresentou a teoria da obediência ou do processo legal transnacional que considera a interação entre atores públicos e privados na elaboração de normas transnacionais. O ponto central – processo legal transnacional – que dá nome a teoria se inicia quando um ou mais atores transnacionais interagem com os demais, objetivando a enunciação de uma norma (GARBIN, 2010, p. 25).

Assim, as normas produzidas – um tratado, por exemplo – representam a interpretação comum de regras pelos Estados que podem ou não ser internacionalizadas nos ordenamentos jurídicos pátrios. De acordo com o autor, a interação, a interpretação e a internalização são as etapas deste processo em que o cumprimento das regras internacionais está ligado ao próprio avanço das fases do processo transnacional legal. A formalização de uma regra no âmbito interno enseja a um comportamento de obediência e assim ao cumprimento internacional.

Uma crítica válida que se pode fazer é que ao invés de Koh explicar as motivações que levam um Estado a cumprir regras internacionais, ele simplesmente descreve um caminho para a incorporação de normas de direito doméstico com foco nos atores e em suas práticas (GARBIN, 2010, p. 25).

Koh é importante enquanto marco no Direito Internacional por abordar o elemento processualístico de produção de normas internacionais e abranger também atores não-estatais.

Contemporaneamente a Koh, Thomas Franck desenvolveu a teoria da legitimidade ou da justiça que visa explicar por que os Estados se sentem compelidos a honrar compromissos internacionais. A justiça e a legitimidade são os pontos centrais da anuência a tratados internacionais e posterior cumprimento. Se o Direito Internacional é justo e legítimo, há maior possibilidade de haver cumprimento.

A legitimidade de uma regra pode ser auferida por: determinação, que são requisitos de clareza e transparência das regras; validação simbólica, ou seja, os atributos da regra que a sinalizam como parte de um sistema de ordem social; coerência; conexão como as regras do processo. A presença dos quatro fatores aponta fortes tendências ao cumprimento que pode ser percebido pela ampla aceitação normativa de regras internacionais consistentes, coerentes, justas e legítimas (GARBIN, 2010, p. 26).

No que tange a Teoria das Relações Internacionais podemos destacar o realismo, o neorrealismo e a teoria da interdependência.

O realismo destacou-se especialmente da década de 1930 a 1950, centrou-se em questões como as causas da guerra e as condições de paz, a natureza do poder, a segurança nacional e reconheceu apenas as unidades estatais, membros da sociedade internacional e do Sistema Europeu de Estado como atores principais dos processos. Sua prioridade mais aparente era a manutenção do *status quo:* as mudanças não tinham tanto valor para esse paradigma (OLIVEIRA, 2003, p.56). Para os realistas, o Estado só deve obedecer o direito internacional quando for de seu interesse.

O neorrealismo surge a partir da obra de Kenneth Waltz em que as Relações Internacionais passariam pelos processos de socialização e competição, sendo a estrutura do sistema político internacional condicionada a anarquia, inexistência de diferenciação entre as unidades e a existência de distribuições de desigualdade de capacidade entre os grandes e os pequenos poderes. Muitas críticas foram feitas ao autor tendo em vista seu pouco enfoque nas transformações globais da sociedade internacional (WALTZ, 2003, p. 163).

O neorrealismo, de forma geral, recebeu muitas críticas por não ter tentado reduzir o papel máximo do Estado como ator principal das Relações Internacionais, por não criticar a política do poder ou a luta da força

bruta, apesar das tentativas de aplicar um rigor metodológico maior à disciplina. Omitiu-se ainda em perceber a presença de atores novos e emergentes apresentando-se como um movimento que repaginou o paradigma tradicional sem criticá-lo ou fazer modificações aptas a torna-lo mais atual.

Nye foi um dos co-fundadores do neoliberalismo na teoria das Relações Internacionais. Juntamente com Keohane, ele desenvolveu os conceitos de interdependência assimétrica e complexa. Os pesquisadores estudaram a possibilidade de que as relações transnacionais entre agentes não-Estados (tais como multinacionais), fizessem com que houvesse uma superação da concentração excessiva de cientistas políticas na relações entre as nações. Analisaram também as relações transnacionais e da política mundial (OLIVEIRA, 2003, p. 97-103).

VII AS SENTENÇAS DA CORTE IDH E O BRASIL

Um ponto importante é identificar no plano interno a pessoa jurídica apta a executar a decisão da Corte. Como, no plano internacional, apenas a República é apta a comprometer-se externamente: é sua a capacidade de ser imputável. No caso brasileiro, a República divide-se em União de estados, DF e municípios. O artigo 21, inciso I, da CF/88 atribui a União esta responsabilidade. Não importa se a conduta violante tem implicações estaduais ou municipais, a responsabilidade internacional é federal. O Presidente da República, de acordo com o inciso VIII, artigo 84, representa a União e assim se encarrega de favorecer o cumprimento da condenação mesmo que possa delegar esta tarefa a órgãos auxiliares.

