CRISIS SANITARIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LA PROFUNDIZACIÓN DE LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA LIBERAL EN EL SUR GLOBAL

Gonzalo Aguilar Cavallo[1]

DATA DE RECEBIMENTO: 01/06/2020
DATA DE APROVAÇÃO: 06/07/2020

INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende responde las siguientes preguntas: ¿la democracia liberal en América Latina –como parte del Sur global- tiene las herramientas necesarias para hacer frente a la pandemia del COVID 19? ¿El Estado social puede ser una respuesta posible a la crisis que manifiesta la democracia liberal en América Latina?

Consecuentemente, el texto tiene por objetivo examinar si las democracias liberales regionales poseen las herramientas necesarias para hacer frente a la pandemia del COVID 19 o bien existe el riesgo de derivas autoritarias restrictivas de derechos. Y, en segundo lugar, se pretende analizar alternativas de salida jurídico-políticas desde la perspectiva de los derechos humanos ante la crisis del COVID 19, explorando el concepto y potencialidades del material, más no formal, del Estado social de los derechos humanos.

Así, el trabajo se divide en dos grandes partes. La primera parte examina la democracia liberal al estilo latinoamericano y cómo esta ha sido duramente puesta a prueba por el COVID 19. Y la segunda parte analiza algunas propuesta de ponderación del Estado liberal al estilo latinoamericano con un Estado social, que permitiría estabilizar las democracias regionales, y generar mejores mecanismos de respuesta ante las crisis que los afectan.

1 La democracia liberal y la dura prueba de la pandemia

Nosotros queremos desarrollar las tensiones que imponen las crisis al modelo de la democracia liberal, pero, en realidad, justo es comenzar con la proposición de que en general, con crisis o sin situaciones de crisis, el contexto político, social, económico, ambiental del planeta sujetan las democracias a tensiones cotidianas en

[1] Doctor en Derecho (España). contato gaguilar@utalca.cl

términos de incapacidad e inhabilidad para dar respuesta y enfrentar los enormes desafíos actuales de carácter social, económico, ambiental, de cambio climático, etc. Como sostiene Ferrajoli, esta situación es una manifestación de la puesta en cuestión del paradigma mismo de la democracia constitucional. Este paradigma nace y se desarrolla centrado en una idea de Constitución encerrada en sí misma, fundada en el nacionalismo, en la soberanía nacional y en la noción de identidad. Esto determina su incapacidad, inhabilidad o falta de interés en preocuparse por los fenómenos transnacionales, tales como la degradación del medio ambiente, el cambio climático y, ahora, pandemias como el COVID 19, de una manera que trascienda las fronteras. Ferrajoli indica que es evidente "que 7.700 millones de personas, 196 Estados soberanos, diez de los cuales están dotados con armamento nuclear, un capitalismo voraz y predatorio y un sistema industrial descontrolado y ecológicamente insostenible no pueden, a largo plazo, sobrevivir sin ir hacia la devastación del planeta, el aumento exponencial de la desigualdad y de la pobreza, y todo ello acompañado del racismo, del fundamentalismo y de la criminalidad."[2]

La realidad demuestra dramáticamente cómo, en una enorme medida, todos estos fenómenos transnacionales afectan transversalmente a todas las sociedades. Esto ha sido bien graficado por Muñoz, quien hace un parangón entre crisis sanitaria y consecuencias del cambio climático, señalando que la "pandemia del Covid-19 y la lucha contra los efectos adversos del cambio climático antropogénico tienen varios aspectos comunes: i) Se expresan a través de crisis que tienen impactos sobre todos los sectores, niveles y aspectos sociales y económicos; ii) Son un enemigo común para todos los países pues representan un problema que se enfrenta en todo el mundo; iii) Atacan a todas las personas sin distinguir su sexo, raza, edad y de manera más fuerte a las personas y grupos vulnerables; iv) Entrañan un debate profundamente científico; v) Las soluciones están en las manos de todos los actores sociales y, vi) Tienen la orientación de una organización internacional como la OMS o la Secretaría de la CMNUCC en el marco de la ONU que apoyan para el diseño de sus decisiones nacionales."[3]

---

[2] Ferrajoli, Luigi: **Perché una Costituzione della Terra?**. Disponible en: <http://www.costituenteterra.it/perche-una-costituzione-della-terra/> Visitado el 16 abr. 2020.

[3] Ávila, Lina Muñoz. Crisis convergentes: Una lectura de la lucha contra el cambio climático a partir de la pandemia del COVID-19", en **El Espectador**, 15 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/crisis-convergentes-una-lectura-de-la-lucha-contra-el-cambio-climatico-partir-de-la-pandemia-del-columna-914712> Visitado el 16 abr. 2020.

La pandemia del COVID 19 ha demostrado a nivel estatal que es posible "lograr acciones complejas en corto tiempo: movilización de recursos, coordinación de esfuerzos, arreglos institucionales y construcción de infraestructura."[4] Pero, sin duda, cada acción individual soberanista nacional, no va a resolver en forma definitiva ni a largo plazo el problema. En nuestra visión es claro que la solución no es encerrarse en sí mismo y cerrar las fronteras. Estos fenómenos transnacionales que afectan transversalmente a todas las sociedades requieren, como única solución posible, en el estado actual de las cosas, de un esfuerzo conjunto, solidario y mancomunado. Todo esto hace que se ponga en tela de juicio el paradigma de la democracia constitucional.

Como se ha expuesto, por tanto, la noción misma de democracia constitucional se encuentra en cuestión, cualquiera que esta sea su expresión concreta, liberal o social. En términos simples y para efectos de este trabajo, entenderemos estas dos nociones en términos políticos y de reconocimiento de derechos, mientras que el Estado liberal y social lo entenderemos aquí en términos institucionales y de organización del orden jurídico con referencia y limitación en el espacio físico del territorio estatal. Las Constituciones modernas han nacido en el contexto de estas coordenadas. Es este concepto de Constitución el que está en cuestión. ¿Podemos seguir considerando que la Constitución consiste en la expresión de la identidad nacional soberana y "de la unidad del pueblo como totalidad política"? De acuerdo con Ferrajoli, con quien coincidimos, no. Más bien, la Constitución debe ser entendida como "un pacto de convivencia pacífica entre diferentes y desiguales: un pacto de no agresión entre diferentes y un pacto de mutuo socorro entre desiguales. Por ello, la Constitución es tanto más legítima, necesaria y urgente cuanto mayor son las diferencias en las identidades personales que tiene la misión de tutelar y cuanto más profundas son las desigualdades materiales que la Constitución es llamada a reducir. En resumen, una Constitución es legítima y democrática no porque es la voluntad de todos (o la mayoría) (sic), sino porque es la garantía de todos."[5]

---

[4] Id. Ibid.

[5] Ferrajoli, Luigi. **Perché una costituzione della Terra?**. Disponible en: <http://www.costituenteterra.it/perche-una-costituzione-della-terra/> Visitado el 16 abr. 2020; Jaén, Braulio García. Las crisis globales exigen soluciones globales: ¿Es hora de crear una Constitución mundial?, en **El País**, 3 de abril de 2020. Disponible en: <https://elpais.com/ideas/2020-04-03/las-crisis-mundiales-exigen-soluciones-globales-es-hora-de-crear-una-constitucion-de-la-tierra.html> Visitado el 16 abr. 2020.