O protagonismo da União não se elide em virtude do pacto federativo e da repartição federal de competências. Enquanto pessoa jurídica a União personifica o Estado Federal aos olhos das responsabilidades internacionais. Os estados da federação devem junto com a União se empenhar para concretizar a sentença na medida de sua competência e de suas limitações. Depois da comunicação ao país, a sentença deve ser encaminhada a Presidência para emitir o ato hábil a materializar as decisões ou delegar a atribuição de praticá-lo a outro órgão.

A obrigação de indenizar é incumbência da União enquanto cível-administrativa poderá ser ou não cumprida pela União. A adequação legislativa segue a anterior.

O Poder Executivo e o Legislativo podem espontaneamente executar as sentenças da Corte IDH. Já o Poder Judiciário, em virtude da inércia da

jurisdição, deve ser provocado para participar da execução das sentenças e das decisões internacionais. No caso da demora injustificada ou inércia do Estado, a vítima, seu representante legal ou o Ministério Público podem provocar o ao Judiciário para providenciar o cumprimento forçado das sentenças da Corte IDH. Nota-se que, mesmo que os atos judiciais possam gerar responsabilidade internacional do Estado, eles não podem ser modificados por uma sentença internacional.

De acordo com o artigo 100 da Constituição Federal de 1988 e os artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil, o pagamento de indenizações segue o procedimento dos precatórios. No que tange as reparações de natureza não pecuniárias, a Convenção dita que os Estados se comprometam a adotar as medidas cabíveis e necessárias para concretizar os direitos e as liberdades individuais. Deixa livre, portanto, que os Estados-parte sigam os procedimentos estabelecidos pelo direito interno no que tange as esta modalidade de reparação. No caso brasileiro, segue o artigo 461 do CPC.

Em nome do Estado, o Poder Legislativo deve observar os tratados internacionais, não aprovar normas contrárias ou conflitantes com os compromissos internacionais e garantir o pleno cumprimento da sentença. O inciso XXV do artigo 5º da CF/88 preleciona que nenhuma lesão ao direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, o que autoriza a atuação desde poder, após provocação, para executar as sentenças da Corte IDH. O juiz de primeira instância da Justiça Federal competente para executar a sentença da Corte, em geral, é aquele do local de residência da vítima.

VIII CONSIDERAÇÕES FINAIS

O SIDH refere-se antes de mais nada a uma questão de luta por justiça. As vítimas e seus representantes quando conseguem acessar o Sistema já de muito carregam a dor no peito e o grito de justiça na garganta. A situação de desrespeito aos direitos humanos é ainda pior quando protagonizada pelo Estado cujo dever de cuidado e proteção são antagônicos a posturas comissivas e omissivas de violações.

O resgate inicial do histórico dos Direitos Humanos e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e fez necessário para rememorarmos que os instrumentos jurídicos de proteção não são fatos consumados ou benesses dos Estados; advém de reinvindicações, conflitos de interesse e disputas; sofrem avanços e retrocessos. Se antes os Estados eram os atores por excelência, hoje têm perdido espaço para as ONGs, indivíduos e outros

atores emergentes. O protagonismo da pessoa humana como sujeito de direito é uma conquista recente.

O Sistema consolida-se como um importante instrumento para fortalecer a luta contra as violações de Direitos Humanos em situações em que o Estado não as garante. A atuação de atores não-estatais – organismos não-governamentais ou outros – reforçam a luta por justiça no Sistema e reúnem elementos para o acesso à justiça nacional e internacional. Ainda assim a coerção política advinda da Corte ou de organismos internacionais ainda é o melhor meio de compelir um Estado a observar com vigor as sentenças da Corte e cumpri-las.

Casos individuais na Corte não implicam em uma violação ao princípio da isonomia tão repisado por agentes violadores no âmbito interno. Em maior ou menor grau, o pleito individual leva ao estudo pormenorizado da situação periclitante e de violação sofrida para que ela seja cessa em todos os casos, julgados ou não.

A internacionalização dos direitos humanos pode ser sentida nas constituições dos países latino-americanos e na própria atribuição dos tratados de Direitos Humanos à matéria internacional demonstra a hierarquia diferenciada nos ordenamentos jurídicos em relação a outros tipos de tratados. Não se trata apenas de uma questão formal: a elevação desses tratados ao bloco de constitucionalidade dá mostras dos compromissos assumidos pelos Estados perante sua população.

Ciente dos avanços e limitações do Sistema Interamericano de Direitos Humanos podemos reforçar o reconhecimento deste como um importante instrumento de luta, proteção e consolidação dos direitos humanos no continente americano e também em todo o globo. Entender como funciona a Corte, nesse sentido, e popularizar este instrumento jurídico para reforçar a construção da democracia na América e contribuir com a nossa cultura de direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, H., *Manual de direito internacional público*, 17ª edição, Saraiva, São Paulo, 2009, p. 395-515.