Las crisis ponen en tensión el modelo de democracia liberal, especialmente, este modelo al estilo latinoamericano. Con todo, el Estado latinoamericano es un estado insuficiente y, muchas veces, fallido, aun en situaciones de normalidad y ausente de crisis. Las crisis, lo único que hacen, es exacerbar los graves defectos que demuestra la democracia liberal al estilo latinoamericano. En efecto, el Estado liberal latinoamericano no ha sido capaz de dar respuestas a las demandas en términos de derechos civiles y políticos y, por cierto, tampoco a los estándares mínimos de derechos económicos, sociales y culturales. Lo anterior queda en evidencia con los casos que han sido planteados ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos de problemas electorales y derechos de participación política (México)[6], con la herida abierta de las violaciones graves a los derechos humanos ocurridos, por regla general, en los períodos de dictadura (Perú y Chile)[7], o bien, con la exclusión sistemática de amplios grupos de la sociedad, tales como los pueblos indígenas, para el goce y ejercicio de derechos, no sólo civiles y políticos, sino también, de carácter económico, social, cultural y ambiental (Nicaragua, Paraguay, Ecuador)[8]. Si estos casos han llegado al sistema interamericano de protección de derechos humanos es porque el Estado no ha logrado –no ha querido o no ha podido- resolverlos a través de sus mecanismos domésticos.

En las últimas décadas, las democracias liberales se han visto sometidas a distintas tensiones producto de una sucesión de crisis de distinta naturaleza, a saber, económicas, político-sociales, y ahora sanitarias. Probablemente, esta última crisis – nos referimos a la originada por la pandemia del COVID 19- sea la que ha generado un impacto más cercano al ser humano, porque este ha visto no sólo su libertad restringida drásticamente, sino su bienestar general y calidad de vida amenazada o, claramente, perturbada.

---

[6] CORTE IDH. **Caso Castañeda Gutman vs. México**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

[7] CORTE IDH. **Caso Barrios Altos vs. Perú**. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75; Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

[8] CORTE IDH. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79; CORTE IDH. **Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; CORTE IDH. **Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador**. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

1.1 Las medidas de excepción a la prueba del Estado de Derecho

La pandemia del COVID 19 será registrada en los libros de historia por muchas razones relevantes vinculadas con sus efectos sanitarios, económicos, incluso psicológicos en las sociedades contemporáneas. Pero un aspecto que no es nada despreciable, y que queremos en este apartado relevar, corresponde a los efectos en el ámbito social, ambiental y en el goce efectivo de los derechos humanos.

En este último sentido, un número creciente de Estados en el mundo, y, en lo que nos interesa, un número creciente de Estados en América Latina han declarado Estados de Excepción y junto con ello, han decretado medidas excepcionales de restricción a los derechos humanos. De acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH):

> […] con base en el incremento exponencial de personas contagiadas, la Comisión ha observado que diversos Estados de la región han declarado inclusive estados de emergencia, estados de excepción, estados de catástrofe por calamidad pública o emergencia sanitaria nacional, a través de decretos presidenciales y normativa de variada naturaleza jurídica con el fin de proteger la salud pública, combatir la pandemia y evitar el incremento de contagios. Según la información disponible, Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá y Perú han remitido comunicaciones a la OEA, notificando la suspensión de garantías en atención a lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención Americana[9].

Asimismo, la CIDH reitera una doctrina ya consolidada no sólo en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos sino también en el sistema europeo y que corresponde al principio de proporcionalidad *lato sensu*. El principio de proporcionalidad exige que cualquier medida que se adopte por el Estado, y que tenga por objeto o consecuencia la restricción de un derecho humano, debe cumplir con los siguientes requisitos básicos:

1) Debe ser previstas en la Constitución o la ley
2) Debe perseguir un fin legítimo
3) Debe ser necesarias en una sociedad democrática
4) Debe ser idónea para alcanzar el fin, no existiendo medios menos gravosos
5) Debe ser proporcionada considerando el fin perseguido

En este sentido se ha pronunciado la CIDH, al indicar que:

[9] CORTE IDH. **La CIDH llama a los Estados de la OEA a asegurar que las medidas de excepción adoptadas para hacer frente la pandemia COVID-19 sean compatibles con sus obligaciones internacionales**. Comunicado de Prensa N° 76/20, de 17 de abril de 2020.

> "si bien determinadas restricciones pueden ser permisibles, es fundamental que los Estados aseguren que restricciones como las indicadas y cualquier otra que sea impuesta a un derecho en este contexto, sean necesarias en una sociedad democrática y, por ende, estrictamente proporcionales para atender la finalidad legítima de proteger la vida y la salud. Asimismo, la CIDH recuerda que cualquier restricción adoptada debe considerar de manera particular los efectos que tiene sobre los grupos más vulnerables y asegurar que su impacto no sea especialmente desproporcionado mediante la adopción de medidas positivas. Asimismo, toda decisión debe considerar de manera especialmente relevante la perspectiva de género, interseccional, lingüística e intercultural. […] Asimismo, el Estado que pretenda imponer una restricción de este tipo tiene la carga de probar que la misma satisface el principio de legalidad, que es idónea para alcanzar este fin, no existiendo medios menos lesivos para alcanzarla y que la afectación ocasionada no resulta más perjudicial para el derecho que sea afectado que el beneficio obtenido[10].

En cuanto a los estándares mínimos respecto de los Estados de Excepción, la CIDH ha reiterado en diversas ocasiones que los Estados

> no pueden utilizar esta figura de manera genérica, sin antes justificar de manera estricta la existencia de una situación de emergencia excepcional. Por ende, la declaración de estado de emergencia excepcional para hacer frente a la dispersión de la pandemia del coronavirus, no debe utilizarse para suprimir un catálogo indeterminado de derechos o ad infinitum, ni para justificar actuaciones contrarias al derecho internacional por parte de agentes estatales, por ejemplo, el uso arbitrario de la fuerza o la supresión del derecho de acceso a la justicia para personas que sean víctimas de violaciones a derechos humanos en el contexto actual[11].

La CIDH sistematizó los requisitos o condiciones que deben cumplirse en un Estado de Excepción. El Estado debe garantizar que

> en caso de establecerse un estado de excepción: i) se justifique que existe una excepcionalidad de la situación de emergencia en cuanto a su gravedad, inminencia e intensidad que constituye una amenaza real a la independencia o seguridad del Estado; ii) la suspensión de algunos derechos y garantías sea únicamente por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación; iii) las disposiciones que sean adoptadas resulten proporcionales, en particular, que la suspensión de derechos o garantías constituya el único medio para hacer frente a la situación, que no pueda ser enfrentada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales, y que las medidas adoptadas no generen una mayor afectación al derecho que sea suspendido en comparación con el beneficio obtenido; y iv) las disposiciones adoptadas no sean incompatibles con las demás obligaciones que impone el derecho internacional, y no entrañen discriminación alguna fundada, en

[10] *Id. Ibid.*
[11] *Id. Ibid.*

> particular, con motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social[12]

La mezcla entre Estados de excepción y democracias liberales latinoamericanas, uno de cuyos rasgos identificadores es la existencia de una institución presidencial fuerte, con mucho poder, con una autoridad casi regia, y con una tendencia, en algunos casos, autoritaria, resulta peligrosamente riesgosa. El problema es la forma en que se ejerce el poder. No es sólo el hecho de la concentración y acumulación del poder sino también es el estilo o la forma poco democrática de ejercicio del poder. Esto significa la toma de decisiones sin posibilidad de contestación pero además con anulación de la participación social y ciudadana, dando a entender que su accionar no es susceptible de crítica. A esto se suma, el control, directo o indirecto, de los medios de comunicación o bien su manipulación. Otro tanto similar o aun más grave, ocurre con las redes sociales.

Todo esto afecta o puede afectar el pleno goce de los derechos, especialmente de los DESCA, cuyo respeto y protección es tan urgente en tiempos de crisis, tal como la del COVID 19, que aflige al mundo en nuestros días. En esta línea, Heiss, en el caso del Estado de excepción en Chile, indica que "son temas bien complejos y hay un debate enorme sobre el tema de las crisis, de los estados de excepción que suspenden libertades y derechos y concentran el poder en situaciones de crisis, que es lo que estamos viendo hoy con el estado de catástrofe".[13]

Todo esto ha trastocado y producido un impacto en todas las esferas de la vida comunitaria. El ámbito del Derecho no se ha visto ajeno a esta necesidad de hacer frente a las nuevas condiciones de vida impuestas por el Covid 19. Por ejemplo, en el caso de Brasil, mediante una decisión jurisdiccional del Ministro Alexandre de Moraes, de 8 de abril de 2020, se autorizó a las autoridades estaduales, distritales y municipales, ante los actos omisivos del poder ejecutivo federal, a adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales con fuente en los graves riesgos sociales para la salud pública derivada del COVID 19. En efecto, se señaló lo siguiente:

> Presentes, portanto, a plausibilidade inequívoca de eventual conflito federativo e os evidentes riscos sociais e à saúde pública com perigo de lesão irreparável, CONCEDO PARCIALMENTE A MEDIDA

[12] CORTE IDH. **Pandemia y Derechos Humanos en las Américas**. Resolución N°1/2020, de 10 de abril de 2020, par. 21.

[13] Vega, Maximiliano. **¿Hay que replantear el estado de excepción?: Coronavirus se propaga hasta el debate constitucional**, en *La Tercera*, 20 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/hay-que-replantear-el-estado-de-excepcion-coronavirus-se-propaga-hasta-el-debate-constitucional/HGHLY7SNIBH5BIZUIUZJT2VBNU/>. Visitado el 16 abr. 2020.

> CAUTELAR na arguição de descumprimento de preceito fundamental, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE [...] RECONHENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras[14].

Por su lado, en España, los Tribunales han adoptado medidas restrictivas de libertad o de alejamiento respecto de personas que no respetan las medidas preventivas ante el Covid 19. En efecto, un Tribunal de Reus ha ordenado la prisión provisional para un vecino de la ciudad que se había saltado el confinamiento por el coronavirus.[15]

Por otra parte, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha adoptado decisiones donde declara la constitucionalidad de medidas restrictivas de reuniones de carácter religioso para evitar la reunión de personas con el objeto de celebrar el culto por el riesgo para la salud que ello conlleva. En efecto, los jueces de Karlsruhe resolvieron

> "una impugnación en contra de la normativa antipandemia que prohíbe las celebraciones religiosas, al considerar que frenar la Covid-19 tiene prioridad sobre la libertad religiosa. El reclamante alegaba que atender los oficios religiosos es una parte fundamental

[14] ADPF 672 / DF

[15] ROVIRA, Marc. Cárcel para un vecino de Reus por saltarse el confinamiento. En **El País**, 23 marzo de 2020. Disponible en: <https://elpais.com/espana/catalunya/2020-03-23/carcel-para-un-vecino-de-reus-por-saltarse-el-confinamiento.html>. Visitado el 16 abr. 2020. Sobre las órdenes de prohibición de acercamiento, en el siguiente caso el Juez aprecia que existen antecedentes suficientes para dejar en prisión a la persona pero, debido al contexto de pandemia, decide dejarlo en libertad sujeto a medidas cautelares. "En consecuencia, teniendo en consideración estos razonamientos, y atendiendo al principio consagrado en el artículo 3 del Código Civil que determina *que Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.* Hace que la gravedad de los hechos sea innegables, por cuanto que nos encontramos inmersos en una situación de grave crisis sanitaria motivada por el COVID-19 que mantiene al país bajo estado de alarma, y las expresiones proferidas en el referido video VIRALIZADO a través de redes sociales, no solo incita claramente al odio hacia la población de Torrevieja al desearles en reiteradas ocasiones que "se jodan" o que "les den por culo" deseando que se produzca un contagio masivo de la enfermedad, comportando con ello la consiguiente alteración de la paz pública en la localidad motivada por la creación de un estado de inseguridad al afirmar que vino de Madrid (uno de los principales focos de contagio) en compañía de otras 4.000 personas y que ha arrasado con las estanterías del establecimiento MERCADONA cercano a la estación de autobuses, lo que ha generado suficiente alteración motivando decenas de llamadas de ciudadanos al puesto de la guardia civil demandando algún tipo de actuación, por la situación de inseguridad creada, a la vista del absoluto menosprecio mostrado no sólo hacia la población de Torrevieja en sí, sino a las personas enfermas de covid-19 o familiares, o incluso familiares de fallecidos por el virus letal." vid. Juzgado de instrucción N°1 de Torre Vieja: Diligencias previas N°551/2020, Auto de libertad, 11 de abril de 2020. Considerando 2°.

> de sus creencias y que seguirlos a través de medios de comunicación o en directo por internet no sustituía a la participación en persona. La sentencia razona que "la protección frente a estos peligros", en relación a las muertes que se pueden derivar de la propagación del coronavirus, tiene "prioridad frente a la protección de este derecho fundamental". No obstante, el fallo reconoce que las medidas del estado federado de Hesse -contra las que se alza el denunciante, un católico practicante- son una "grave intromisión" en un "derecho fundamental". Sin embargo, argumenta, tras una evaluación de las consecuencias de la medida, que los peligros para "la salud y la vida" de levantar las restricciones no afectarían tan sólo a las personas que participasen voluntariamente en los servicios religiosos, sino, por la vía del contagio, a un "notablemente mayor círculo de personas". Considera asimismo que se trata de medidas temporales que deben prorrogarse siempre atendiendo a los criterios sanitarios (saturación de los hospitales y evolución de la pandemia), para que las restricciones sean proporcionales a la intromisión que suponen. El fallo agrega que su decisión es válida para todas las comunidades religiosas[16].

Asimismo, el Tribunal Federal Constitucional alemán se ha pronunciado sosteniendo que la protección de la vida y la salud de las personas, como fin colectivo, prima sobre las libertades económicas. En efecto, el "Tribunal Constitucional alemán rechazó por infundada una demanda contra las restricciones sobre la vida pública y la actividad económica para frenar la pandemia de la COVID-19. La denuncia consideraba que la regulación bávara por el coronavirus era "excesiva" por contener la prohibición de reunirse con amigos, visitar a los padres, manifestarse o conocer a nuevas personas. El fallo, sin embargo, argumenta que prima la prevención de los peligros para la vida de las personas sobre las restricciones a las libertades personales, pese a reconocer que las medidas recortan de forma "notable" los derechos fundamentales. "No parece intolerable mantener (las restricciones) temporalmente para posibilitar una protección de la salud y la vida lo más amplia posible, a la que están obligados el Estado y también la Constitución. Frente a los peligros para la vida, las restricciones a la libertad de las personas pesan menos", asegura el tribunal."[17]

---

[16] TC FEDERAL ALEMÁN. Frenar el COVID-19 tiene prioridad sobre la libertad religiosa. En **Diario Constitucional**, 12 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2020/04/12/tc-federal-aleman-frenar-el-covid19-tiene-prioridad-sobre-la-libertad-religiosa/?utm_source=General+2&utm_campaign=879aa0b7ca-EMAIL_CAMPAIGN_2020_04_15_10_21&utm_medium=email&utm_term=0_b01d5feada-879aa0b7ca-127805425> Visitado el 16 abr. 2020. Para un ejemplo de Brasil: "Penso que, nesse estado de crise, sem precedentes, as igrejas também devam suspender as suas atividades presenciais, resguardando assim a saúde e o direito fundamental à vida". Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, Décima Terceira Câmara Cível: Agravo de Instrumento Nº 0021509-84.2020.8.19.0000.

[17] TC FEDERAL ALEMÁN. TC Federal alemán rechaza demanda contra las restricciones por COVID-19. En **Diario Constitucional**, 9 de abril de 2020. Disponible en:

Esta decisión nos parece un buen ejemplo de cómo la óptica social se sobrepone, en este caso concreto, a la óptica liberal, sin dejar de permitir, que ambas convivan dentro de las mismas coordenadas históricas y geográficas.