ANDRADE, I. P. de, "A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos", em *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 3, núm. 3, jan./jun., 2006. Recuperado no dia 14 fevereiro 2013, de<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/dint/article/view/6566/4691>.

COELHO, A. F., *A eficácia jurídica das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos*: *o caso Damião Ximenes Lopes*. Dissertação (Pós-graduando em Direito Internacional pela Universidade de Fortaleza). Recuperado no dia 14 fevereiro 2013, de <http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi_encontro/A_EFICACIA_JURIDICA_DAS_DECISOES_DA_CORTE_INTERAMERICANA_DE_DIREITOS_HUMANOS.pdf>.

GARBIN, I. G., *Direitos Humanos: Perfil sul-americano de cumprimento das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Dissertaçao de Mestrado (Programa de Pós-Graduaçao em Ciências Sociais), Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", São Paulo, SP., nov. de 2010. Recuperado no dia 14 fevereiro 2013, de <http://www.athena.biblioteca.unesp.br/exlibris/bd/bma/33004110042P8/2010/garbin_ig_me_mar.pdf>.

HANASHIRO, Olaya Sílvia Machado Portella. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.* São Paulo: EDUSP, 2001.

LEITE, R. de A., "As sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a execução no Brasil", em *Revista da ESMARN*, v. 8, núm. 1, p. 441-468. Recuperado no dia 14 fevereiro 2013, de <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/34/26>.

MIRANDA, M. A. P. de, *Poder Judiciário brasileiro e a proteção dos direitos humanos: Aplicabilidade e incorporação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Dissertação de Mestrado Profissional em Poder Judiciário, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2010. Recuperado no dia 14 fevereiro 2013, de <bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/4219>.

OLIVEIRA, O. M. de, "Relações Internacionais e o dilema de seus paradigmas: configurações tradicionalistas e pluralistas", em Oliveira, O. M. de; Dal Ri Júnior, A. (Orgs.), *Relações Internacionais, interdependência e sociedade global,* Ed. Unijuí, Ijuí, 2003, p. 33-114.

PADUA, A. de M. e., "Supervisão e cumprimento das decisões interamericanas", em*Cuestoes Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* núm.15, 2011, p. 177-192. Recuperado no dia 14 fevereiro 2013, de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/15/ard/ard7.htm>.

RAMOS, A. de C., *Processo Internacional de Direitos Humanos,* Saraiva, São Paulo, 2012.

SANTOS, J. C. N. dos, "A execução das decisões emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do sistema jurídico brasileiro e seus efeitos", em *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial*., Brasília, 2011, edição jan./jun., v. 8, núm. 1, p. 261-307. Recuperado no dia 14 fevereiro 2013, de <www.publicacoesacademicas.uniceub.br/*index.phd/prisma/article/download/ 1327/1146*>.

_____. *Os efeitos das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a responsabilização dos agentes públicos*. Dissertação de Mestrado, Unesp, São Paulo, 2010. Recuperado no dia 14 fevereiro 2013, de <xa.yimg.com/kq/groups/19791041/*19655166/name/Dissertacao+Juliana+ID.pdf*>.

SOOHOO, C.; STOLZ, S., "Bringing Theories of Human Rights Change Home", em *Fordham Law Review*, v. 77, núm. 2, artigo 4, 2008. Recuperado no dia 14 fevereiro 2013, de <reproductiverights.org/*en/download/bringing-theories-of-human-rights-change-name*>.

WALTZ, K., *Theoria das Relações Internacionais*, Gradativa, Lisboa, 2002.

Esta obra é fruto de projeto de cooperação internacional entre o Observatório de Direitos Humanos da UFSC, Brasil e o Centro de Estudos Ambientais da *Universitat Rovira i Virgili* de Tarragona, Espanha, intitulado Programa Professor Visitante do Exterior (PVE) da CAPES, para o ano de 2012-2013, acerca de temas atuais de direitos humanos e meio ambiente no cenário internacional. Este projeto fomentou outro projeto de pesquisa, ainda em curso, cujos resultados parciais também se encontram publicados nesta obra, qual seja, o projeto de pesquisa "Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil: Um Estudo dos Direitos Reconhecidos pelo Brasil aos Refugiados e como se dá o Acesso à Justiça em caso de Violação", financiado pelo CNPq - MCTI/CNPq/Universal 14/2014. É uma obra, portanto, resultado de dois projetos de investigação apoiados pela CAPES e pelo CNPq com vistas a fomentar a formação de recursos humanos e de pesquisa na seara do Direito Internacional dos Direitos Humanos, Meio Ambiente e Refugiados.

APOIO E FINANCIAMENTO DE:

CAPES

CNPq
Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico

UFPR
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GEDAI

Observatório de Direitos Humanos UFSC

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI
cedat CENTRE D'ESTUDIS DE DRET AMBIENTAL DE TARRAGONA

Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial
Universidade Federal do Paraná
GEDAI