Por último, el Tribunal Constitucional chileno ha pronunciado recientemente una sentencia respecto de la constitucionalidad de una ley que involucraba indultos para personas privadas de libertad como una forma de descomprimir el hacinamiento en las cárceles y reducir el riesgo de contagios del COVID 19. Por cierto, la ley establecía el detalle de quienes y bajo qué condiciones podrían ser beneficiarios de esta medida. Dentro de las exclusiones, se encontraban aquellos que hubieran sido condenados por haber cometido crímenes contra la humanidad. Este último era uno de los aspectos sometidos al control de constitucionalidad del tribunal. En este contexto, los jueces constitucionales comienzan sus reflexiones diciendo lo siguiente:

> Que pocas veces tratamos asuntos como los que hemos visto en este caso. A veces perdemos de vista la historicidad de nuestras decisiones por el momento excepcional que nos ha tocado vivir en los últimos meses en el mundo y desde el 18 de marzo de 2020 con la declaración del estado de catástrofe en Chile por la pandemia mundial del Coronavirus.
> Es un momento universal, único y difícil.
> Universal, porque desde los trágicos tiempos de las guerras mundiales que no confluían todos los intereses globales sobre un mismo asunto.
> Único, porque para muchísimos de nosotros acontece por primera vez en nuestras vidas y nada se le parece. Hemos aprendido de otras experiencias difíciles, pero la asimilación no es similitud.
> Y es difícil porque supone el conjunto más grande de restricciones a nuestras libertades, a nuestro modo de vivir y la impronta de lo que somos como personas y sociedad. Es difícil porque nos hemos llenado de incertidumbres y de miedos. Se expresa en múltiples sentimientos cruzados de soledad, angustia, quiebras económicas, desempleo, enfermedades, muertes o abandonos.

<https://www.diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2020/04/09/tc-federal-aleman-rechaza-demanda-contra-las-restricciones-por-covid19/> Visitado el 16 abr. 2020. ""Aus der Verfassungsbeschwerde ist damit insgesamt nicht ersichtlich oder sonst erkennbar, dass die Folgen einer Fortgeltung der angegriffenen Schutzmaßnahmen gegen die Corona-Pandemie in einem Maße untragbar wären, dass ausnahmsweise eine geltende Regelung im Eilrechtsschutz außer Vollzug gesetzt werden müsste. Die hier geltend gemachten Interessen sind gewichtig, erscheinen aber nach dem hier anzulegenden strengen Maßstab nicht derart schwerwiegend, dass es unzumutbar erschiene, sie einstweilen zurückzustellen, um einen möglichst weitgehenden Gesundheits- und Lebensschutz zu ermöglichen, zu dem der Staat aus dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit in Art. 2 Abs. 2 GG prinzipiell auch verpflichtet ist (vgl. BVerfGE 77, 170, <214>; 85, 191 <212>; 115, 25 <44 f.>). Gegenüber den Gefahren für Leib und Leben wiegen die Einschränkungen der persönlichen Freiheit weniger schwer. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass die angegriffenen Regelungen von vornherein befristet sind, im Hinblick auf die Ausgangsbeschränkungen zahlreiche Ausnahmen vorsehen und bei der Ahndung von Verstößen im Einzelfall im Rahmen des Ermessens individuellen Belangen von besonderem Gewicht Rechnung zu tragen ist."" BVerfG: Order of 07 April 2020, 1 BvR 755/20.

> Son tiempos de reflexión y cuestionamientos, pero también de esperanzas.
> Y ese contexto nos ha modificado también el derecho. Ya vivimos en los márgenes excepcionales del mismo, desafiándonos en los momentos en donde más debe florecer el Estado democrático de Derecho, lo que exige de nosotros los jueces el mejor de los esfuerzos para fortalecer las reglas sobre las cuales reposa la vida colectiva. En particular, quiénes nos dedicamos al ámbito constitucional tenemos el privilegio de poder participar en el esfuerzo colectivo por garantizar los derechos fundamentales en contextos tan particulares[18].

1.2 MINIMALISMO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA LIBERAL

Frente a la propuesta de que un camino sensatamente posible sea el de regular mejor los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales actualmente existentes en las Constituciones latinoamericanas, e incorporar otros nuevos, provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, la respuesta que proporciona parte de la doctrina es negativa, porque señalan que ello genera falsas expectativas a la población respecto de derechos que nunca serán satisfechos. ¿Por qué nunca serán cumplidos? Porque esos derechos imponen obligaciones al Estado que no son realistas, que van más allá de las capacidades, generalmente, económicas de los Estados, porque imponen una exigencia que va más allá de los recursos disponibles.

Entre este argumento de que "hay que comprometerse a lo que podamos cumplir" y el reconocimiento básico de específicos derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, y el no reconocimiento de nuevos derechos de este tipo, la distancia es increíblemente estrecha.

En lugar de decir, trabajemos para que se cumplan con todos los derechos, al menos, en sus estándares mínimos, se opta por decir, "como no cumplimos con los derechos o no tenemos la capacidad económica para cumplir, mejor no les reconozcamos sus derechos a los seres humanos". Y, esta actitud, suele decirse

[18] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. **Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de H. Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del "artículo 15 en sus dos versiones (versión enviada en el mensaje del ejecutivo Nº 019-368 en la fecha de ingreso del Proyecto de Ley y versión del estado de discusión de la norma al día 31 de marzo de 2020), en relación con el artículo 1 y el artículo 17 en relación con el artículo 1, todos del Proyecto de Ley que concede indulto general conmutativo a causa de la enfermedad COVID-19 en Chile, Boletín N° 13.358-070, así como también, aquellas normas del mismo que se encuentren tan ligadas con aquellos, que por sí solas carezcan de sentido o se tornen inoperantes"**. Rol N° 8574-20. Sentencia de fecha 16 de abril de 2020. Considerando 1°.

que es un comportamiento responsable del Estado. Incluso, esta visión se proyecta al razonamiento e interpretación jurídica de los derechos humanos. En breve, la idea que se propone es muy simple. Si una interpretación de un derecho humano tiene como correlato la resistencia de los sujetos obligados a cumplirla, entonces, hay que cambiar la interpretación del derecho por una más estrecha, más acotada, porque ello podría conducir a una mayor aceptación de la interpretación y, por tanto, a un mayor cumplimiento de las decisiones. Con esto, se aumentaría lo que este sector entiende por efectividad de los derechos.

Este es el sentido que se desprende de la propuesta de Neuman, cuando señala que

> Making a human right more 'effective' does not necessarily mean giving the right a broader meaning. It means making the enjoyment of the right more of a reality, and that may require defining the positive content of the right in a manner that facilitates its implementation at a particular historical moment within the particular region. At times this may suggest the need for a broader or more categorical interpretation, at times for a more tailored interpretation[19].

Siguiendo el razonamiento de Neuman, Carmona señala que

> después de todo, si finalmente los derechos no se cumplen, uno debiese poner en cuestión la relativa conveniencia de persistir en este tipo de hermenéutica. Para estos efectos, la "conveniencia" viene dada por si el método interpretativo es eficaz para lograr la protección de los derechos de los pueblos indígenas; así, un método interpretativo será conveniente de utilizar si es que permite proteger eficazmente los derechos humanos y, al contrario, no solo será si no es eficaz en el logro de ese objetivo[20].

Nuestra posición consiste, más bien, en aseverar que hay que mejorar la regulación de los DESCA en la Constitución y proporcionarles a todos una acción constitucional de tutela judicial, y, al mismo tiempo, hay que incorporar nuevos derechos DESCA a fin de completar el catálogo de derechos para las personas. Este reconocimiento, obligará al Estado a adecuar paulatinamente sus políticas, planes y medidas en función de satisfacer el estándar mínimo exigido para cada DESCA. Los derechos humanos y su efectividad no es una cuestión de voluntad política, sino más bien, corresponde a una obligación jurídica de los Estados respetarlos y protegerlos, y velar porque todos dentro de su jurisdicción se comporten en ese

[19] NEUMAN, Gerald. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. En: **European Journal of International Law**, Vol. 19, núm. 1, 2008, pp. 101-123, especialmente, p. 115.
[20] CALDERA, Cristóbal Carmona. Consentimiento Libre Previo e Informado en el contexto de proyectos extractivos en territorio indígena ¿Regla general y Derecho Consuetudinario Internacional? Em: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Vol. 9, núm. 3, 2019, pp. 372-399, especialmente, p. 395.

sentido. Igualmente, en lo tocante a la hermenéutica, la interpretación de los derechos humanos se rige por una serie de principios y no depende de la contingencia política o está sujeta a cuestiones de conveniencia. Admitir que la interpretación de un derecho y finalmente, su efectividad, está sujeta a la voluntad de un Estado o a su influencia, implicaría desactivar el régimen de protección que significa el sistema de derechos humanos, o bien, relativizar los derechos y su contenido. Estos principios de interpretación de los derechos humanos han sido acuñados desde hace muchos años por decisiones judiciales en distintos foros domésticos y en el foro internacional y se han mantenido, en forma reiterada y uniforme, en este tipo de pronunciamientos.[21] Los órganos que participan en esta interpretación de los derechos son muchos, en diversas partes del mundo, y a partir de su práctica judicial, se han extraído estos principios de interpretación.

Una tendencia que podría observarse en la democracia liberal en América Latina consiste en la férrea defensa de no incluir más derechos en la Constitución o derechos que se entienden anticipadamente que el Estado no querrá o no podrá cumplir. Normalmente, el rechazo a estos nuevos derechos tiene que ver con los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, tales como, el derecho a la alimentación o el derecho al agua potable. O bien, tiene que ver con el rechazo al reconocimiento de derechos a grupos que requieren especial atención, tales como las mujeres, o especialmente vulnerables, tales como los pueblos indígenas. Seguidamente, una segunda tendencia de este tipo de "democracias" consiste en refugiarse en entendimientos del siglo pasado respecto de conceptos tales como soberanía y democracia, recurriendo a figuras tales como la identidad constitucional nacional. Esto tiene múltiples impactos en términos de derechos humanos. Uno de ellos consiste en apropiarse de la interpretación de los derechos, alejándose de los estándares interpretativos que provienen de la práctica judicial tanto internacional como comparada de derechos humanos. Así, en materia de interpretación de los derechos humanos se recurre a conceptos tan controvertidos como difusos como el margen de apreciación nacional.[22] Todas estas argumentaciones, como la técnica del margen de apreciación nacional, tienen por consecuencia, la relativización de la interpretación de los derechos humanos y, en último término, la relativización de los

[21] MARCOS, Edgar Carpio. **La interpretación de los derechos fundamentales**. Lima: Palestra, 2004, pp. 106.
[22] ROCA, Javier García. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. En: **Teoría y Realidad Constitucional**, núm. 20, 2007, pp. 117-143.

derechos mismos. Finalmente, una tercera tendencia es a intentar hacer uso de facultades extraordinarias para ejercer el poder o a recurrir a medios que apuntar a alterar el acuerdo institucional constitucional de distribución del poder. Todo ello termina por producir un impacto significativo en el ejercicio real de la democracia material y, finalmente, por disminuir el estándar en el goce efectivo de los derechos civiles y políticos, y con mayor razón, de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

2 AMÉRICA LATINA Y ESTADO SOCIAL

América Latina se encuentra en una urgente necesidad de concretar eficientemente un Estado social de los derechos humanos. El Estado liberal y el Estado social no son contrapuestos, sino muy por el contrario, es posible percibirlos como complementarios. Los cambios constitucionales que se han experimentado en las últimas dos décadas en América Latina van en esa dirección.[23] En el caso de Chile, el clamor del pueblo, en el contexto del estallido social del 18 de octubre de 2019 también va en esa dirección. El proceso constituyente que se inició en esa época y que tiene previsto la confección de una nueva Constitución, dependiendo de los resultados del referéndum previsto inicialmente para el mes de abril de 2020, y que ha sido traslado al mes de octubre de 2020, como consecuencia de la pandemia del COVID 19.

2.1 LA NO DISPOSICIÓN DE LOS ACTORES INVOLUCRADOS Y LA NECESIDAD DE FORTALECER EL SISTEMA

En estos momentos inusitados para todas las personas residentes del país, llenos de ansiedad, de más preguntas que respuestas acerca del presente y del futuro, resurgen temas que en su tiempo no se les dio la importancia que merecían y requerían, y que ahora, valdría la pena retomarlos.

El acceso a la alimentación ha sido una de las principales preocupaciones de cada una de las personas que habitan el territorio nacional a raíz del COVID19 y de las consecuencias derivadas de las medidas adoptadas por las autoridades para

[23] GARGARELLA, Roberto y Courtis, Christian, El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. En: **Cepal**: Serie Políticas Sociales, núm. 153, 2009, pp. 45.

hacer frente a esta pandemia. Esta preocupación ha sido equivalente en cada uno de los Estados en que se han decretado medidas restrictivas de desplazamiento y operación para hacer frente a la expansión del virus. En forma indivisible, otra preocupación de cada una de las personas ha sido acceder al agua potable, ya que una de las medidas de prevención para evitar el contagio es lavarse las manos regularmente. De más está decir que el acceso al agua potable es esencial para la elaboración y preparación de alimentos. En tiempos de normalidad, ni en Chile ni en el mundo, el acceso a alimentos y al acceso al agua es una realidad para todas y todos. Con mucha mayor razón ocurre esta circunstancia, en tiempos de crisis, como las que estamos atravesando, donde se producen fenómenos tales como el acaparamiento de estos bienes.

Todo ello, se une a fenómenos que se vienen produciendo en Chile desde hace años y que también generan un impacto negativo en el acceso a los alimentos y al agua, tales como el avance de la desertificación, la sequía, los monocultivos, etc. Coincidimos en la afirmación de que la

> pandemia nos muestra la inequidad y fragilidad de nuestro sistema como garante de derechos básicos. El hecho de que miles de habitantes se encuentren en una situación de acceso hídrico precarizado es otra variante de la injusticia ambiental que ha producido el modelo de desarrollo en Chile[24].

La fragilidad del Estado chileno como garante de derechos humanos o fundamentales no es algo propio del país, sino más bien, un rasgo común de los Estados Latinoamericanos. Como se ha dicho, esta fragilidad se ve acentuada en el caso de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA). Así, en el caso Mexicano, Valadés ha sostenido que se

> necesita un Estado apto para responder a las exigencias crecientes de bienestar y seguridad que, a la vez, promueva los derechos humanos y satisfaga las aspiraciones democráticas de las sociedades. El COVID-19 es sólo uno de los fenómenos que someterá a prueba a la humanidad. La falta de compromisos serios por parte de las grandes economías en cuanto a reducir los riesgos crecientes del cambio climático, augura una etapa de percances como inundaciones y sequías, ciclones e incendios, que ocasionarán

[24] RABI, Violeta y SANHUEZA, Andrea. En tiempos de pandemia: el acceso al agua como un privilegio. En **El Mostrador**, 8 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/columnas/2020/04/08/en-tiempos-de-pandemia-el-acceso-al-agua-como-un-privilegio/>. Visitado el 8 abr. 2020.

> hambre, desempleo, enfermedad, muerte, desplazamientos y posibles reacciones sociales de exacerbación[25].

El origen de esta fragilidad institucional se encuentra en gran medida en razones culturales, políticas y jurídicas. Las razones culturales se encuentran vinculadas con una tradición cultural liberal, ensalzadora de los derechos civiles y políticos, pero despreciadora de los DESCA. Las razones políticas, quizás las más poderosas para explicar este estado de situación, residen en la ignorancia consciente y querida por parte de la elite política de las obligaciones jurídicas que el Estado ha contraído y en la búsqueda de subterfugios para justificar el incumplimiento. Los fundamentos jurídicos simplemente estriban en la incapacidad del sistema jurídico para imponerse ante el sistema político –que a la sazón se encuentra vinculado por los derechos- y controlar que estos actores cumplan con el sistema de derechos fundamentales. Un solo ejemplo, en materia de derecho a la salud, hoy en día, que la pandemia del COVID 19 en toda América Latina genera gran conmoción, servirá para arrojar luz sobre la indisposición institucional para respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales de las personas. Así, Lago señala que

> a diferencia de Estados Unidos, gran parte de los países latinoamericanos tiene la salud como un derecho social garantizado por la constitución, tal es el caso de México y Perú. Las constituciones brasileña y venezolana van más allá y la establecen como "derecho de todos y un deber del Estado". Sin embargo, cuando vemos la proporción de recursos que esos países asignan a la salud pública, nos damos cuenta de cuán lejos están de otros países que se proponen también proveer salud para todos.

Y, agrega que los países de América Latina destinan en promedio un porcentaje de su PIB a salud pública mucho menor que el promedio de los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

> Italia, por ejemplo, el escenario más terrorífico del coronavirus en estos días, destina el 6,7 por ciento de su PIB a la salud pública. Si se toma en cuenta la inversión total en salud (pública y privada) por habitante, vemos que la región es una de las que menos invierte en salud: 949 dólares per cápita, casi cuatro veces menos que los países miembros de la OCDE e incluso menos que el promedio de los países de Medio Oriente y el norte de África[26].

[25] VALADÉS, Diego. Reflexiones constitucionales a partir del COVID 19. En: MARTÍN, Nuria González (coord.). **Emergencia sanitaria por COVID 19**. Reflexiones desde el derecho (II). Opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional N°15, 2020, p. 9.

[26] LAGO, Miguel. América Latina puede convertirse en la mayor víctima del COVID-19. En: **The New York Times**, 19 de marzo de 2020. Disponible en:

Todo lo anterior nos permite hacernos la pregunta siguiente: ¿Que se requiere para avanzar? Desde nuestro punto de vista, hay dos pasos esenciales que se requiere dar como mínimo si se quiere avanzar en el establecimiento de un Estado robusto que asegure la justicia social.

En primer lugar, la no disposición de los actores involucrados, gubernamentales y legislativos exige un cambio político cultural. Dicho de otro modo, para que se implemente un Estado social de los derechos humanos en América Latina, y más concretamente, en Chile, se requiere una renovación de la cultura política. En segundo lugar, luego de ello, la fragilidad denunciada del sistema de derechos, que como se ha visto, no es algo privativo de Chile sino más bien generalizado a toda la región, requerirá de u fortalecimiento del sistema de derechos de las personas, comunidades y pueblos.

Este último paso, necesario en el proceso de concreción de un Estado social de los derechos humanos, se podría lograr por dos vías copulativas:

Por un lado, se requeriría un cambio o reforma normativa, esto es, la implementación de los derechos existentes y el enriquecimiento del sistema de derechos. Y, por otro, se necesitaría la puesta en práctica efectiva de dichos derechos humanos, lo que no sólo involucra a los integrantes de la administración de justicia, sino, en sentido amplio, a todos los actores involucrados en el gobierno y la administración del Estado. Ello a través de la realización efectiva de un control de convencionalidad, constitucionalidad, legalidad y reglamentariedad, respectivamente[27]. Desde un punto de vista político institucional, el control de convencionalidad no es un fin en sí mismo, sólo es un medio, que permitirá –junto a otros mecanismos y procedimientos- emprender el camino de la comunidad estatal hacia el fortalecimiento del sistema de derechos fundamentales, donde el Estado –en todas sus expresiones- emerja como el principal garante de dichos derechos.

2.2 El acceso a la información: la clave

<https://www.nytimes.com/es/2020/03/19/espanol/opinion/coronavirus-america-latina-gobiernos.html**>.** Visitado el 15 abr. 2020.

[27] CAVALLO, Gonzalo Aguilar: El control de convencionalidad en la era del constitucionalismo de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado Episodio Rudy Cárcamo Ruiz de fecha 24 mayo de 2012. Em: **Estudios Constitucionales**, Año 10, núm. 2, 2012, pp. 717-750.

En cuanto al acceso a la información, la transparencia y la rendición de cuentas del poder público, Valadés ha mantenido que en

> los sistemas constitucionales democráticos los integrantes de los gobiernos son figuras con opinión y posición, expuestas al contacto con los medios y con los representantes políticos de la nación, obligadas a rendir cuenta permanente de su actividad. En un sistema democrático las razones del poder deben ser explícitas siempre, y la idoneidad de los funcionarios principales debe ser valorada por los gobernados y por sus representantes, no sólo por quien los designa[28].

Los obstáculos en el ejercicio pleno del derecho de acceso a la información graves en un contexto de crisis tal como la que la pandemia del COVID 19 presenta. A nivel mundial, un reciente informe del Instituto Internacional de Prensa, ha denunciado que "varios Estados han implementado leyes de emergencia y restricciones que ponen en tela de juicio la capacidad de los periodistas para informar al público y para hacer que los gobernantes rindan cuentas."[29]

Por ello, la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha advertido a la comunidad internacional que hay que velar por impedir este tipo de comportamientos y que los Estados, aun en tiempos de crisis, deben respetar la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información. Además, la Alta Comisionada agregó que "algunos Estados han usado el brote del nuevo coronavirus como pretexto para restringir la información y sofocar las críticas".[30]

Curiosamente, el acceso a la información se ha convertido en la "piedra en el zapato" de los Estados liberales al estilo de América Latina. La implementación y puesta en práctica del derecho de acceso a la información es vital para el incremento en el grado de efectividad de los DESCA. Esto último se hace incluso más patente en contextos de crisis sanitarias como la generada por el COVID 19.

De este modo, en América Latina, y en Chile más concretamente, el acceso a la información emerge como un derecho humano crucial para alcanzar la plena satisfacción del derecho humano a la alimentación así como del derecho humano al

---

[28] Valadés, Diego. Reflexiones constitucionales a partir del COVID 19. En: Martín, Nuria González (coord.). **Emergencia sanitaria por COVID 19**. Reflexiones desde el derecho (II). Opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional N°15, 2020, p. 9.

[29] AMEEN, Juan: Over 100 Press Freedom Violations in the EU since COVID-19. En: **The Shift**, 23 de abril de 2020. Disponible en: <https://theshiftnews.com/2020/04/23/over-100-press-freedom-violations-in-the-eu-since-covid-19/>. Visitado el 24 abr. 2020.

[30] BACHELET denuncia restricciones a periodistas durante la pandemia de COVID-19. Em: **DW**, 24 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.dw.com/es/bachelet-denuncia-restricciones-a-periodistas-durante-la-pandemia-de-covid-19/a-53230024>. Visitado el 24 abr. 2020.

agua. Desde la perspectiva del acceso a la información por parte del público, este derecho de las personas y comunidades se vería fortalecido si el Estado de Chile hubiera firmado y ratificado el Acuerdo de Escazú de 2018.[31] Cabe recordar, que este Acuerdo –uno de cuyos impulsores fue el Estado de Chile, es un tratado internacional que reconoce y desarrolla los denominados derechos de acceso ambiental, a saber, el derecho de acceso a la información, el derecho de acceso a la participación y el derecho de acceso a la justicia ambiental.

Como una regla general, desde la jurisprudencia interamericana, la Corte IDH ha indicado que

> los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar el acceso a la información relacionada con posibles afectaciones al medio ambiente. Esta obligación debe ser garantizada a toda persona bajo su jurisdicción, de manera accesible, efectiva y oportuna, sin que el individuo solicitando la información tenga que demostrar un interés específico. Además, en el marco de la de protección del medio ambiente, esta obligación implica tanto la provisión de mecanismos y procedimientos para que las personas individuales soliciten la información, como la recopilación y difusión activa de información por parte del Estado. Este derecho no es absoluto, por lo que admite restricciones, siempre y cuando estén previamente fijadas por ley, responden a un objetivo[32].

Como se ha visto, irremediablemente unido a este derecho de acceso a la información, que comprende el deber del Estado de proporcionar la información proactivamente a fin de generar procesos de participación pública, se encuentra el derecho a la consulta y el derecho al consentimiento previo, libre e informado. Con la satisfacción de estos derechos no sólo se introducen elementos relevantes del Estado social de los Derechos Humanos, sino también, componentes materiales de un Estado democrático. En este sentido, por ejemplo, para el caso Argentino, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha mostrado su preocupación destacando la

---

[31] "En Septiembre de 2018, estos abogados chilenos exhortaron al gobierno de Chile a firmar el acuerdo para honrar el prestigio que ha ganado Chile por respetar sus compromisos internacionales y a contribuir a la protección del derecho de cada persona y las generaciones futuras a vivir en un medio ambiente sano, una sociedad más pacífica, justa y sostenible, lo cual beneficiaría a más de 500 millones de personas a lo largo de América Latina. Adicionalmente, los expertos afirmaron que el acuerdo fortalece los compromisos suscritos por Chile en acuerdos internacionales y desarrollados en su marco jurídico interno alzando los estándares con los que hoy se resuelven los conflictos socio-ambientales en los territorios." LEIVA, Sam: **El híper análisis del Acuerdo de Escazú**, 17 de julio de 2019. Disponible en: <https://cl.boell.org/es/2019/07/17/el-hiper-analisis-del-acuerdo-de-escazu>. Visitado el 2 mai. 2020.

[32] CORTE IDH: Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). E*n:* **Opinión Consultiva** OC-23/17, 15 nov. 2017, par. 225.

> reiterada vulneración del derecho de los pueblos indígenas a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado, en particular en las actividades extractivas que tienen lugar en las provincias de Jujuy, Salta, Neuquén y Chubut, así como por la ausencia de información sobre las reparaciones otorgadas a comunidades cuyos derechos han sido vulnerados (art. 1, párrs. 1 y 2). El Comité recomienda al Estado parte garantizar que los pueblos indígenas sean sistemáticamente consultados con el fin de obtener el consentimiento libre, previo e informado a nivel nacional y provincial para otorgar concesiones a empresas de propiedad estatal o a terceros, para la explotación económica de las tierras y territorios tradicionalmente ocupados por ellos. En particular, el Comité recomienda al Estado parte que para la aplicación del derecho a la consulta y consentimiento libre, previo e informado use los protocolos elaborados y acordados con los pueblos indígenas, que tienen en cuenta las especificidades de cada pueblo y cada caso"[33].

En el caso del derecho a la alimentación, cabe tener presente, por ejemplo, que la

> Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por 191 Estados, establece, entre otras cosas, que en su aplicación los Estados Partes deben: 1) Adoptar las medidas apropiadas para combatir las enfermedades y la malnutrición, entre otras cosas mediante el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable (art. 24, párr. 2 c); 2) Asegurar que los padres y los niños reciban información sobre la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental (art. 24, párr. 2 e)[34].

Y, a mayor abundamiento respecto del acceso a la información y la transparencia pública, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indica, en su Observación General N°12, que la

> formulación y aplicación de estrategias nacionales para el derecho a la alimentación exige el pleno cumplimiento de los principios de responsabilidad, transparencia, participación popular, descentralización, capacidad legislativa e independencia de la magistratura. Es esencial un buen gobierno para la realización de los derechos humanos, incluida la eliminación de la pobreza, y para asegurar medios de vida satisfactorios para todos[35].

Aquí vemos como se resalta la inextricable vinculación entre acceso a la información, transparencia y buen gobierno.

Esto también se observa en las recomendaciones que ha emitido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto de Chile cuando solicita que

[33] CDESC: **Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina**. Doc. N.U. E/C.12/ARG/CO/4, de fecha 1 nov. 2018, pars. 20 y 21.
[34] PROSALUS, Caritas Española y Veterinarios sin Fronteras: **El Derecho humano a la Alimentación**. Madrid, BLG Diseño, 2004, p. 23.
[35] CDESC: **Observación General N°12**. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11). Doc. N.U. E/C.12/1999/5, de fecha 12 mayo 1999, par. 23.

se desarrolle una estrategia integral para el derecho a la alimentación, que incluya la participación de todos los actores. En efecto, el Comité indica que le preocupa el

> creciente índice de obesidad debido a la transición nutricional en que se encuentra el Estado parte y la falta de medidas integrales que aborden este problema (art. 11). El Comité recomienda al Estado parte que redoble sus esfuerzos para diseñar una estrategia nacional integral para la protección y promoción del derecho a una alimentación adecuada que promueva dietas más saludables e incorpore aspectos relacionados al comercio, la planificación territorial, la educación y de política fiscal, y sea desarrollada con la participación de todos los actores. El Comité remite al Estado parte a su observación general núm. 12 (1999), sobre el derecho a una alimentación adecuada, y las directrices voluntarias en apoyo a la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria mundial, aprobadas por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura[36].

En el caso del derecho al agua potable, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha especificado en su Observación General N° 15, que dentro del contenido del derecho humano al agua se encuentra el acceso a la información, esto es, que dentro de la accesibilidad al agua se "comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua".[37] Y, luego, agrega que los Estados, al

> formular y ejecutar las estrategias y planes nacionales de acción con respecto al agua deberán respetarse, entre otros, los principios de no discriminación y de participación popular. El derecho de los particulares y grupos a participar en los procesos de decisión que puedan afectar a su ejercicio del derecho al agua debe ser parte integrante de toda política, programa o estrategia con respecto al agua. Deberá proporcionarse a los particulares y grupos un acceso pleno e igual a la información sobre el agua, los servicios de agua y el medio ambiente que esté en posesión de las autoridades públicas o de terceros[38].

En esta línea, en sus recomendaciones finales al Informe Periódico presentado por Chile, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se mostró preocupado por el

> limitado acceso a servicios de agua potable y saneamiento, en particular en las zonas rurales, así como el uso desproporcionado y no sostenible del agua en la industria de la minería (art. 11). El Comité recomienda al Estado parte que garantice el acceso al agua potable y a los servicios de saneamiento de los grupos más

[36] CDESC: **Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile**. Doc. N.U. E/C.12/CHL/CO/4, de fecha 7 jul. 2015, par. 25.
[37] *Id. Ibid.*, par. 12.
[38] *Id. Ibid.*, par. 48.

> desfavorecidos y marginados, particularmente en las zonas rurales y tome las medidas necesarias para asegurar el uso moderado del agua en la industria de la minería, que incluyan la adopción de normas para el procesamiento del agua utilizada en la minería[39].

REFLEXIONES FINALES

Una simple mirada a los estándares mínimos de derechos humanos, especialmente, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, nos muestra que los Estados latinoamericanos, con sus democracias liberales bien enraizadas, no han podido o no han querido, satisfacer estos estándares. Como bien se sabe. América Latina es la región más desigual del mundo. Esta característica no hace sino empeorar las faltas o inadecuaciones de la democracia liberal como herramienta para dar satisfacción plena a los derechos. Todo lo anterior, en una situación de crisis, cualquiera que esta sea, se ve aun más potenciado. Justamente, esto último es lo que ha ocurrido con la crisis sanitaria generada por la pandemia del COVID 19. Un gran número de Estados de la región ha incurrido a medidas de excepción, incluso a la declaración de estados de excepción constitucional. Las medidas adoptadas por los Estados en estas circunstancias pueden vulnerar los derechos humanos, especialmente, aquellos que se pueden ver directamente afectados como el derecho de reunión y expresión, pero también el derecho a la alimentación y al agua potable y el saneamiento. Hemos tratado de graficar que una respuesta posible es afincar en la región la concepción del Estado social, el cual puede ser una respuesta posible a la crisis misma que manifiesta la democracia liberal en América Latina. En todo caso, un eje central en las mejoras que se deben introducir a la democracia liberal al estilo latinoamericano es la potenciación del derecho de acceso a la información. Los indicadores que provienen desde el derecho internacional de los derechos humanos y de sus mecanismos de supervigilancia parecen ir en esa dirección.

REFERENCIAS

AMEEN, Juan. Over 100 Press Freedom Violations in the EU since COVID-19. En: **The Shift**, 23 de abril de 2020. Disponible en:

[39] *Id. Ibid.*, par. 27.

<https://theshiftnews.com/2020/04/23/over-100-press-freedom-violations-in-the-eu-since-covid-19/>. Visitado el 24 abr. 2020.

ÁVILA, Lina Muñoz. Crisis convergentes: Una lectura de la lucha contra el cambio climático a partir de la pandemia del COVID-19, en ***El Espectador***, 15 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/crisis-convergentes-una-lectura-de-la-lucha-contra-el-cambio-climatico-partir-de-la-pandemia-del-columna-914712> Visitado el 16 abr. 2020.

BACHELET denuncia restricciones a periodistas durante la pandemia de COVID-19. Em: **DW**, 24 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.dw.com/es/bachelet-denuncia-restricciones-a-periodistas-durante-la-pandemia-de-covid-19/a-53230024>. Visitado el 24 abr. 2020.

CALDERA, Cristóbal Carmona. Consentimiento Libre Previo e Informado en el contexto de proyectos extractivos en territorio indígena ¿Regla general y Derecho Consuetudinario Internacional? Em: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Vol. 9, núm. 3, 2019.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. El control de convencionalidad en la era del constitucionalismo de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado Episodio Rudy Cárcamo Ruiz de fecha 24 mayo de 2012. Em: **Estudios Constitucionales**, Año 10, núm. 2, 2012.

CDESC. **Observación General N°12**. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11). Doc. N.U. E/C.12/1999/5, de fecha 12 mayo 1999.

_____. **Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina**. Doc. N.U. E/C.12/ARG/CO/4, de fecha 1 nov. 2018

CORTE IDH. **Caso Barrios Altos vs. Perú**. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75; Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

_____. **Caso Castañeda Gutman vs. México**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

_____. **Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

_____. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

_____. **Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador**. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

_____. **La CIDH llama a los Estados de la OEA a asegurar que las medidas de excepción adoptadas para hacer frente la pandemia COVID-19 sean compatibles con sus obligaciones internacionales**. Comunicado de Prensa N° 76/20, de 17 de abril de 2020.

_____. **Pandemia y Derechos Humanos en las Américas**. Resolución N°1/2020, de 10 de abril de 2020.

_____: Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). E*n:***Opinión Consultiva** OC-23/17, 15 nov. 2017.

_____. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). E*n:***Opinión Consultiva** OC-23/17, 15 nov. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Perché una Costituzione della Terra?**. Disponible en: <http://www.costituenteterra.it/perche-una-costituzione-della-terra/> Visitado el 16 abr. 2020.

GARGARELLA, Roberto y Courtis, Christian. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. En: **Cepal**. Serie Políticas Sociales, núm. 153, 2009.

JAÉN, Braulio García. Las crisis globales exigen soluciones globales: ¿Es hora de crear una Constitución mundial? En **El País**, 3 de abril de 2020. Disponible en: <https://elpais.com/ideas/2020-04-03/las-crisis-mundiales-exigen-soluciones-globales-es-hora-de-crear-una-constitucion-de-la-tierra.html>. Visitado el 16 abr. 2020.

LAGO, Miguel. América Latina puede convertirse en la mayor víctima del COVID-19. En: **The New York Times,** 19 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2020/03/19/espanol/opinion/coronavirus-america-latina-gobiernos.html>. Visitado el 15 abr. 2020.

LEIVA, Sam. **El híper análisis del Acuerdo de Escazú**, 17 de julio de 2019. Disponible en: <https://cl.boell.org/es/2019/07/17/el-hiper-analisis-del-acuerdo-de-escazu>. Visitado el 2 mai. 2020.

MARCOS, Edgar Carpio. **La interpretación de los derechos fundamentales**. Lima: Palestra, 2004.

NEUMAN, Gerald. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. En: **European Journal of International Law**, Vol. 19, núm. 1, 2008.

PROSALUS, Caritas Española y Veterinarios sin Fronteras. **El Derecho humano a la Alimentación**. Madrid, BLG Diseño, 2004.

RABI, Violeta y SANHUEZA, Andrea. En tiempos de pandemia: el acceso al agua como un privilegio. En **El Mostrador**, 8 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/columnas/2020/04/08/en-tiempos-de-pandemia-el-acceso-al-agua-como-un-privilegio/>. Visitado el 8 de abr. 2020.

ROCA, Javier García. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. En: **Teoría y Realidad Constitucional**, núm. 20, 2007.

ROVIRA, Marc. Cárcel para un vecino de Reus por saltarse el confinamiento. En **El País**, 23 marzo de 2020. Disponible en: <https://elpais.com/espana/catalunya/2020-03-23/carcel-para-un-vecino-de-reus-por-saltarse-el-confinamiento.html> Visitado el 16 abr. 2020.

TC Federal alemán. Frenar el COVID-19 tiene prioridad sobre la libertad religiosa. En **Diario Constitucional**, 12 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2020/04/12/tc-federal-aleman-frenar-el-covid19-tiene-prioridad-sobre-la-libertad-religiosa/?utm_source=General+2&utm_campaign=879aa0b7ca-EMAIL_CAMPAIGN_2020_04_15_10_21&utm_medium=email&utm_term=0_b01d5feada-879aa0b7ca-127805425> Visitado el 16 abr. 2020.

TC Federal alemán. TC Federal alemán rechaza demanda contra las restricciones por COVID-19. En **Diario Constitucional**, 9 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2020/04/09/tc-federal-aleman-rechaza-demanda-contra-las-restricciones-por-covid19/> Visitado el 16 abr. 2020.

Tribunal Constitucional de Chile. **Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de H. Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del "artículo 15 en sus dos versiones (versión enviada en el mensaje del ejecutivo Nº 019-368 en la fecha de ingreso del Proyecto de Ley y versión del estado de discusión de la norma al día 31 de marzo de 2020), en relación con el artículo 1 y el artículo 17 en relación con el artículo 1, todos del Proyecto de Ley que concede indulto general conmutativo a causa de la enfermedad COVID-19 en Chile, Boletín N° 13.358-070, así como también, aquellas normas del mismo que se encuentren tan ligadas con aquellos, que por sí solas carezcan de sentido o se tornen inoperantes"**. Rol N° 8574-20. Sentencia de fecha 16 de abril de 2020. Considerando 1°.

VALADÉS, Diego. Reflexiones constitucionales a partir del COVID 19. En: Martín, Nuria González (coord.). **Emergencia sanitaria por COVID 19**. Reflexiones desde el derecho (II). Opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional N°15, 2020.

VEGA, Maximiliano. **¿Hay que replantear el estado de excepción?: Coronavirus se propaga hasta el debate constitucional**, en *La Tercera*, 20 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/hay-que-replantear-el-estado-de-excepcion-coronavirus-se-propaga-hasta-el-debate-constitucional/HGHLY7SNIBH5BIZUIUZJT2VBNU/>. Visitado el 16 abr. 2020.